

ISSN 2074-7306

СЕВЕРО-КАВКАЗСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ВЕСТНИК

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

№ 1, 2013

Периодичность 4 номера в год

Издается с 1997 г.

Включен в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов
и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные
результаты диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук»
ВАК Министерства образования и науки РФ

Регистрационный номер ПИФС 77- 50792 от 1 августа 2012 г.

Учредитель – Федеральное государственное бюджетное образовательное
учреждение высшего профессионального образования
“Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации”

Редакционный совет

Председатель

Директор Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, кандидат экономических наук, доцент **В.В. Рудой**

зам. директора ИГП РАН, ректор Академического правового института, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ **Н.Ю. Хаманева** (Москва); зам. директора ИГП РАН, кандидат юридических наук, заслуженный юрист РФ **В.В. Альхименко** (Москва); ведущий научный сотрудник ИГП РАН, кандидат юридических наук **М.А. Супатаев** (Москва); директор Южного филиала ИГП РАН, директор центра правовых исследований Южно-Российского института-филиала РАНХ и ГС при Президенте РФ, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ **Д.Ю. Шапсугов** (Ростов-на-Дону)

Редколлегия

Главный редактор

доктор юридических наук,
академик АМАН и МАНЭБ, заслуженный юрист РФ

Д.Ю. Шапсугов

доктор юридических наук, профессор **Л.В. Акопов** (Ростов-на-Дону); доктор юридических наук, профессор, академик РАН, заслуженный деятель науки РФ **П.П. Баранов** (Ростов-на-Дону); доктор юридических наук, профессор **А.И. Бойко** (Ростов-на-Дону); доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы РФ **Л.И. Волова** (Ростов-на-Дону); доктор юридических наук, профессор **А.И. Гончаров** (Волгоград), доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ **С.А. Зинченко** (Ростов-на-Дону); доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Республики Дагестан **М-С А-М Исмаилов** (Махачкала); доктор юридических наук, профессор **В.Я. Любашиц** (Ростов-на-Дону); доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы РФ **Ю.А. Ляхов** (Ростов-на-Дону); доктор юридических наук, профессор **А.Н. Маремкулов** (Нальчик); доктор юридических наук, профессор **С.Н. Медведев** (Ставрополь); доктор юридических наук, профессор **В.В. Момотов** (Москва); доктор юридических наук, профессор **С.Н. Назаров** (Ростов-на-Дону); доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы РФ **Ж.И. Овсепян** (Ростов-на-Дону); доктор юридических наук, профессор **А.И. Овчинников**; доктор юридических наук, профессор **И.В. Тимошенко** (Таганрог); **А.Б. Паламарчук** (ответственный секретарь)

Адрес редакции:

344002, г. Ростов-на-Дону, ул. Пушкинская, 70;
тел.: (8-863) 203-63-89, 255-95-55; e-mail: yurvestnik@skags.ru

СОДЕРЖАНИЕ

ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

Шапсугов Д.Ю.

Об предмете познания, исследования в юридической науке 7

Супатаев М.А.

Проблемы легитимации российского права: традиции и современность 19

Величко А.М.

Закон и справедливость (философско-правовой этюд) 30

Фоминская М.Д.

Достоинство человека как юридическая категория: философско-правовой и технико-юридический анализ 39

ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

Зинченко С.А.

Правосубъектность и структуризация проявленных ее основных форм 44

Медведев С.Н.

Право собственности как социальная функция в законодательстве Колумбии. 47

Тарасова А.Е., Мясникова Е.В.

Правовые категории «семья» и «члены семьи» в семейном, гражданском и жилищном праве: проблемы соотношения. 51

Баттахов П.П.

Взаимосвязь предпринимательской деятельности с объектами интеллектуальной собственности 60

Закирова С.А.

Критериальные отличия брака от других «подобных брачным» отношений 63

Шкель Ф.Е.

Нормативно-правовые основы формирования государственно-частного партнерства в Российской Федерации 67

ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННОГО И АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА

Баранов П. П.

Влияние конституционно-правового регулирования на легитимность государственной власти в современной России 76

Акопов Л.В.

К проблеме уточнения понятия «Федеральная судебная власть» 87

ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

Мисник Г.А.

Проблемы ответственности за экологические преступления 92

Жабкин А.С.

Проблемы законодательного определения предмета прокурорского надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства 98

Джагрунов А.А.

Законодательное определение наказания: истинные и мнимые претензии в науке 101

ДИСКУССИОННАЯ ТРИБУНА

Шапсугов Д.Ю.

О «могуществе» и «коварстве» рассудочного мышления:
размышления в рамках дискуссии об определении общего понятия права. 107

ПЕРСОНАЛИИ

Александру Ивановичу Бойко – 60 лет! 112

ХРОНИКА НАУЧНОЙ ЖИЗНИ

Паламарчук А.Б.

Конкурс книг, посвященных Кавказу. 114

Баранов П.П., Овчиев Р.М.

Научно-исследовательская работа студентов:
изучаем проблемы конституционного права. 115

Шапсугова М.Д.

Об итогах окружного тура по ЮФО Всероссийской
студенческой юридической олимпиады 2013 г. 116

ВЕЧНАЯ ПАМЯТЬ

Памяти Геннадия Васильевича Мальцева 118

Памяти Кити Джелаловны Коркмасовой 120

Памяти Владимира Ивановича Савина 121

НАШИ АВТОРЫ 122

CONTENTS

THE PROBLEMS OF THEORY OF LAW AND STATE

Shapsugov D.Y.

On the subject of knowledge, research in the legal science.7

Supataev M.A.

The problems of legitimation of the Russian law: traditions and progressiveness.19

Velichko A.M.

Law and justice (philosophical-legal sketch).30

Fominskaya M.D.

The person's dignity as a legal category: philosophical legal and technical-legal style analysis39

THE PROBLEMS OF CIVIL AND ENTREPRENEURIAL LAW

Zinchenko S.A.

Legal subjectivity and structuralism of its main forms43

Medvedev S.N.

Property right as a social function in Columbia.47

Tarasova A.T., Mjasnikova E.V.

Legal categories "family" and "members of the family" in family, civil and housing law: problems of correlation51

Battachov P.P.

Interrelation of entrepreneurial activities with objects of intellectual property.60

Zakirova S.A.

Criteria distinctions of marriage from other "similar to marriage" relations.63

Shkel F.E.

Normative legal basis of public-private partnership in the Russian Federation67

THE PROBLEMS OF CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW

Baranov P.P.

The influence of constitutional legal regulation on the legitimacy of state power76
in modern Russia

Akopov L.V.

To the problem of specification of the notion "Federal Justice Authority"87

THE PROBLEMS OF CRIMINAL AND CRIMINAL-PROCESSIONAL LAW

Misnik G.A.

The problems of responsibility for ecological crimes 92

Zhabkin A.S.

The problems of legislative definition of the subject of the prosecutor
supervision at pre-trial stages of criminal legal procedure 98

Djargunov A.A.

Legislative definition of punishment: real and imaginary claims in science 101

DISCUSSIONAL TRIBUNE

Shapsugov D.Y.

On the “might” and “insidiousness” of rational thinking: meditations in the framework of the
discussion on definition of the general understanding of law 107

PERSONALITIES

Alexander Ivanovich Boiko is 60 years old 112

THE CHRONOCLE OF THE SCIENTIFIC LIFE

Palamarchuk A.B.

The competition of the books about Caucasus 114

Baranov P.P., Ovchiov R.M.

Scientific-research work with the students: we study the problems of constitutional law 115

Shapsugova M.D.

On the results of the regional stage of All-Russia students’
law Olympiad of 2013 in the Southern Federal Okrug 116

THE ETERNALLY MEMORY

In memory of Gennady Vasilievich Malzev 118

In memory of Kiti Djelalovna Korkmasova 120

In memory of Vladimir Ivanovich Savin 121

OUR AUTHORS 122

О ПРЕДМЕТЕ ПОЗНАНИЯ, ИССЛЕДОВАНИЯ В ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ

В статье продолжено исследование предмета юридической науки, начатое в предыдущих статьях автора в данном журнале. Анализируется научная литература, посвященная исследованию проблем правовой реальности, и делается вывод об отсутствии целостного предмета юридической науки, что негативно сказывается на ее эффективности.

The article continued study of the subject of the law science, initiated in the previous articles of the author in this magazine. Scientific literature, devoted to the study of problems of legal reality, is analyzed and the conclusion about the absence of a holistic subject of legal science, adversely affecting its effectiveness is made.

Ключевые слова: предмет познания, правовая реальность, юридико-техническая реальность, реальность юридической науки.

Key words: subject of knowledge, the legal reality, the juridical-technical reality, the reality of legal science.

Общепринято считать, что четкое определение предмета исследования является одной из предпосылок успешного научного поиска. Решение этой задачи является одним из нормативно закрепленных требований к диссертационным исследованиям. Оно предполагает существование апробированных и устоявшихся представлений об основных правовых явлениях, обычно рассматриваемых как общий предмет исследования в юридической науке. Однако дискуссионный характер существующих в юридической науке определений, включая отсутствие общепринятого общего определения права, значительно усложняет решение этой задачи.

В связи с этим существует точка зрения, что не следует в силу многомерности понятия права даже искать его общее определение. Чаще всего, признавая право и правовую реальность в качестве предмета познания, в юридической науке не проводится должного разграничения между ними, иногда они отождествляются. Сама правовая реальность трактуется весьма широко, без должной дифференциации ее структуры, с включением в нее явлений, которые не относятся к правовым.

В общепринятом смысле понятие правовой реальности отражает часть повседневной реальности, и может показаться, что исследовать ее содержание

не представляет большого труда. Однако сложившиеся подходы к изучению правовой реальности свидетельствуют о сложности этого явления, которое пока противоречиво рассматривается в научной литературе.

Первым фундаментальным вопросом является вопрос о возможности исследовать реальность традиционным для теоретической науки способом – определением понятий. Можно ли получить полное, конкретное знание о реальности чисто логическим способом?

С. Франк обоснование невозможности только логического постижения реальности начинает с утверждения: «... Первое, что мы можем сказать о реальности – оно не есть определяемое» [1, с. 83], ибо, определяя, мы находим частное содержание и не выходим на целое, подчеркивая тем самым ограниченность логической формы...

«Реальность не постижима, поскольку под постижением мы разумеем непосредственное усмотрение существа, познаваемого в форме понятия» [1, с. 77].

Нельзя реальность превращать в понятие, т.е. в отвлеченное частное содержание, которое есть повсюду, где одно в обычном логическом смысле отличается от другого [1, с. 77].

Существо реальности в ее конкретности, которая не может быть определена разложением ее на систему отвлеченных понятий, в отличие, например, от поэзии, которая может выразить ее, поскольку в ней значение слова не исчерпывается его функцией быть обозначением понятия. Оно одновременно есть орудие осмысляющего духовного владения опытом в его сверхлогическом конкретном существе [1, с. 78].

Исходя из этих положений он предложил формулу реальности А (реальность) = А + Б (все частное содержание) [1, с. 89].

Способ познания, опирающийся на определение понятий, получивший название научного, применительно к сфере, называемой сферой права, по мнению Н.Н. Алексеева, имеет серьезные ограничения. Согласно его концепции, любое целое вследствие его многомерности не может быть определено через понятие. Спасением становится феноменология как часть философии или метафизики, особенность применяемого в рамках этого направления в познании состоит в непосредственном созерцании основных элементов структуры изучаемого явления, в данном случае права, и описании этой структуры.

Но вряд ли возможно решение этой задачи вообще без применения способа определения понятий. Об этом свидетельствует и сама концепция Н.Н. Алексеева, в которой содержится глубокий анализ определений понятия права, правовых концепций, относящихся к характеристике сферы его формирования и действия.

Если невозможно одно исчерпывающее определение явления, например, права, то это не означает невозможности его, хотя бы и частичного, понимания через определения. Это понимание достигается через систему определений, отражающих единичное, особенное и всеобщее в их взаимосвязи [2, с. 100–102]. Другое дело, что не на каждой стадии познания права оказывается возможным его полное общее определение, и как раз в этом случае вполне правомерен выход из положения, предлагаемый Н.Н. Алексеевым. В частности, обосновываемая им конструкция правовой структуры, которая может быть весьма результативно использована для гармонизации взаимодействия субъектов общественных отношений в процессе формирования и реализации права, нормативной юридической системы и юридической деятельности.

Сам Н.Н. Алексеев демонстрирует высокий профессионализм исследователя и глубину знания правовой жизни общества, когда анализирует юридическую догматику, естественно-правовую концепцию, правовой эмоционализм, юридический социологизм. Да и характеристика элементов правовой структуры, обоснование правового идеала, тяготеющие к феноменологии как новейшему способу познания права никак не обходятся без определения понятий. Другое дело – насколько «схватывается» целостность предмета исследования и насколько целостен и гармоничен (гомеостазен) ему методологический потенциал, используемый для его познания.

Здесь следует отметить одно важное обстоятельство, характерное для концепции Н.Н. Алексеева, состоящее в осознанной критике познавательных концепций и конкретном обосновании необходимости и способов применения феноменологического способа познания.

В отечественной, особенно постсоветской, научной литературе вряд ли можно найти подобный конкретный анализ методологии познания. В лучшем случае речь идет о перечислении и общей характеристике методов познания, без конкретной разработки технологии их применения в конкретном исследовании.

Материалистическая теория познания, если даже не принимать во внимание ее изначальные ограничения в определении предмета познания и методологии познания, вряд ли пошла дальше того, что сделано было классиками этого направления [3].

Естественно-правовая, позитивистская, психологическая, социологическая концепции права, догматическая юриспруденция опираются на специфическое понимание правовой реальности. Ответ на этот вопрос, таким образом, не лежит на поверхности явлений и требует глубокого анализа сущности исследовательской проблемы. Ведь перечисленные концепции имеют отношение к той части истины о праве, которая в них содержится. Может ли совокупность этих частей истины о правовой реальности дать полное представление о ее действительной целостности? Установление того, что есть правовая реальность, является исходной предпосылкой исследовательской деятельности в правовой сфере. От этого зависит состав и характер использования методологического потенциала юридической науки и, в конечном итоге, ее эффективность.

Исходное понимание правовой реальности как совокупности всех правовых и юридических явлений, достаточно долго устраивавшее юридическую науку, стало проявлять свою сомнительную истинность с осознанием важности четкого определения предмета познания, от структуры и состава которого зависит и способ его познания. Отсутствие в исходном понимании правовой реальности необходимой четкости положило начало исследованиям того, что есть предмет познания в юридической науке, проявившийся в естественно-правовой, исторической и позитивистской школах права, ставший основой не только разного понимания правовой реальности, но и способов ее познания. Достаточно вспомнить проповедывавшуюся представителями позитивистского направления в правовой науке недопустимость использования метафизических начал в правовом познании и утверждение о невозможности познания права из него самого, которого придерживались представители философии права.

Нужно отметить, что реальное состояние исследований данной проблемы в современной научной литературе подтверждает эти исходные посылки концепции реальности С. Франка и Н.Н. Алексеева.

Как отмечает Н.П. Асланян, «ни философия, ни философия права, ни общая теория права не дают представлений, позволяющих отраслевым специалистам определить правовую реальность, мир своего «отраслевого» права [4].

Нельзя не заметить, что современные исследования правовой реальности построены именно на логическом способе ее познания, абсолютизирующем метод определения понятий, фактически рассматривающем его как единственный способ познания права. При этом как бы не замечается, что любое понятие является ограниченным знанием и что даже система таких ограниченных понятий не может дать достоверного представления о сущности целостности исследуемого предмета. В очень интересных научных работах (Бачинин В.А., Сальников В.Г., Гаджиев Г.А., Малахов В.П., Максимов С.И. и др.), посвященных проблемам правовой реальности, исследования преимущественно строятся на этом методе.

Так, в интересном труде С.И. Максимова на эту тему говорится о широком и узком понимании правовой реальности. К первому относится вся совокупность правовых феноменов. Ко второму – основные правовые понятия: нормы права,

правоотношения, правовое сознание [5]. При этом автор подчеркивает свою близость к известной концепции правового регулирования и его механизма, разработанной проф. С.С. Алексеевым, исходным элементом в которой является норма права.

Нельзя согласиться и с определением структуры правовой реальности как единства естественного и позитивного права. Различие естественного и позитивного права, в основе которого лежат несовместимые понятия о праве, логически не позволяет объединять их в одном общем понятии, отражающем общую структуру. То, что считается естественным правом, не признается правом в позитивистских концепциях права, и наоборот. Поэтому понятийно соединить их в одной общей структуре можно только будучи убежденным эклектиком. Об этом свидетельствует неудавшаяся попытка теории «возрожденного естественного права», а также современные попытки интегрировать эти концепции в одно целое. К тому же во взаимной критике представителей этих концепций обнаруживаются онтологические и гносеологические недостатки этих концепций, не дающие права ни одной из них изолированно друг от друга или в единстве представлять настоящее право.

Нельзя забывать того, что мир права и юридический мир – взаимодействующие, но относительно самостоятельные миры в социальном пространстве. Они имеют разный состав, разное происхождение, исполняют различные социальные функции. Вместе с тем надо, разумеется, учитывать и их взаимодействие, также относящееся к реальности, но имеющее ограниченный характер.

Одной из фундаментальных работ, посвященных анализу правовой реальности на основе методологии причинного анализа, является монография В.А. Бачинина и В.П. Сальникова «Правовая реальность в контексте цивилизации и культуры: методология причинного анализа» (СПб., 2005), в которой исследована целостность единой социокультурной системы на основе сведения «всех детерминационно-причинных векторов в единую систему факторов, обуславливающих генезис, развитие и функционирование права в его разнообразных связях с первоосновами всего сущего и с нормативно-ценностным континуумом цивилизации культуры» [6, с. 4].

Для решения этой задачи создается системный аналитический инструмент, позволяющий исследо-

вать правовую реальность как макросоциальную целостность во всем богатстве ее общих признаков и особенных свойств. Этим инструментом является детерминационно-каузальный комплекс, составляемый из принципа внешней детерминации, принципа внутренней причинности [6, с. 4] и реализуемый в системе методологических подходов, включающих:

- методологию рецепции и модернизации классической аристотелевской каузальной «тетрактиды» («четверицы»), состоящей из формальных, материальных, деятельностных и целевых причин;

- методологию системного подхода, позволяющую свести воедино разнообразие внешних детерминант и внутренних причин в единый системно-детерминационный комплекс, обозначить иерархию оснований, условий и причин, приводящих к возникновению и развитию правовой реальности, обеспечить ее функционирование;

- метафизическую методологию, предметом которой являются детерминационные связи правовой реальности с трансценденто-трансцендентальными сферами сверх физического мира, позволяющую рассматривать правовые феномены в контексте сверхчувственных первоначал бытия и априорных структур индивидуального духовного опыта;

- синергетическую методологию, позволяющую сочетать при исследовании правовой реальности добротность классических традиций со смелостью продуктивных новаций. Эта методология позволяет изобразить многосложный и противоречивый мир объективной и субъективной правовой реальности [6, с. 4].

Несомненным достоинством данной работы являются понимание и конкретная реализация единства предмета и методологии его исследования, которые редко встречается в современной научной литературе. Не имея возможности в данной статье более подробно остановиться на этом вопросе, отметим одно, как нам представляется, важное обстоятельство.

Во-первых, при всей важности причинного анализа правовой реальности нельзя забывать, что он все же является одним из способов ее анализа. Поэтому «исследовать правовую реальность как макросоциальную целостность во всем богатстве ее общих признаков и особенных свойств» [6, с. 4] только на основе причинного анализа не представ-

ляется возможным. Исходя из этого можно перенести оценку марксистской методологии, которая дана в данной работе, на содержательную концепцию, предлагаемую ее авторами как переходящую «из разряда универсальных в группу правомерных аналитических средств», не утративших «научно-теоретической легитимности», и «при необходимости может быть востребована любым исследователем для решения конкретных познавательных задач» [6, с. 18]. Кроме того, нельзя забывать, что причинность – один из способов упорядочения опыта, форма мышления, в действительности имеется только соединение и разъединение элементов, которые не создаются и не разрушаются, не увеличиваются и не расходуются» [7, с. 521–522].

Во-вторых, в данной работе при всей ее многогранности, обусловившей стремление рассмотреть общую проблему правовой реальности в контексте цивилизации и культуры, авторам не удается удержаться от традиционного «сползания» к нормативной трактовке права.

По мнению авторов, в право, при рассмотрении его в формально-структурном аспекте, «с одной стороны, входят нормы, законы, институциональное образование, с отчетливыми социальными очертаниями, а с другой, оно представляет собой духовное пространство ценностей и смыслов, не имеющих жестких содержательных границ». Право «представляет собой центр, ядро, вокруг которого существует целый мир восходящих к нему сложнейших детерминационных зависимостей. Этот мир есть пространство правовой реальности, т.е. макросфера социокультурных отношений между социальными субъектами, руководствующимися нормами права или, напротив, нарушающими их. Данная макросфера, пребывающая в социальном пространстве мировой цивилизации и взятая в диахроническом измерении, предстает перед теоретическим сознанием как сквозная, пронизывающая бытие многих поколений, система социальных средств нормативно-ценностного и организационно-деятельностного характера, энергично и мотивированно устремленная на борьбу с социальной энтропией, стремящаяся не дать обществу в его историческом движении сойти с пути, отвечающего критериям цивилизованности» [6, с. 8].

Таким образом, можно полагать, что авторы различают право как ядро правовой реальности и правовую реальность как мир, складывающийся-

ся вокруг права, как систему социальных средств нормативно-ценностного и организационно-деятельностного характера, органично включенную в общий нормативно-ценностный континуум социума. В правовую реальность авторы включают и аномативную область практического морально-правового нигилизма и возникающих на его основе девиаций, а общая социодинамика правовой реальности складывается «из множества пульсирующих противоречий между нормативностью и аномативностью» [6, с. 18].

Проводя различие между правом и правовой реальностью авторы, как нам представляется, не во всем последовательны, так как, рассматривая право в формально-структурном аспекте, они, как это видно из приведенных из их монографии положений, включают в него нормы, законы, институциональные образования, которые являются средствами нормативно-ценностного и организационно-действенного характера, образующими, по их концепции, мир правовой реальности. Это логическое противоречие свидетельствует о том, что нельзя, оставаясь в рамках нормативистской концепции права, различать право и правовую реальность. Но очевидное их несовпадение заставляет выходить, даже и неосознанно, из рамок этой концепции, что подтверждается включением авторами в право духовных ценностей и смыслов. В рамках этой концепции не может быть и противоречия между нормативностью и аномативностью, ибо господство нормативности представляет собой образец должного и просто не допускает аномативности. Поэтому здесь нет противоречия, а имеет место простой запрет иного.

Таким образом, можно сказать, что и эта концепция относит к правовой реальности все юридические феномены, созданные обществом или властью для борьбы с социальной энтропией, не позволяющей сходить с цивилизационного пути развития.

Как видно из изложенного, господствующим представлением о правовой реальности в этих концепциях является представление о нормативной природе права, составляющее основу одной из главных господствующих концепций права. Но наряду с ней существуют и другие концепции права, обоснованное содержание которых, даже в рамках их односторонности, нельзя игнорировать.

Более обоснованной представляется концепция права и правовой реальности Н.Н. Алексеева, в которой право и правовая реальность как правовой мир противопоставляется юридическому миру, в основе которого находятся различные установления власти, изменчивые ... и носящие условный и часто фиктивный характер юридические явления.

Для понимания права и правовой реальности представляется чрезвычайно важным обосновываемое Н.Н. Алексеевым разграничение права и нравственности.

«Между нравственностью и правом, – пишет Н.Н. Алексеев, – лежат более принципиальные и существенные различия. Система нравственных обязанностей, закрепленная установлениями и даже вытекающая из какого-либо внешнего авторитета, по существу своему образует систему положительной морали, а не права. В такой системе может не быть никаких признаков правовых явлений, и только по принятому словоупотреблению она может считаться правом. Элементы права в такой системе возникают лишь тогда, когда в ее пределах *рождаются* (выделено нами. – Д.Ш.) «права», «правомочия», «правопритязания». Нравственные обязанности становятся правовыми не вследствие какого-либо магического превращения, но правом мы считаем феномен связи «прав» и «обязанностей» – феномен, обладающий особой природой и обнаруживающий свою особую законсообразность. Отсюда следует, что обязанности, вытекающие из интересов «общественного целого» и ими обусловленные, сами по себе ни в коем случае не образуют правовых явлений. Отношение к общественному целому может строиться по типу положительно установленной морали, если только оно не строится по типу нравственности автономной. Философско-правовой универсализм как раз и подменяет явления права явлениями и фактами позитивной нравственности – чисто нравственные отношения и связи он выдает за правовые. Подобные явления не менее разрушительны для права, чем противоположное ему индивидуалистическое. Только разрушение ведется с двух разных сторон: в одном случае с точки зрения авторитарных принципов, в другом – с точки зрения принципа личного самоопределения» [8, с. 118 – 119].

«Не личность сама по себе, а определенные ее свойства являются предметом правовой защиты и правового признания и ... субъективным правом»

– в смысле правовых ценностей, – является не способность совершать акты вообще, но определенное содержание этих актов; но когда право защищает жизнь человеческой личности, признаваемой ценностью, является здесь уже не какое-либо материальное свойство лица, но само явление жизненной действительности, таящееся в органической структуре человека, с ней ближайшим образом связанное» [8, с. 114].

Для правильного понимания рассматриваемых здесь проблем не менее важное значение имеет вопрос о соотношении права и закона, права и законодательства, о необходимости разграничения которых уже можно сказать достигнуто полное согласие в его общетеоретическом аспекте, но распространение этого разграничения на конкретные сферы исследования пока едва ли имеет место. Примером тому является и проблематика правовой реальности. Практически во всех работах, посвященных ее исследованию, можно установить иногда едва заметное, но именно «сползание» к позитивизму и нормативизму.

Фундаментальную теоретико-методологическую ошибку позитивизма, проявляющуюся в нормативизме Г. Кельзена – отрыве права (положительного. – Д.Ш.) от факта, проанализировал Н.Н. Алексеев, отметивший, что юридическая норма, по мнению Г. Кельзена, есть нечто совершенно противоположное факту. По этому взгляду все фактическое принадлежит к области сущего, нормы же устанавливают должное [8, с. 140].

Сущее и должное разделяет «die volle Disparitet» (полное несоответствие), между ними не существует никакой связи [8, с. 140 – 141]. Этому различию дается обоснование: формальное (сущее и должное, разные модусы мышления и их смешение было бы нарушением формально-логического закона тождества) и содержательное (содержание норм объективного права создается правотворческим актом, который совершенно независим от фактического развития права). Акт правотворчества есть акт разумный, решительно разрывающий связь со всем фактическим [9, с. 7].

Этим обосновывается существование другой реальности, исходной в понимании которой является норма права, исходя из которой создается юридический мир, конкурирующий с правовой реальностью и способный определенное время олицетворять порядок в обществе и государстве и выступать мощным средством коренной ломки

общественной системы, ее культурных и правовых традиций, как это не раз уже бывало в жизни большинства народов мира. Но порождаемый в конечном итоге господством такой системы общественный кризис вновь возвращает общество к ценностям правовой реальности.

В обстоятельном исследовании Г.А. Гаджиева «Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности)» широко анализируются категории правовой реальности. Автор выделяет наиболее существенные достижения в разработке концепции правовой реальности.

Правовая реальность в собственном смысле слова, понятие о которой, названное «узкореалистическим пониманием права», существовало до обоснования еще римскими юристами особого юридического мира, появившегося, как отмечает Г.А. Гаджиев, «когда римские юристы создали понятие субъекта права – *persona*, который являлся юридическим символом, не реальным, биологическим человеком, а правовой маской человека. Со времен классического римского права утверждение: субъектом права является только живой человек – становится ошибочным как связанное с узкореалистическим пониманием права» [10, с. 16].

Разумеется, изобретения римских юристов имели огромные революционные последствия, оказались объективно необходимыми элементами гражданского оборота. На самом деле, создав новый юридический мир, они не отменили и не могли отменить право как социальное качество реального человека, но растворили его в созданном ими искусственном мире юридических средств и технологий, возникновение которых потребовала социальная практика. Возможно, это был первый, хорошо удавшийся опыт отчуждения права от реального человека, позволявший находить решение спорных проблем, но резко подорвавший статус права, а вместе с ним и человека. Ведь раб в Риме признавался человеком, но не был субъектом права.

Вместе с тем, как нам представляется, автору не удалось преодолеть традиционного для нашей отечественной литературы отождествления правового и юридического, «тихого скатывания» в трактовке права и правовой реальности к позитивизму и нормативизму, что особенно проявляется при анализе юридического концепта действительности.

Происшедшая замена реального человека на его маску привела к формированию юридического

мира как мира масок, фикций и т.п., что не могло не сказаться на духовно-нравственном развитии человека преимущественно негативным образом. Социальным назначением созданных юристами юридических средств, инструментов оказалось в конечном итоге подмена социального назначения права как свойства человека. Юридическая техника и технология оказались подобны машине, пытающейся заменить человека, вытеснить его из сферы социального взаимодействия.

Говоря о праве как о свойстве, качестве человека, мы имеем в виду не изолированного индивида, не общество, противопоставленное индивиду, не индивида, растворенного в общественных отношениях, но прежде всего единство человека как индивида и общества, как часть в целом и целое, которое не может существовать без своих частей. Право формируется и развивается не как результат деятельности отдельного индивида или абстрактного общества, а выступает той органической целостностью, в которой объединены все гомеостатично соединяемые проявления человека.

Восхищаясь постоянно расширявшимися возможностями юридико-технической реальности, весьма опасно забывать о социальной необходимости правовой реальности, ее первичности по отношению к юридико-технической реальности.

Реальность юридической науки обнаруживается в процессах познания правовой реальности и исследования юридико-технической реальности, а также в ее «самопознании», познании собственного становления, состава, стадий становления и развития, современного состояния.

Выделение этих трех видов реальности с выяснением особенностей познавательской и исследовательской деятельности в каждой из них и, что особенно важно, в существующих секторах взаимопроникновения трех видов реальности свидетельствуют об отсутствии целостного правового и юридического мира, фрагментарном характере их единства, на исследование которого налагается эклектическая методологическая «сетка».

Разумеется, не так просто развести считающееся правовым и юридическим содержание по названным выше реальностям, поскольку составляющие эту целостность явления и отражающие их понятия, концепции, типы правопонимания, исторические школы правового мышления со своими особенностями развивались без

учета разделенности этих трех видов реальности. Препарировать историю науки с точки зрения ее соотносимости с ними – задача, бесспорно нелегкая, и вряд ли она является сегодня самой актуальной. Но, несомненно, что современные исследования правовой и юридической сферы вряд ли могут быть эффективными без учета этого разграничения. Нельзя не считаться и с тем, что его игнорирование серьезно деформирует правовую историю, ибо реально выступает как способ растворения настоящей истории права в массе явлений, имеющих относительное отношение к праву. Сказанное наглядно демонстрируется содержанием подавляющего большинства учебников по истории государства и права, где история права трактуется как история законодательства, нормативных актов, принимавшихся органами государственной власти.

Следствием недифференцированного подхода к анализу различающихся правовой и юридико-технической реальностей становится эклектизм юридической науки, которая стремится к универсальному пониманию права, часто опираясь на упрощенное, можно сказать обыденное, понимание права.

Необходимые теоретико-методологические предпосылки для различения правовой и юридико-технической реальности были заложены Н.Н. Алексеевым в «Основах философии права». К ним можно отнести его суждения о мире права (правовые факты, субъект права, правовые ценности, правообязанности) и юридическом мире (юридические факты, юридический субъект, нормы, фикции и т.п.).

С этой точки зрения можно и нужно осмысливать высокопрофессиональные юридико-технические концепции права, которые, по нашему мнению, необоснованно называются концепциями права и, более того, чистыми теориями права.

Как бы ни отождествлялись или не отделялись друг от друга эти две реальности: правовая и юридико-техническая, между ними существует сектор взаимосвязи и взаимодействия, который не является взаимодействием в их полном составе, речь может идти лишь о гомеостатично совместимых элементах правовой и юридико-технической реальности.

«Что же касается до положительного права, то его более или менее совершенный характер зависит прежде всего от совершенного состояния правовой структуры. Если совершенен правовой субъект, если он правильно переживает и осущест-

влияет правовой опыт и воплощает его результаты, положительная система права не может быть несовершенной; формально же, – и в смысле правовой техники, – в особенности же в смысле техники писаного права, – положительному праву остается помнить старую формулу схоластики: «И это закон достойный, справедливый, сильный, отвечающий потребностям природы и отчизны, соответствующий месту и времени, необходимый, полезный и очевидный, установленный не ради удержания в плену невежества, и не ради личного блага, а для пользы гражданского общества» [8, с. 94 – 95].

Схематически взаимодействие правовой, юридико-технической реальностей и реальности юридической науки можно было бы выразить в виде трех самостоятельных кругов, имеющих секторы пересечения (См. рисунок).

Юридическая наука познает правовую реальность, исследует и создает модели юридико-технической реальности, сохраняет в самой себе и реализует способность самопознания.

При определении предмета познания и исследования следует учитывать связанные с его составом методы и приемы познания и исследования.



В процессе познания правовой реальности юридическая наука опирается на разумное мышление, философию, культурологию, социологию и психологию, преимущественно на цивилизационный подход и диалектику.

В процессе исследования и конструирования юридико-технической реальности она опирается преимущественно на формальную логику, рассудочное мышление и достижения естественных и технико-технологических наук, а также на юридическую практику.

Эклектизм и явно недостаточная эффективность юридической науки во многом изначально обусловлены игнорированием необходимости разграничения и учета точек соприкосновения названных выше трех видов реальности, составляющих общий предмет юридической науки.

Упрощенные представления об этом предмете влекут ошибочные формулировки проблем исследования, определения целей, задач, методологии и результатов проводимых исследований.

Изложенное дает основание для совершенно иной трактовки поставленных выше вопросов. Пер-

вое, что необходимо отметить, правовая реальность потому и называется правовой, что не может быть отождествлена или включать в себя все то, что не имеет правовых качеств. Следовательно, официально закрепленные и реально действующие юридические нормы и действия по их реализации, выражающие произвол власти или отдельной социальной силы, а также отношения, возникающие при этом, сознание, оправдывающее такие нормы и действия, как и устанавливаемый таким способом порядок, не могут иметь никакого отношения к правовой реальности, хотя юридически обоснованы с точки зрения установленной нормативно-юридической системы.

Второе, правовая реальность бесспорно имеет отношение и может включать в себя те компоненты юридического мира, которые являются действительным выражением права. Отрицание того, что законодательство полностью является правовым, не означает самой возможности выражения права в законодательстве, также часто имеющий место произвол власти, поддерживающей порядок в обществе, не исключает возможности реализации права в ее действиях.

В каждом обществе и государстве может быть особенный сектор взаимодействия правовой и юридико-технической реальности, объем и масштабы которого свидетельствуют о степени развитости правовой реальности в конкретных условиях.

Таким образом, мы имеем дело с упрощенной трактовкой правовой реальности, когда в нее включается все, что понимается как юридическое, а также с упрощенным пониманием юридического, когда в нем не различаются правовое и юридическое, что серьезно деформирует сознание общества, является отрицанием значимости правовых ценностей для определения путей развития общества.

В обоих случаях мы имеем дело с деформированным представлением о правовой и юридико-технической реальностях, что ведет к неправильно определению предмета познания и исследования и, соответственно, влияет на используемый при этом инструментальный потенциал, ведет к формированию ложных исследовательских установок и, в конечном итоге, к неэффективности юридической науки.

Исходя из изложенного, можно предложить формулировки названных выше реальностей с тем, чтобы хотя бы и условно, но относительно конкретно обозначить их особенности. С этой точки зрения

правовую реальность можно понимать как единство разновидностей бытия права, создаваемого, формулируемого и реализуемого обществом и являющегося основой развития нормативного порядка, и в этом смысле обязательного для любых социальных организаций.

Юридино-техническая реальность может характеризоваться как единство разновидностей бытия юридико-технических средств и технологий, используемых для установления и осуществления нормативного порядка в обществе и государстве, в целом в социальной практике.

Реальность юридической науки может быть представлена как единство и реализованность бытия развивающихся познавательных средств, позволяющих формировать правовые и юридические знания, которые могут быть использованы в социальной практике.

Ценности правовой реальности, не имеющие возможности реализоваться в юридико-технической реальности, хотя и могут сохраняться в правовом сознании в качестве основы нравственного развития общества, индивида и государства, но еще более успешно могут постепенно или быстро утрачивать свою общественную значимость, что ведет к деградации не просто самих правовых ценностей, но и общества и государства.

Сделанные выводы относительно особенностей и соотношения правовой и юридико-технической реальности, реальности юридической науки не ставят последней точки в их исследовании, а служат важным началом для осмысления и разработки реальных механизмов их взаимовлияния, нравственной правовой критики юридико-технической реальности и выявления юридико-технических проблем формирования и функционирования правовой реальности.

Нельзя не заметить того, что фундаментальный характер современных критических суждений о праве и законодательстве и практике их реализации в настоящее время совершенно не обеспечен открытиями, позволяющими перенести фундаментальные критические суждения в плоскость правовой юридической практики, в которой бесспорно преобладают принципы и феномены юридико-технической реальности, не проникнутые «духом» правовой реальности.

По мнению Г.А. Гаджиева, виртуальное пространство и новые технические возможности соз-

дают ситуацию, близкую к глубокому кризису права... право традиционно привязано к территории государства, а межгосударственное регулирование не в состоянии пока защитить достоинство человека [10, с. 14–15].

Кризис права, о котором здесь идет речь, означает только неспособность позитивного права, относящегося к юридико-технической реальности, идти в ногу с научно-техническим прогрессом. Что же касается права и правовой реальности, то как раз их развитие требует более полной и последовательной реализации их содержания в их отношении к виртуальному пространству.

Появление виртуального пространства способно серьезно расширить систему правовых ценностей, обогатить субъекта права новыми возможностями. Что же касается возникающего при этом неправа, которое всегда сопровождает правовое развитие, то оно может быть рассмотрено с точки зрения понимания права как «переживание неправа», являющееся согласно концепции правового эмоционализма первым или исходным отрицательным ощущением права, ведущим к его формированию.

Кризис здесь может быть отнесен к консерватизму юридико-технической реальности, не обладающей достаточным динамизмом в своем развитии, обуславливающим серьезное отставание от правовой реальности, неразрывно и непосредственно связанной с реальной жизнью, будучи ее существенной интегрированной частью.

Между тем именно эта область предмета исследований юридической науки является наиболее актуальной, способной дать максимальный эффект в резком расширении присутствия правовой реальности в юридико-технической реальности. При решении подобных проблем важное значение приобретает осознание того, чем руководствуется законодатель и те, кто применяет закон при определении направлений развития законодательства, создании конкретных процедур реализации требований юридических норм.

Другая проблема, связанная с переводом правовой реальности в юридико-техническую реальность, состоит в разработке теоретико-методологических конструкций, которые могут быть положены в основу конструирования компонентов юридико-технической реальности. Это достаточно новое, пока не вспаханное современной юриспруденцией

поле. Вместе с тем материал для ее осмысления все же есть в истории политической и правовой мысли, в том числе и России.

В этой связи можно привести пример разработки конструкции «правовой структуры» проф. Н.Н. Алексеевым. При этом особенно важно подчеркнуть, что, обосновывая данное понятие, Н.Н. Алексеев использует термин – правовая, а не юридическая, что в контексте нашего изложения проблемы становится весьма принципиальным.

Речь идет о том, что конструкция «правовой структуры» Н.Н. Алексеева включает сущностные элементы права, а не законодательства, правового, а не юридико-технического характера. При этом мы хотим подчеркнуть важность юридико-технической функции этой конструкции, на наш взгляд, являющейся одной из возможных форм перехода, а точнее, переноса, правовой реальности в юридико-техническую реальность, в реальный сектор их взаимодействия или, иначе говоря, в «поглощение» правовой реальностью реальности юридико-технической.

Приведем правовую структуру Н.Н. Алексеева, обращая внимание и на то, какое конкретное содержание вкладывается Н.Н. Алексеевым в понятие «правовое».

«1. Наиболее глубоким элементом этой структуры является то, что можно назвать «субъектом» или носителем обнаруживающихся в праве ценностей. Причем, когда мы говорим о субъекте, мы не мыслим, конечно, субъекта права, как о нем учит юридическая теория. Субъект мыслится нами как деятель, как носитель актов, обнаруживающих ценности, – в частности, актов признания [8, с. 74].

Вторым элементом этой структуры являются сами обнаруживаемые в праве ценности. Наличие какой-либо ценности является безусловным предположением для правовых явлений...

Наконец, третьим элементом правовой структуры нужно считать те определения, которыми характеризуется особое, специфическое правовое (выделено Н. Алексеевым) отношение как между собою, так и к их носителям... Мы полагаем, что при значительном множестве таких определений существуют, однако, два основных предиката всякого правового феномена, – и именно понятия «правомочия» и ... «правообязанности»... [8, с. 74].

Попытки поместить право и определение его сущности исключительно в естественно-правовое

пространство, к тому же понимаемое как система общих, постоянно действующих и неизменных норм, так же как и попытки представителей позитивистских концепций права поместить его исключительно в пространство нормативной юридической системы, составившее содержание непримиримой и незаконченной борьбы этих двух основных направлений правовой мысли, свидетельствуют о несостоятельности попыток относить право исключительно к одному из названных выше пространств, о формировании и осуществлении его в каждом из них в специфических формах. Имевшие место попытки интегрировать полностью эти пространства в одно целое также потерпели крах в силу принципиальных их отличий как по составу элементов, источникам, так и по характеру и способам их взаимодействия.

К происхождению и особенно развитию права имеют отношение как общие закономерности развития природных и социальных отношений, объективно развивающаяся судебная практика (в т.ч. и обычно-правовая), так и воля государства, проявляющаяся как в законодательном процессе, так и в ходе реализации установленных общеобязательных норм.

Проходя отмеченные процессы и в их обособлении, и в их взаимопроникновении, право возникает как система свойств человека (индивида и общества), понимаемых как содержание его человеческих действий, без которых функционирование общественной системы было бы невозможно. Речь в данном случае не идет о формировании общеобязательных норм, без которых порядок в обществе был бы невозможным, но такой порядок может существовать и без права, как это имеет место в условиях деспотического господства. Формирование права идет как процесс выявления и обретения человеком правомочий, правообязанностей, предоставляющих ему возможность самостоятельных действий для формирования и реализации правовых ценностей в общественной системе. Как отмечал Н.Н. Алексеев, право рождается в системе нравственности, возникает в виде прав, правомочий, правопритязаний, правообязанностей [8, с. 118, 119].

Эта возможность является необходимым условием функционирования общества как целого. Она может иметь своим источником и судебные и квазисудебные решения, которые постфактум признают правомерность или недопустимость уже совершен-

ных действий. Это может быть и воля государства, которое признает допустимым или недопустимым наделение социальных субъектов правомочиями и полномочиями, опосредующими их общественное взаимодействие.

Так формируется ядро права – правомочия субъектов и их парвообязанности, содержание, формы закрепления и реализации которых в интересах их рационального использования должны оттачиваться социальной практикой, согласовываться друг с другом как элементы одной системы. Необходимость их осуществления требует включения в пространство их распространения и других элементов права – правовые обязанности, правовые запреты, правовые ограничения, правовые стимулы и т.п.

Исходя из этого право предстает как целостная система элементов, обладающих гомеостатическими свойствами, создаваемых всей социальной системой. Отсюда и те не всегда преодолеваемые трудности в его общем определении, наличии многочисленных односторонних его определений, количество которых может совпадать с количеством сфер, в которых оно себя обнаруживает, но количественная определенность всех этих сфер не дает оснований выявить единую сущность права в одном общем определении.

Поиск права не ограничивается сферой правовой реальности, он правомерен и в юридикотехнической реальности, в секторах ее взаимодействия с правовой реальностью.

Большой интерес представляет собой вопрос, к какой области относятся право, правовая и юридикотехническая реальность. Современная отечественная теория права в известной мере продолжает традиции советской теории права в том отношении, что она недостаточно уделяет внимания связи права с ценностями.

Между тем ряд отечественных ученых уделял этому вопросу весьма важное значение. Так, например, Н.Н. Алексеев в «Основах философии права», рассматривая проблему правового факта с точки зрения таких направлений в философии права, как правовой эмоционализм, основывающийся на идее нахождения права в первоначальной среде – области эмоциональной жизни, и интеллектуальный интуитивизм, основывающийся на признании правовыми фактами фактов разума, пришел к выводу: «Право есть область ценного, а не область истинного чистого разума», а разграничение права и неправа

лежит не в области разума и не в области теоретических истин, а в области особой интуиции, превосходящей силы теоретического разума [8, с. 60 – 61], названной им феноменологией.

Указанный выше фундаментальный вывод Н.Н. Алексеева требует серьезнейшего изучения, и представляется весьма странным, что он не вызвал в современной юриспруденции внимательного обсуждения [11].

Здесь мы сталкиваемся с ситуацией, когда достаточно объективный и профессиональный анализ историко-политико-правового (политученческого) материала обособлен от делаемых конечных выводов исследования. К примеру, если Гегель говорит, что юриспруденция как наука о позитивном праве не может считаться подлинной наукой о праве, то это высказывание надо либо принять, либо опровергнуть и согласовать конечные выводы своего исследования с принятой автором точкой зрения.

Сказанное относится к ряду фундаментальных положений юридической науки, которые прошли через всю ее предысторию и историю.

Неудающиеся попытки отождествить естественное право и позитивное право, попытки интегрировать их в одно целое, как правило, связаны с односторонней абсолютизацией отдельных способов познания, при помощи которых пытаются полностью и универсально охватить все пространство права, юридико-технической реальности.

Анализ научно-исследовательских работ по проблематике настоящей статьи свидетельствует о том, что различие правовой, юридико-технической реальностей и реальности юридической науки, имеет весьма глубокие «политученческие» корни. Изучая этот материал, можно прийти к выводу, что у истоков обоснования и формирования юридико-технической реальности стояла римская юриспруденция, римское право, в рамках которых сформировалось представление о субъекте права как о маске, положившее основание юридическому миру и его интенсивному развитию в последующей юридико-технической истории человечества.

Соответственно, у истоков правовой реальности стояли Сократ, Платон, Аристотель, считавшие справедливость основой права, Кант, проводивший различие между юристами и правоведами, считавший, что право не закон, изданный государством, который может быть и не правовым, проводивший различие между эмпирическим и чистым учением о

праве, видевший в праве прежде всего поступок, вытекающий из принципов права и реализующий локковские права и свободы, а не установленную норму, Гегель, проводивший различие между правом в себе и для себя сущим и произвольным определением того, что есть право, Н.Н. Алексеев, четко сформулировавший различие мира права и юридического мира, предложивший научно-теоретическую конструкцию «правовой структуры», посредством которой может создаваться мир их возможного взаимодействия.

Современный уровень развития юридической науки позволяет выявить сложносоставной характер предмета юридической науки, опирающийся на проведенные фундаментальные исследования этой проблемы, в которых односторонне были развернуты отдельные ее составные части.

Обобщение имеющихся подходов к осмыслению данной проблемы приводит к мысли о тройственности предмета познания в современной юридической науке и, соответственно, различий методологии познания, которая может быть использована, адекватно каждому конкретному предмету исследования.

Эта тройственность предмета познания юридической науки отражает реальность разорванности того мира, целостность которого во что бы то ни стало пытается найти юридическая наука. Разграничение и фрагментарный характер единства правовой реальности (методология познания права), юридико-технической реальности (методология познания юридического мира), реальности юридической науки (методология самопознания) является историческим фактом, без глубокого осознания которого надлежащее правовое развитие, его юридико-техническое обеспечение, предполагающие решение хотя и взаимосвязанных, но существенно различных задач и использование способов и приемов познания, не может быть обеспечено. И, следовательно, остается нерешенной задача создания целостности трех видов реальности, понятие о которой до сих пор не получило своего обоснования.

Литература и комментарии

1. Франк С. Реальность и человек. М., 2007.
2. Шансугов Д.Ю. Размышления о праве // Северо-Кавказский юридический вестник. 2012. № 2.

3. Шансугов Д.Ю. Проблемы диалектики правового познания // Северо-Кавказский юридический вестник. 2007. № 4; Исходный пункт диалектического правового познания // Северо-Кавказский юридический вестник. 2008. № 1.
4. Асланян Н.П. Понятие гражданско-правовой реальности. Интернет-ресурс.
5. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. Харьков, 2002.
6. Бачинин В.А., Сальников В.П. Правовая реальность в контексте цивилизации и культуры: методология причинного анализа. СПб., 2005.
7. Радхакришнан С. Индийская философия. М., 2005.
8. Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1999.
9. Алексеев Н.Н. Там же; Кельзен Г. Основные проблемы государственного права.
10. Гаджиев Г.А. Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2012.
11. Одной из интересных, весьма редких работ, посвященных этой теме, является монография А.И. Овчинникова и С.П. Овчинниковой Евразийское правовое мышление Н.Н. Алексеева / Под ред. П.А. Баранова. Ростов н/Д. 2002.

УДК 340

Супатаев М.А.

ПРОБЛЕМЫ ЛЕГИТИМАЦИИ РОССИЙСКОГО ПРАВА: ТРАДИЦИИ И СОВРЕМЕННОСТЬ

В статье рассматриваются проблемы легитимации российского права в современных условиях. Исследуется взаимосвязь между культурой и легитимностью права в аспекте социокультурной специфики российского общества. Формулируется вывод об использовании алгоритмов российской культуры (как особого типа цивилизации) в решении аналитических и практических задач легитимации и развития права с учетом динамики глобальной культуры, совместимой с постиндустриальными экономическими связями.

The article analyzes the problems of legitimation of the Russian law in modern conditions. The author researches the connection between culture and legitimation of law in the aspect of socio-cultural peculiarity of the Russian society. The conclusion is made on the use of algorithms of the Russian culture (as a special type of civilization) in solving of analytical and practical tasks of legitimation and law development, taking into account the dynamics of global culture, which is compatible with postindustrial economic connections.

Ключевые слова: легитимация, право, культура.

Keywords: legitimation, law, culture.

Тема легитимации позитивного права в отечественной теории и философии права в последнее время становится не только актуальной, но и в каком-то смысле сакраментальной. Вероятно, это связано с тем, что в эпоху смены научных парадигм то, что раньше казалось простым, стало вдруг сложным и непонятным.

Когда модернизационные процессы открылись исследователям с самых неожиданных сторон и идеи радикальных либеральных реформ, получивших воплощение в российском законодательстве, обнаружили свою недостаточность, а подчас и яв-

ную неадекватность социальным ориентациям и ожиданиям в обществе, акценты стали смещаться в сторону тех понятий и слов, которые, используя прежде, так сказать, в обыденном, «общепринятом» значении, теперь обрели статус важнейших категорий общественнознания. В их числе – категория культуры, позволяющая содержательно и разносторонне раскрыть суть ценностного обоснования права в обществе.

На том историческом этапе, который переживает Россия, традиционный пласт культуры едва ли исчерпан. Он, «если угодно, уходит в подпочву».

Речь идет о том, что «просвечивает из глубины, находится на уровне не всегда очевидных, но очень важных интенций» [1, с. 7] и требует специального исследования в контексте легитимности и устойчивости юридических норм, эффективности правового регулирования на современном этапе развития общества.

Указанная проблема особенно актуальна в условиях так называемого социокультурного «пограничья» [2], характерного не только для российской цивилизации, совмещающей в себе характеристики, присущие различным цивилизационным типам, но, например, и для иберо-американской цивилизации. К последней относятся страны к югу от Рио-Гранде, а также Португалия и Испания, что нашло свое отражение в ставшем общим местом утверждении о том, что «Европа заканчивается за Пиринеями».

Если воспользоваться веберовским определением легитимности, близким по значению к понятию «престижа» или «значимости» [3, с. 637 – 630], то становится очевидным, что легитимность российского права зависит от признания и поддержки его норм самыми широкими слоями многонационального народа России, характеризующегося чрезвычайной социокультурной разнородностью.

Стало быть, если речь идет о макропроцессах обеспечения действенности юридических норм, стабильности и прочности правопорядка, пожалуй, одной из главных задач является исследование культурных оснований этих процессов, которое могло бы создать контекст для полноценной и содержательной концептуализации понятия легитимности права.

Но, начиная разговор о феномене взаимосвязи культуры и легитимности, следует прежде всего дать рабочее определение культуры. Таковых со времен Л. Уайта [4] набралось немало, но проблема состоит в том, что культура по природе своей – феномен стереометрический (многоплановый и комплексный) и потому ускользающий от линейных определений, которые отражают лишь отдельные аспекты, не охватывая всей комплексной полноты явления.

В самом общем и сжатом виде можно сказать, что культура – это система духовного производства (понятие, раскрытое еще К. Марксом и получившее развитие в ряде работ отечественных авторов) [5]. Возникнув в тесной связи с материальными пред-

посылками как средство адаптации человеческого вида к природным условиям, а также к тем социальным последствиям, которые вытекают из прогрессирующего освоения этим видом природной среды, культура обретает собственные закономерности и оказывает целостное, интегрирующее влияние на решительно все компоненты социального регулирования. Она выступает как определяющий фактор в социальной системе и ее динамике.

Как отмечалось, такой подход позволяет рассматривать культуру как предтечу права, выявить происхождение юридических норм, конституирующих, наряду с другими нормами (политическими, религиозными, нравственными, эстетическими, языковыми и т.д.) культуру. Но не менее очевидна роль права как инструмента стабилизации культуры, важного средства привнесения в общество новых идей и культурных ценностей [6, с. 8]. При этом легитимность выступает как конститутивный момент всякого социального действия [7], включая юридические действия отдельных индивидов, ориентирующихся на эти идеи и ценности.

Ядром культуры является производство духовных стандартов, ценностей, убеждений, ориентаций и др., т.е. программ поведения людей, кодируемых в смыслах (словах, понятиях, знаках). Рассматривая авторитетность как одно из сущностных качеств права (наряду с нормативностью, системностью, формальной определенностью и др.), без которых права не может быть, без которых оно не действует, не выполняет своей социальной роли, О.Е. Лейст справедливо подчеркивает, что «право не должно пребывать в постоянном конфликте с религиозными, моральными и иными общепризнанными ценностями данного общества, его традициями и нравами» [8].

Компоненты культуры (традиции, ценности, нравы и прочее) можно перечислять достаточно долго. Все это хотя и важные, но частности, суть внешние, производные феномены. Это подводит нас к еще одному определению культуры как системы всеобщих принципов смыслообразования и самих продуктов процесса смыслогенезиса [9]. Это и понятно, поскольку основой органической, «цементирующей» связи между различными компонентами культурной системы выступает единство принципов смыслообразования. Принципы смыслообразования и результаты этого процесса составляют пространство культуры. Разворачивание смыслов

и взаимодействие смыслов и психики человека задают собой природу человеческой ментальности, значимым образом обуславливают правозначимое поведение индивидов, их жизненный путь и судьбу.

Кроме того, такой подход позволяет рассматривать культуру как основание крупных культурных общностей – цивилизаций, выражающих качественное своеобразие общества и заключающих в себе высшие духовные смыслы и конечные ценности, которые цивилизация порождает, развивает и реализует на протяжении своего жизненного пути во всех своих основных компонентах или подсистемах [10, с. 378]. Представляя собой целостные системы, цивилизации значимым образом определяют существенные процессы и изменения, происходящие в огромном социокультурном пространстве, в том числе жизнедеятельность малых социокультурных единиц, групп или индивидов, их правовую культуру, их жизненный путь и судьбу.

Так, если закрепленный в конституциях западных стран институт разделения властей – это неотъемлемая часть правовой культуры (как подсистемы более широкой системы – социокультуры), достоинство которого (впрочем, как и самой конституции) в этих странах в целом никогда не подвергается сомнению, то во многих незападных (восточных) обществах тот же зафиксированный в конституциях институт – вовсе не часть (или пока еще не часть) правовой культуры, а скорее предмет бурных обсуждений.

Таким образом, один из путей рассмотрения легитимности права – рассмотрение ее не только как одного из сущностных (или существенных) качеств права, но и как культурного феномена, включающего такие представления о нормах права, которые, пользуясь выражением Г.К. Триандиса, «очевидно, приемлемы» [11, с. 36] в целом для общества и не нуждаются в каком-либо обсуждении.

Но проникновение в логику взаимосвязи культуры и легитимности права имело бы мало ценности без исследования механизма культурной динамики в обществе.

В этой связи следует коснуться ротационного цикла явлений культуры, основанного на существовании двух основных разновидностей социальной культуры и очень часто увеличивающего в значительной степени вероятность ориентации поведения на данный «порядок», под которым М. Вебер, в частности, понимал право, «если порядок

внешне гарантирован возможностью (морального или физического) принуждения, осуществляемого особой группой людей, в чьи непосредственные функции входит охранять порядок или предотвращать нарушение его действия посредством применения силы» [3, с. 640].

Долгое время считалось аксиомой, что основная масса правовых норм не проходит всего ротационного цикла большинства явлений культуры. Указанный цикл, как известно, заключается в том, что многие элементы духовной культуры господствующих социальных сил или непосредственно обычно заимствуются из народной культуры, или имеют в ней достаточно глубокие корни. Дальнейшая судьба таких элементов элитарной культуры состоит обычно в том, что они перерабатываются на профессиональном уровне сообразно запросам и вкусам правящих сил и со временем, теряя свой элитарный, престижный, знаковый характер и постепенно опускаясь по ступенькам социальной лестницы, в конечном счете вновь становятся элементами всеобщей народной культуры [12, с. 31]. Перенимая элитарную культуру, «народ, по выражению немецкого исследователя Х. Наумана, собственно говоря, берет назад то, что ему принадлежало» [13].

Так в постоянном круговороте обмена культурным достоянием по вертикали (между различными частями общества) происходит развитие духовной культуры социума. Именно поняв эту общую схему, можно обнаружить тот элементарный социокультурный механизм, который действует в обществе, когда речь идет о формировании, динамике и легитимности права, представить себе некоторые из основных пружин этого механизма.

К числу его особенностей следует отнести: замкнутый контур обращения большинства явлений культуры, охватывающий потребителей и творцов культуры, последовательность этапов распространения культуры, идущей от создателей культурных ценностей к среде потребителей культуры, обратное воздействие культурной среды на создателей культуры, отличающееся масштабами и качеством.

Таким образом, понятие ротационного цикла помогает выявить правила взаимодействия явлений культуры, знание которых позволяет влиять на характеристики циклов, а тем самым на саму культуру некой социальной общности. Такое возможное влияние на циклы играет весьма важную роль в формировании правовой культуры и поведенческих

ориентаций человека, поскольку он включен в соответствующую культуру социума.

Именно по этой причине многие социологи права (Дж. Мэримэн и др.), говоря о правовой культуре как неотъемлемой части общей культуры народа и основополагающем факторе, предопределяющем формирование, реализацию и легитимность права, рассматривают ее с двух позиций: «внутренней» правовой культуры или профессиональной (элитарной) правовой культуры, прежде всего правовой культуры законодателей и судей, всегда претендующей на всеобщность (универсальность), и так называемой внешней правовой культуры или правовой культуры самых широких слоев населения страны [14, с. 508], включающей в себя правовые знания и правовой менталитет, соответствующие представления о «должном» (нормативные убеждения), а также правовые настроения и чувства, включая чувство правовой патологии.

Каждый набор культурных значений во «внешней» и «внутренней» правовых культурах обуславливает степень, в которой правовая система оказывается восприимчивой к ротационным циклам культурных изменений и определяет динамику. Даже в условиях самого гомогенного (относительно), метакультурного (цивилизационного) сообщества существуют определенные различия между «внешней» и «внутренней» правовыми культурами, «отделяющими правовую систему» от остальной части общества, особенно по «краям централизованных особенностей юридических культур, воплощаемых в конституциях, кодексах и законах» [14].

Понятно, что чем больше разрыв между «внутренней» и «внешней» правовыми культурами, особенно в условиях «социокультурного пограничья», тем больше формальный характер права, тем меньше степень легитимности (признания) его норм.

Тем не менее вплоть до недавних времен сохранялась убежденность, проистекавшая не только из позитивистских взглядов на право, но и из известного понимания права как «правового закона» (права как сущности и как явления) [15], что юридические нормы, как правило, формулируются профессионалами и только затем становятся достоянием широких слоев населения [16].

Разумеется, юридические новшества (инновации) входят в систему культуры общества и другими путями, не только путем создания их внутри общества, но и путем «трансферта», т.е. заимство-

вания и передачи элементов культуры по горизонтали, в частности, достижений правовой культуры более развитых обществ в отсталые (чаще происходящего в элитарной среде) с последующим распространением этих элементов в массы.

В этой сети отношений создается то взаимодействие локальных и универсальных элементов культуры, в котором складывается глобальная культура, присущая современному миропорядку и снимающая ограничения прежних социально-культурных образований, что подтверждается международным правом, которое становится инструментом гармонизации национально-правовых систем. При этом основная нагрузка на гармонизацию национально-правовых систем, осуществляемую в форме унификации права путем заключения международных договоров, ложится на международное частное право [17, с. 68].

Однако эти заимствования и взаимодействия отнюдь не проявляют тенденции к стиранию или исчезновению этнических, национальных и цивилизационных оснований легитимности права, а всеобщие правовые заимствования так или иначе адаптируются к местным условиям.

Универсализуя одни аспекты и локусы взаимодействия, глобализация дает простор разнообразию других аспектов и локусов. В этих условиях возникают такие противостоящие друг другу перспективы, как столкновение или диалог мировых цивилизаций, каждая из которых ведет к возникновению особого мирового порядка, особого правопорядка во внутригосударственных и международных отношениях,

Как уже отмечалось Б.С. Ерасовым, одна из важнейших функций цивилизации как крупного культурно-исторического образования – хранить время и связывать настоящее с прошлым и будущим [18, с. 220].

Внедрение более аналитических подходов в культурологию и теорию цивилизаций привело к выявлению различных вариантов цивилизационной изменений, способных поддерживать преемственность в культуре и праве, вопреки смене формационных факторов. Учет стабильности указанных вариантов (типов) изменений, поддерживающих жизнедеятельность основной массы населения в приемлемых для него самобытных формах – необходимое условие для проведения легитимных и успешных законодательных реформ.

Лишь на Западе доминирует представление о прогрессистско-линейном (эволюционном развитии) мировой истории.

В мировоззренческих же устоях восточных обществ отсутствовало понятие развития как поступательного движения вперед, т.е. прогресса прежде всего в экономической сфере, в них прочно укоренено представление о динамических изменениях истории в заданных рамках, выход за которые означает разложение и гибель в неевропейском понимании. Здесь на каждом новом онтологическом витке общество движется как бы по «кругу», повторяя себя на протяжении многих поколений. Запад, напротив, выходил за эти рамки, отталкиваясь от наследия неевропейских культур, которое он усваивал, перерабатывал и преобразовывал. Отсюда подмечена К. Ясперсом непрерывность в формировании западной культуры [19, с. 83].

При инверсии, наиболее характерной для обществ, находящихся в точках межкультурно-напряжения, на стыке мировых цивилизаций и культур, изменения, напротив, идут не по «кругу», а совершают «маятниковые качания» – от одного полюса культурных значений к другому [20], от одной революции и смуты к другой при значительном разрушении накопленного, в периоды от нескольких десятков лет до нескольких веков, и могут охватывать как духовные, так и социальные, политические, государственные и правовые изменения. Такие перепады возникают тогда, когда в культуре не сложилось достаточно устойчивое ядро, «золотая середина» или прочная структура. Устойчивое цивилизационное устройство общества предполагает упрочение медиативных факторов, которые формируют «срединную» культуру.

Преодоление представлений об однолинейности исторического развития дало возможность выявить характер и причины фазового (стадиального) или этапного типа цивилизационной динамики (стадии созревания, расцвета и роста), к которому применима историческая периодизация в соответствии с господствующим типом социальных отношений. Но многовариантность и плюрализм цивилизационной динамики как в синхронном (пространственном) измерении, так и в диахронном срезе (в историческом плане) и ее влияние на легитимацию права не отменяют других начал в духовном производстве, постоянно сохраняющем свою сложную, разнородную и полиморфную структуру (меха-

низм) ротации культурных явлений, обеспечивающую на уровне народной культуры ориентацию на значимые модели правовой регламентации общественных отношений.

Теперь уже ясно, что именно с нарушениями ротационных процессов в культурной жизни российского народа и отрывом интересов отечественных либеральных кругов от народной жизни и социокультурных (цивилизационных) особенностей российской народа как носителя и потребителя создаваемых самобытных культурных ценностей, и тем самым фактическим устранением народа от процесса принятия политических решений (в том числе юридических норм), связаны и низкая индифференция легитимности и коммуникативности [21] юридических норм и (как следствие) чрезвычайно малая, если не «отрицательная», эффективность правообразовательной деятельности.

Ее главная черта – формирование права преимущественно «сверху». Его суть можно определить как «галолирующую инфляцию», «гигантизм» или «фантом» законодательства, выражающиеся в погоне за неосуществимыми, призрачными, грандиозными проектами юридических и социальных реформ, которые остаются только на бумаге, только в текстах принятых законов.

Отсюда неконтролируемый рост нормативного материала, вводимого законодательными актами, еще большее отчуждение человека от закона и «утрата доверия к формальным источникам права» [22, с. 21]. Возникают противоречия между различными актами, сложности в сопряжении норм, различия в толковании, а также подчас напряженность или тупиковые ситуации в решении юридических вопросов. По этой причине право само может подорвать свой авторитет и рискует оказаться погребенным.

Это в полном смысле «стратегический дрейф», результат которого независимо от плоской технократической ориентации либерального истеблишмента проявляется как бы стихийно, поскольку опирается на мощь базисных архетипов российской цивилизации и соответствующие особенности «внешней» правовой культуры, которые не выявлены и не эксплицированы в достаточной мере не только в современной российской гуманитарной науке, но и в юридической отрасли знания.

В это время может разворачиваться сколь угодно противостояние модернизационных (ин-

новационных) идей и традиционных культурных архетипов, однако к концу, как правило, бурного десятилетия происходит «абортивный сброс» сложности и постепенная кристаллизация юридических реалий, основанных именно на базисных архетипах «внешней» правовой культуры и цивилизации.

Очередной этап этого процесса, как указывают И. Яковенко и А. Музыкантский, и разворачивается последние полтора десятилетия на наших глазах [23, с. 317 – 318]. На излете очередного витка российской истории (либерального или манихейского, если следовать вышеназванным исследователям манихео-гностического комплекса в российской цивилизации) умами широких слоев населения вновь овладевает правовой нигилизм, чувства неопределенности и безысходности («богооставленности» в терминах гностицизма), растерянность и страх перед будущим.

Замечено также, что в подобного рода кризисные периоды развития культуры не только в широких народных массах, но и в высших (элитарных) слоях общества, которые получают от данного строя некие привилегии и извлекают из него определенную материальную выгоду, наблюдаются утрата уважения к существующему праву, с неизбежностью наступает этическая деградация и упадок, появляются и ширятся злоупотребления компрометирующего характера [24, с. 883].

Можно, разумеется, попытаться построить в стране (в которой нет и не было протестантской этики) модель своеобразного российского «европеизма» (выражение А.А. Пелипенко). Этакое запоздалое на 500 лет Новое время с российскими правовыми аналогами периода «Чинквиченто» (высокого Возрождения), Реформации и Просвещения «при полном отсутствии той междуклеточной ткани социальных отношений, которая, – по словам П.Н. Милюкова, – вырабатывается культурным процессом и одна может обеспечить непрерывность социального действия...» [25, с. 151].

Но любого рода движение в этом направлении, по-видимому, возможно лишь при качественном изменении всей культурно-цивилизационной ситуации в России, а не только ее геополитического статуса. Только в этом случае можно надеяться на тот самый полумистический сдвиг в небесах, который вмиг превращает этнонацию, каковой является Россия, в политическую нацию. К тому же современный Запад – это не исторически неизмен-

ный светлый берег окончательного решения всех цивилизационных проблем, не «Свет», противопоставляемый «Тьме» в духе традиционного русского манихео-гностического видения мира. Пути собственных трансформаций Запада неясны, и перспективы его отнюдь не оптимистичны. Похоже поезд западного либерализма, который был для русского западника единственной надеждой, все-таки прибыл на конечную станцию [26]. И бежать за ним, задрыв штаны, трагически поздно. Все надо делать вовремя [27].

Это тем более так, что сегодня мы живем в эпоху затяжного, системного кризиса или даже «агонии» западного либерализма как «геокультуры современной миросистемы» (по выражению видного американского социолога И. Валлерстайна) [28, с. 5, 234], который, все больше теряя свою престижность, находится на пороге перемен, способных привести к возникновению совершенно нового миропорядка.

Одним из характерных проявлений указанного кризиса, особенно в его крайнем варианте неолиберализма с отказом от ответственности перед обществом и библейских ценностей, массированным продвижением интересов индивида в противовес неким общим ценностям, носящим, по мнению этого ученого, безвыходный, тупиковый характер, является, как подчеркивает он, глубокие и непреодолимые, внутренние противоречия между индивидуальными и коллективными правами человека («правами индивида» и «правами народов», правами «своих» и правами «чужаков»), что, на наш взгляд, не лишено основания.

Если у всех народов равные права и у всех индивидов равные права, а последние, по мнению некоторых отечественных ученых, даже более равны в своих правах, чем народы, то возможность пользоваться некоторыми неотчуждаемыми и неотъемлемыми правами человека (как гражданина мира), скажем, на свободу передвижения и поиск работы всюду, где бы она не находилась, должна быть предоставлена всем независимо от гражданства, расовой, национальной и культурной принадлежности. Но правовая политика, а равно юридическая наука в западных странах (Англии, Германии, Франции и др.) (и не только там, достаточно указать на предлагаемые российскими юристами государственные меры по «селективному» привлечению определенной части мигрантов) [29, с. 245] идут вовсе не в

этом направлении, воздвигая все новые и новые юридические барьеры, с тем чтобы отказаться от идеи открытых границ, отгородиться от населения своих бывших колоний и выходцев из государств Восточной Европы и иных развивающихся стран. В США даже губернатор Калифорнии, крупнейшего штата страны, призвал к принятию поправки к Конституции США, которая положила бы конец одной из наиболее чтимых правовых традиций – *jus soli*, в силу которой любой человек, рожденный на территории США, становится гражданином этого государства «по праву почвы».

Таким образом, либерализм сегодня загнан в угол собственной логикой, хотя и продолжает утверждать законность права индивида и чуть менее громко прав народов.

Кризис тотален. Дилемма тотальна. Но если это открыто признать, замечает И. Валлерстайн, если отказаться от либеральной риторики, то современная неэгалитарная мирэкономика может утратить свою легитимность в глазах «опасных» (обездоленных) «классов». А если эта система, столь настойчиво следовавшая своей логике бесконечного накопления капитала, что стала приближаться к своему теоретическому идеалу – превращению всего и вся в капитал, лишена легитимности, она не выживет [28, с. 141 – 167].

В этих условиях идеология либерализма, несущая опасность социально ориентированным демократическим обществам и грозящая приближающимся истощением экосистемы, утрачивает свою исключительную привлекательность и веру в нее и происходят дополнительные напряжения и инверсия ценностей: все более значимыми и востребованными становятся признание долга и обязанностей человека по отношению к обществу и окружающему миру, ранее предполагавшиеся несовместимыми с либерализмом.

Первой жертвой указанных напряжений становится легитимность государственных структур и тем самым их способность поддерживать правовой порядок. По мере того как они будут терять эту способность, последует дальнейшее ослабление легитимности самого права. И делегитимизация не прогнозы, о которых еще в начале 70х годов XX в. писал Ю. Хабермас [30], – это уже настоящее. Мы видим его в крайней неэффективности правовых моделей либерально-монетарного самоуправления экономики, в гигантски возросшем чувстве незащи-

щенности большинства людей – озабоченности невозможностью добиться справедливости в социальной сфере (вследствие крайностей неограниченной экономической свободы), немотивированным насилием и коррупцией, многократно умножившимися в последние 10 – 15 лет [30, с. 248].

Важную роль в этом процессе играет и «усталость» европейской культуры модерна, выразившаяся в ситуации постмодерна (нередко определяемого как «постэпоха» – постлиберальная, посткапиталистическая и т.д.) с его отказом от «больших «нарративов», придающих смысл миру (Ж-Ф. Лиотар), коллажностью и нарастанием релятивизма базовых европейских ценностей (неограниченной свободы личности, идеалов прогресса, плюрализма и др.). Постмодерн ищет «зоны свободы не в личностно-субъективной сфере, а в ее деконструкции, в различной центрации и семантизации текста, «годящегося, наверное, быть предисловьем бесконечным к другому тексту» [3]. Как уже отмечалось, текст, значение и смысл прав человека в наши дни, словно по мановению волшебной палочки отделились друг от друга и завертелись, как снежинки, в вихре глобализации. И быть может, одна из ближайших задач, стоящих перед философией права – поиск их единства [32, с. 30].

Однако все это никоим образом не говорит о «вреде» постмодернизма, а только о его переходном характере, о том, что прежний значительный цивилизационный период на Западе близится к завершению, а относительно нового этапа (и его возможностей) никакой ясности пока нет [33, с. 730]. Можно еще раз убедиться в том, что в истории нет раз и навсегда установленных истин, что все может повернуться по-другому, никакая проблема не может считаться окончательно решенной, никакое цивилизационное соперничество – разрешенным раз и навсегда.

Из всего сказанного с очевидностью следует, что постмодернистское отрицание либерализма – это не обычная борьба мировоззренческих установок в рамках некой общей парадигмы, как бывало ранее. Налицо смена самой парадигмы права в общественном сознании народных масс, родившейся в античности, утвердившейся с победой монотеизма и пережившей бурную историю кризисов и взрывного развития на протяжении новоевропейской истории.

Интересно отметить, что к 50-летию ООН международной неправительственной организацией – Советом взаимодействия, куда входят бывшие главы государств и правительств различных стран всех континентов, была выдвинута инициатива, связанная с принятием Всеобщей декларации обязанностей человека (A Universal Declaration of Human Responsibilities), задуманной как необходимое дополнение к Всеобщей декларации прав человека 1948 г.

В Докладе о заключениях и рекомендациях по итогам венской встречи группы высокопоставленных экспертов по вопросам глобальных этических норм (20 – 22 апреля 1997), подготовленном по просьбе Совета взаимодействия при подготовке проекта Всеобщей декларации обязанностей человека, в частности, отмечалось, что «тот факт, что вместо Всеобщей декларации обязанностей человека была начертана Всеобщая декларация прав человека несомненно отражает философскую и культурную основу составителей этого документа, которые, как мы знаем, представляли западные державы и были победителями во Второй мировой войне». Однако без соответствующего равновесия неограниченная свобода столь же опасна, как и навязанная социальная ответственность. Огромная социальная несправедливость явилась следствием крайностей экономической свободы и капиталистической зависти, в то время как жестокое подавление экономической свободы оправдывалось во имя интересов общества и идеалов коммунизма. «Концепция обязанностей человека способствует созданию равновесия между понятиями свободы и ответственности: в то время как права относятся в большей мере к свободе, обязанности связаны с ответственностью» [34].

Как бы то ни было несомненно одно: как бы ни старались коллективными усилиями устранить вызовы, стоящие перед либерализмом, и независимо от того, будет или у нас больше или меньше индивидуальных и коллективных прав человека, лежащих в основе российского права, все еще переориентирующегося на западные либеральные ценности, последние уже никогда не будут такими, какими мы их знаем на протяжении двух веков.

В этой связи вновь вытянутый «конец истории» известным апологетом американского истеблишмента и футурологом Ф. Фукуямой [35], по случаю достижения человечеством либеральной демокра-

тии как конечного пункта идеологической эволюции и окончательной формы правления в обществе, уже не кажется столь очевидным и убедительным.

Будет ли либеральная демократия похожа на сегодняшнюю западную, кто станет ее главным потребителем – эти вопросы пока остаются у Ф. Фукуямы без ответа и в его новом серьезном труде «Будущее истории» [36].

«Европейцы внесли великий культурный вклад в наше общее человеческое предприятие, – замечает И.Валлерстайн, – но просто неправда, что за десять тысяч лет они стали более великими, чем другие цивилизации, и нет никаких оснований полагать, что в грядущее тысячелетие станет меньше мест проявления человеческой мудрости. Активная замена современных европоцентристских пристрастий на более трезвое и сбалансированное чувство истории и его культурную оценку потребует острой и постоянной политической и культурной борьбы. Она вызывает не к новому фанатизму. Но к тяжелой интеллектуальной работе, коллективной и индивидуальной». Необходимо также взять понятие прав человека и основательно поработать с ним с тем, чтобы сделать его равно применимым к «нам» и к «ним», к гражданам и к «чужакам» [28, с. 250].

Этой же цели, на наш взгляд, содействует и Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 56/6 от 09.11.2001 г. «Глобальная повестка для диалога между цивилизациями», направленная на выявление и поощрение того, что объединяет цивилизации в целях устранения общих угроз для единых ценностей, универсальных прав человека и достижений человеческого общества в различных областях и сведение разных подходов в единое целое (ст. 1 – 9).

Но, как следует из известного афоризма Гегеля, «Сова Минервы (богини мудрости в римской мифологии, соответствующей греческой Афине Палладе - М.С.) начинает свой вылет лишь с наступлением сумерек» [37, с. 56], т.е. философская мудрость всегда запаздывает и приходит лишь к концу эпохи, которую пытается осмыслить.

Вместе с тем разрыв между нормой и практикой, как указывал Л.И. Петражицкий, всегда служил источником появления новых (в соответствии с социокультурными сдвигами) правовых представлений о должном, нормативных убеждений, мотивов, называемых им «интуитивным правом» [24, с. 883 – 884]. Еще одним подтверждением тому служит опыт стран «третьего мира».

Так, с ситуацией, переживаемой сегодня Россией, в свое время столкнулись многие страны Востока, в которых отсутствие духовной и материальной базы для воспроизводства воспринятых западных либеральных образцов грозило очередным витком политической нестабильности и экономической стагнации, кризисных явлений в области права, грубейших нарушений прав человека и духовной деградации общества [38].

Тем не менее некоторые из них сумели, причем весьма небезуспешно, извлечь для себя полезные уроки, в необходимых случаях опираясь на собственные социокультурные ценности, охватывающие политико-правовые особенности этих стран.

При этом существенное значение в анализе путей и средств преодоления кризиса легитимности в условиях модернизации этих обществ видные современные социологи и специалисты в области теории цивилизаций, такие как Ш. Эйзенштадт [39] и др., придавали роли традиций не как дихотомного начала, противостоящего современности, а именно как специфики (самобытности), связанной с той или иной цивилизационной системой.

Применительно к современной конфигурации российской цивилизации с учетом ее социокультурной гетерогенности и колебательных контуров (инверсионных поворотов) – «срывов» и «взрывов», ставших предметом особого внимания со стороны современных исследователей) наиболее важной частью решения задачи обеспечения легитимности и динамики юридических норм в процессе модернизации общества и права является поиск компромиссных, центристских политических, в том числе правовых, решений, которые бы способствовали формированию «серединной» культуры («золотой середины»), обеспечивающей участие в системе общественного самоуправления различных социальных, этнических и конфессиональных общностей, максимально соответствовали весьма неустойчивому и трудноуловимому ценностно-смысловому цивилизационному ядру в правовой культуре самых широких слоев населения страны и в то же время учитывали «достижительные» ориентации западных стран, отражаемые во «внутренней» (профессиональной) правовой культуре.

Легитимность права, таким образом, непосредственно зависит от приоритетов и целей правовой политики, от способности властей, элитарных групп создавать и поддерживать представления о

справедливости и обоснованности юридических институтов и норм, их адекватности социокультурной среде российского общества.

Но вся драматичность, если не трагичность, нынешней ситуации в России с ее духовными традициями, отдающими приоритет духовно-нравственному согласию индивида с общественными и общественно-государственными ценностями, разделяемыми большинством населения страны, заключается в том, что в стране до сих пор отсутствует четкая государственная стратегия интегрированного развития общества, без которой, особенно ее культурной составляющей (сводимой порой лишь к отрасли экономики [40]), в том числе в правотворческой сфере, при одном лишь совершенствовании юридических средств невозможно обеспечить легитимность права.

Впрочем, как однажды тонко заметил А. Энштейн, «совершенные средства при неясных целях – характерный признак нашего времени» [41].

В последнее время на фоне спорадически раздающихся призывов «реабилитировать» законодательные реформы 90-е годов [42], которые с какого-то времени стали называть «лихими» не только учеными-обществоведами, но и государственными деятелями, политиками все более активно используется понятие «российская цивилизация». Подтверждением тому служит, в частности, вторая программная статья В.В. Путина «Россия: национальный вопрос», опубликованная в «Независимой газете» 23.01.2012 г. Изложенные в ней идеи сохранения и укрепления «единого культурного кода», лежащего в основе уникальной российской «цивилизационной идентичности, которой нет у других», учета национальных и религиозных особенностей в действующем законодательстве и построения «государства-цивилизации, которое способно органично решать задачу интеграции различных этносов и конфессий», вызвали не меньшую волну обсуждения, чем его первая программная статья, посвященная идее Евразийского союза, а, по мнению некоторых аналитиков, возможно даже большую.

Цивилизационная рефлексия очевидно востребована отечественной модернизацией. Описанный М. Вебером формально-рациональный тип легитимности, лежащий в основе «легального господства» (когда по выражению К. Шмитта слова «легитимный» или «авторитет» используются лишь как

выражение легальности и лишь как ее производные [43, с. 230]) в чистом виде не имел и не имеет эмпирического осуществления ни в одном из современных государств. Даже в Западной Европе (Англии, Нидерландах, Бельгии и др.) важную роль в институционализации либеральной демократии сыграл, как указывает С.М. Липсет, традиционный тип легитимности, связанный с сохранением государственно-правового института монархии, обеспечившего постепенность демократических преобразований, без резкого разрыва с прошлым [44]. Конечно, право может черпать свою авторитет из нескольких источников или типов легитимности. Но соотношение между ними в конечном счете обуславливается социокультурной (цивилизационной) спецификой общества.

Фактически сама жизнь заставляет учитывать значимость национальных и цивилизационных особенностей, игнорирование которых способно свести на нет процессы модернизации.

Опыт законодательных реформ России и других стран свидетельствует о том, что для их признания (большинством населения) и успешного проведения в условиях модернизации требуется, чтобы соответствующие реформы соответствовали бы социокультурному (цивилизационному) пространству, в котором они осуществляются, т.е. были санкционированы ментальностью и культурными архетипами самых широких слоев полиэтнического населения страны. Но само понятие «цивилизация», используемое в политике, часто означает всего лишь набор предвыборных слов или используется в качестве «универсальной отмычки», позволяющей обосновывать те или иные идеологические особенности. В результате такого обращения с понятием «цивилизация», вне какой-либо научной теории, может произойти его девальвация, а цивилизационный взгляд на Россию (и ее государственность, право. — М.С.) рискует утратить кредит не только научного, но и общественного доверия.

В этой ситуации особенно важно предлагать систематизированный подход, целостную позицию, в которой прописаны теоретические основания. Существенными компонентами формирующейся традиции цивилизационного анализа являются утверждение критериев научной обоснованности и системности выводов, соразмерности итоговых суждений, объему привлекаемого эмпирического материала; адекватного сверхсложному объекту

исследований междисциплинарного подхода и т.д. [23, с. 670].

Далеко не случайно в постановлении Президиума РАН № 232 от 08.04.2008 г. «Об утверждении основных направлений научной деятельности Учреждения Российской академии наук Института государства и права РАН» в качестве одного из приоритетных направлений научной деятельности Института указано «исследование концептуальных проблем российской государственности на основе цивилизационного подхода с учетом происходящих процессов глобализации» (п.1).

Необходим также поиск путей использования исходных алгоритмов российской культуры (как особого типа цивилизации) в решении аналитических и практических задач легитимации и развития российского права с учетом динамики глобальной культуры, совместимой с постиндустриальными экономическими связями.

Литература

1. Яковенко Г.В. Познание России: цивилизационный анализ. М., 2012.
2. Социокультурное пограничье как феномен мировых и российских трансформаций. Междисциплинарное исследование. М., 2008.
3. Вебер М. Основные социологические понятия // Избранные произведения. М., 1990.
4. Уайт Л. Избранное: Наука о культуре. М., 2004.
5. См., например: Духовное производство. Социально-философский аспект проблемы духовной деятельности. М., 1984.
6. Сунатаев М.А. Культурология и право. М., 1998.
7. Гайденок П.П. Социология Макса Вебера. — Вебер М. Цит. произв., С. 19.
8. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2011, С. 112. Реализация права, опирающаяся на страх, никогда не приводила к желаемым результатам. По этой причине, на наш взгляд, едва ли оправданно включать в понятие авторитетности права, рассматриваемое в цитируемом исследовании проф. О.Э. Лейста, «общепризнанную обязательность права, опирающуюся на страх» (Там же, С. 109).
9. Подробнее см.: Пелипенко А.А. Постигание культуры. В 2 ч. Ч.1. Культура и смысл. М., 2012.
10. Sorokin P. Sociological Theories of Today. N.Y, 1966.

11. *Триандис Гарри.К.* Культура и социальное поведение. М., 2011.
12. *Арутюнов С.А.* Этнографическая наука и изучение культурной динамики // Исследование по общей этнографии. М., 1979.
13. *Naumann H.* Primitive Gemeinschafts. Jena, 1921.
14. *Merryman J.H.* SLADE: A Memoir. – Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe. Stanford. 2003.
15. *Нерсисянц В.С.* Философия права. М., 2008.
16. *Венгеров А.Б., Куббель Л.Е., Першиц А.И.* Этнография и науки о государстве и праве // Вестник Академии наук СССР. 1984. № 10.
17. *Лисицын-Светланов А.Г.* Роль права в модернизации экономики России. М., 2011.
18. *Ерасов Б.С.* Цивилизации: Универсалии и самобытность. М., 2002.
19. *Ясперс К.* Смысл и назначение истории. М., 1991.
20. *Ахизер А.С.* Россия: критика исторического опыта. Т. 1–2. Новосибирск, 1997–1998.
21. Попутно заметим, что при анализе соответствующего этапа распространения элементов культуры с точки зрения теории коммуникации выражаемых в сообщениях следует также иметь в виду достаточно частое искажение содержания сообщений культуры, вызываемое средствами массовой информации, различными бедствиями (войнами, революциями, эпидемиями и т.п.), «придающими всей культуре свой образ и подобие», и др. (*Моль А.* Социодинамика культуры. М., 1973; *Сорокин П.* Человек и общество в условиях бедствий. СПб., 2012).
22. *Glenn H.* Patric Legal Traditions of the World. Oxford, 2000.
23. *Яковенко И., Музыкантский А.* Манихейство и гностицизм: культурные коды русской цивилизации. М., 2011.
24. *Петражицкий Л.И.* INEDITA – Теория и политика права // Избранные труды, СПб., 2010.
25. *Милуков П.Н.* Очерки по истории русской культуры. В 3-х т. Т. 3. М., 1995.
26. *Леонтьев М., Юрьев М., Хазин М., Уткин А.* Крепость Россия: прощание с либерализмом. М., 2005.
27. *Пелипенко А.А.* Время сладких лекарств кончилось // *Яковенко И., Музыкантский А.* Указ. соч. С. 12.
28. *Валлерстайн И.* После либерализма. М., 2003.
29. Права человека и правовое социальное государство в России. М., 2011.
30. *Хабермас Ю.* Проблема легитимации позднего капитализма. М., 2010.
31. *Деррида Ж.* Письмо и различие. М., 2007, С.5 Критика онтологической метафизики, проведенная Ж.Деррида, указывает Н.Луман, может толковаться так, что она предостерегает от переоценки настоящего как места присутствия смысла... (*Луман.Н.* Общество общества. Кн. 4: Дифференциация. Кн. 5: Самоописания. М., 2011, С. 584. Еще одним ярким выражением глобального кризиса западной культуры явилась философия феноменологии Э.Гуссереля, достигшая своей кульминации в современном экзистенциализме (*Гуссерель Э.* Логические исследования. Т. 11. Ч. 1. Исследования по феноменологии и теории познания. М., 2011 и др.). Обращение к ней определило одно из важнейших направлений в современном испано-американском правоведении (См.: *Кунц Дж.Л.* Введение в латиноамериканскую философию права // Российский ежегодник теории права. СПб., 2009. №2. С. 388 – 391).
32. *Сунатаев М.А.* К проблематике цивилизационного подхода к праву: очерки общей теории права. М., 2012.
33. *Саид Э.В.* Культура и империализм. СПб., 2012.
34. www.oneworld.ru/lueis-rus/goodwill/hum-resp.htm.
35. *Фукуяма Ф.* Конец истории и последний человек. М., 2004.
36. The Future of history. – Foreign Affairs, January/February, 2012.
37. *Гегель Г.В.Ф.* Философия права. М., 1990.
38. *Сунатаев М.А.* Право, культура, цивилизация в развивающихся странах. – Жеругов Р.Т. Теория государства и права. Москва – Нальчик, 1995.
39. *Eizenstadt S.* Modernization: Protest and Change. N.Y., 1966; Он же: Революции и преобразование обществ.
40. *Голодец О.* На культуру нужно тратить 1% ВВП, а не 0,53 как сейчас... fontanka.ru/2012/10/034/
41. «The Common Language of Science», a broadcast for Science. Conference, London, 28 September 1941. – Advancement of Science, L., 1941, Vol.2. № 5.
42. Гайдаровский форум /2013 «Россия и мир: вызовы интеграции», 16–19 января, 2013. М., 2013.
43. *Шмитт К.* Государство: Право и политика. М., 2013.
44. *Лунсет С.М.* Размышления о легитимности // Апология, 2005, № 5.

ЗАКОН И СПРАВЕДЛИВОСТЬ (ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВОЙ ЭТЮД)

В статье рассматриваются характерные особенности понимания закона и справедливости в различных цивилизациях, анализируется опыт строительства государства и правовой системы в России на принципах справедливости и законности.

In the article prominent features of understanding of law and justice in various civilization are considered experience of building of the state and legal system in Russia on justice and legality principles are analyzed.

Ключевые слова: правовая культура, правовые традиции, политический опыт, государств, право, правосознание.

Key words: legal culture legal traditions political experience the state the right sense of justice.

«Право – понятие формальное: от содержания правовых указаний, от степени включения в право моментов абсолютной нравственности зависит внутренний характер права, его достоинство. Сила права – в любви!». Л.Л. Герваген

I.

Принято утверждать, что закон представляет собой совокупность установленных верховной властью правил поведения между людьми, является неким идеальным регулятором человеческих отношений, позволяющим создать и сохранить справедливое общество, в котором торжествует свобода. И действительно, много доводов за то, чтобы согласиться с этим определением, хотя и с существенными оговорками, которых мы коснемся ниже.

Конечно, закон не всегда описывает конкретное действие, которое одно или несколько лиц обязаны совершать при определенных условиях. Зачастую закон вообще ничего специально не устанавливает, полагая, что сложившиеся ранее без его участия правила поведения вполне приемлемы. Он лишь легализует данную практику, как это сделано в гражданском праве, где говорится об «обычаях делового оборота» (например, статьи 5, 309, 311, 314, 406, 421 ГК РФ). То есть, закон признает правильными и допустимыми определенные действия и поступки, даже не перечисляя их. Нередко закон вообще не описывает диспозицию и не отсылает к обычаям, а просто указывает, чего делать нельзя, устанавливая соответствующее наказание (санкцию). В любом случае, очевидно, что право в позитивном смысле – это разрешенная свобода.

Как полагают современные юристы, чем большее количество прецедентов будет описано в законе в качестве разрешенных или запрещенных поступков, тем свободнее будет человек. Эта точка зрения отнюдь не нова. Хрестоматийно звучат слова одного западного правоведа, высказанные еще в позапрошлом веке: «Свобода имеет смысл только тогда и только до тех пор, пока обеспечено беспрепятственное пользование ей. Обеспечение той сравнительно незначительной доли личной свободы, которая признается за индивидом при современной правовой системе и при современной культуре, куплена ценой пожертвования якобы полной свободы естественного человека; но эта незначительная доля обеспеченной, гарантированной императивами всякого рода свободы дороже свободы естественного человека, которому каждую минуту угрожает более сильный. Например, швейцарский гражданин, стонущий под гнетом бесчисленных параграфов закона, живет несравненно свободнее, потому что он безопаснее в этих отведенных ему границах, чем бродячий зулус, каждую минуту боящийся за свою жизнь и имущество»[1, с. 552].

Итак, нам говорят: пусть объем свободы будет минимален, но это все-таки лучше, чем «свободный» анархизм. И надо сказать, западноевропейская цивилизация, да и современная российская тоже,

пошедшая по ее пути, проделала большую работу по регламентации всего и вся и приданию правовой формы любому человеческому поступку. Приняты десятки и сотни тысяч законов, но разве уровень правосознания с тех пор стал выше, человек – свободнее? Неужели общественная нравственность, которую должен защищать и культивировать закон, достигла предельного уровня? Почему же тогда в России и Европе все чаще слышны слова о том, что современный человек духовно и интеллектуально деградирует?

На самом деле, все вполне объяснимо. Обратим внимание на следующий факт, прямо-таки бьющий в глаза при ознакомлении с европейской правовой действительностью. Закон уже не просто регламентирует деятельность индивида, он ее оценивает, подменяя собой мораль. То есть закон становится сам по себе альфой и омегой мироздания, оценивает сам себя и не нуждается ни в каком высшем нравственном руководстве. Для того чтобы понять, как следует относиться к тому или иному поступку человека, обществу и самому законодателю уже не нужно обращаться к нравственному чувству и культурным традициям – все предопределяет закон.

Справедливо или нет, что жена пытается обанкротить мужа и переписать на себя часть совместного имущества? Правильно, если ребенок обращается с иском к родителям и требует компенсации морального вреда за свое плохое воспитание и «напрасно прожитые годы»? Хорошо, когда ребенок отбирается у родителей, если органы опеки и попечительства решили, что те плохо воспитывают его или (упаси Боже!) навязывают ему свои религиозные представления? Можно ли считать человека преступником, если он обокрал кого-нибудь?

Раньше ответы на эти вопросы не составляли труда, сейчас все выглядит сложнее и вариативнее. Если закон допускает такие возможности, то, следовательно, данные деяния при известных условиях нравственны! Вот если бы он их не допускал, тогда бы они считались безнравственными. С точки зрения закона можно отдать престарелых родителей в приют для стариков, оставив их умирать в одиночестве? Стало быть, с нравственной точки зрения такой поступок также допустим. Если кому-то такая ситуация кажется торжеством права, то автору этих строк представляется, что это – глумление над нравственностью, законом и здравым смыслом. И таких примеров можно привести множество.

Почему же получается, что сегодня закон начинает противоречить некогда общепринятым нормам морали? Очевидно потому, что современная правовая наука (как западная, так и российская) демонстрирует очевидный уклон в сторону методологии, ограничивающей область правовых исследований самим человеком – индивидуумом или механической совокупностью лиц, именуемой обществом. Потому-то и становятся возможными с точки зрения общественной морали указанные выше поступки, что в их основе безальтернативной, абсолютной доминантой фигурирует личный интерес каждого человека.

Раньше закон защищал нравственность и общественные нравы и через них – человека, теперь же он защищает безудержное «я» индивида. Аборты мешают самореализации женщины в обществе? Закон их не запрещает? Значит, они не только допустимы, но и нравственны. И действительно, сегодня в США их относят к высшим достижениям XX столетия. Как говорят, единственная проблема при реализации такой парадигмы заключается в том, чтобы совместить совокупные эгоистические устремления всех индивидов, придав им цивилизационные черты, но это, скорее, техническая задача.

Легко догадаться, что такая методология исходит из бездоказательного и весьма опасного по своим последствиям тезиса, будто право рационально по своей природе и является плодом человеческой деятельности, а потому привязывать его к религиозным основам не только неправильно, но и в принципе невозможно. Более того, зачастую факт построения правовых конструкций на сугубо светских, безрелигиозных и даже откровенно антирелигиозных началах выдают за прогресс науки. Такая однобокость не может не вызывать вполне оправданного возражения.

Совершенно очевидно, что понятие «право» не ограничивается лишь совокупностью действующих законов, оно многогранно и включает в себя множество сегментов. Безусловно, в природе права содержится властная воля, налагаемая на всех лиц, проживающих в государстве. Совершенно очевидно также, что право включает в себя чье-либо притязание, т.е. требование, обязательное для исполнения другим лицом; не обязательно публичное, но и частноправовое [2, с. 3,4].

В праве можно заметить и признаки некоторого договора: чтобы один человек был уверен, что дру-

гой человек не заберет его имущество и не убьет его, они договариваются никогда не совершать подобных поступков. Разумеется, случаи конкретных массовых договоров в истории если и встречались, то крайне редко. Некоторые следы публичных соглашений такого рода можно наблюдать в истории республиканского Рима (патрициев с плебеями), несколько реже – древней Греции. Но, безусловно, данный мотив часто фигурирует в действиях законодателей, когда они вводят те или иные разрешенные правила поведения и устанавливают санкцию за их нарушения.

Небезосновательно полагают, что в основе закона лежит свобода и справедливость. Свобода обыкновенно понимается однозначно: как свобода действий, не причиняющая вреда другим лицам. Сама возможность принять или игнорировать закон является прямым следствием наличия у каждого лица свободы выбора. Если бы дело обстояло иначе, не было бы никакой необходимости говорить о свободе воли человека и устанавливать санкцию (наказание) для нарушителей закона.

Не так однозначно обстоит дело с понятием «справедливости». С одной стороны, нет никаких сомнений в том, что закон содержит в себе нравственную, идейную составляющую. Ведь никакого разрешенного правом правила поведения не могло бы образоваться в принципе, если бы законодатель в своей деятельности не руководствовался понятиями о добре и зле или о справедливости. Нередко говорят, что задача права – воздавать каждому по его заслугам. Но само воздаяние становится возможным, если мы заранее знаем, какой поступок хорош, а какой – плох, и имеем нравственный критерий для оценки заслуги или вины человека. Иными словами, если мы признаем наличие справедливости как высшей идеи, абсолютного критерия.

С другой стороны, трудно не согласиться с тем фактом, что общественная мораль не является постоянной по своему содержанию; она постоянно меняется, и в ней совсем не просто усмотреть абсолютные черты. Например, некогда рабство казалось вполне естественным институтом, сегодня оно – пережиток прошлых заблуждений. Вчера женщина признавалась низшим существом, сегодня она равноправна с мужчиной. И трудно предположить, какие метаморфозы может претерпеть общественная мораль в будущем времени в сравнении с прошедшим.

По этой причине в конце XIX в. юристы – поклонники позитивистской школы категорично отрицали в праве наличие каких-то абсолютных нравственных идей, с которыми законодатель обязан согласовывать свои творения. Никакого «естественного права» они не признавали, утверждая, что закон – всего лишь конкретный нормативный акт, а право – совокупность действующих законов. «Вечная справедливость» невозможна, говорили они. А потому следует ограничиться констатацией факта наличия конъюнктурной субъективной нравственности конкретной исторической эпохи, если и влияющей на умонастроения законодателя, то весьма и весьма косвенно. Как следствие, позитивисты полагали, что право и нравственность представляют собой две параллельные сферы человеческого бытия, различные виды социальных норм, хотя и влияющих друг на друга [3, с. 171 – 173].

Что на это сказать? Конечно, «естественного права» не существует в действительности. Сама идея «естественного права» оказалась востребованной лишь после того, как некогда единый католический мир оказался в XVI в. расколотым мощным движением Реформации. Отныне даже в границах одного государства существовали люди, признававшие над собой высший духовный авторитет римско-католической церкви или категорично отрицавшие его. Поэтому срочно воззвали к рациональным началам, надеясь в них отыскать рецепты мирного сосуществования протестантов и католиков. В чем, на самом деле, не было никакой нужды, поскольку высший нравственный закон и христианское благовестие признавались обеими конфликтующими сторонами. Однако, поскольку в соответствии с римской доктриной папа заменил собой Церковь, в дело искусственно вмешалась политика, оказавшая свое печальное влияние на дальнейший ход событий.

Но и односторонность позитивистского подхода к праву более чем очевидна, и потому эта научная школа вскоре утратила свое влияние, а ряды ее поклонников значительно поредели. Трудно не заметить, что всегда в основе закона лежит несколько основополагающих нравственных идей, формирующих целостные идеологии. Например, публичное право целиком и полностью зависит от модели идеального государственного устройства, бытующего в сознании верховной власти и подавляющего числа граждан. Для них именно этот политический идеал

представляется справедливым, нравственным, совершенным.

Неважно, что идеология может носить эклектический характер и вообще не быть сформулированной в законченном и целостном виде, как позднейшие конституции современных государств. Это – второстепенное обстоятельство. Очевидно, что и в таких случаях некий политический идеал представляется гражданам данного государства наиболее справедливым. Например, уже древняя Спарта имела такую «конституцию» в виде законов Ликурга (IX век до р.Х.). Нечто подобное мы находим и в законодательстве Древнего Рима времен республики. А вот византийская «симфония властей», целиком и полностью основанная на христианском понимании справедливости, письменно не была сформулирована в виде конкретного закона или научной доктрины. И Англия никогда не имела и не имеет писаной конституции, но едва ли кто-нибудь может сказать, будто ее политическое устройство лишено идейной основы. О государствах, имеющих «нормальные» конституционные акты, и говорить не приходится.

Например, в статье 1 Конституции России говорится: «Российская Федерация есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления». Статья 10 устанавливает принцип разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную. Статья 13 гарантирует идеологическое многообразие, а статья 14 – светский характер российского государства. Соединив все воедино, мы получим публично-правовой порядок, положенный законодателем в основу Конституции России как идеальный и справедливый.

Идеальная модель поведения востребована не только публичным правом. Гражданское право также исходит из некоторой умозрительной картины идеального правоотношения, с которым связывают надежды на совершенный товарооборот и гарантированные к исполнению имущественные сделки. И напрасно замечательный русский правовед Г.Ф. Шершеневич (1863–1912) полагал, будто существуют нормы права, индифферентные нравственности, например, сроки в процессуальном законодательстве [3, с. 319]. Гражданский и уголовный процесс также выстраивается под некий справедливый идеал, который должен реализоваться в судебных заседаниях и судебном решении. А потому

каждая норма, включая процессуальные сроки, способствует справедливости и соответствует ей либо противоречит.

Поэтому, что ни говори, закон всегда вольно или невольно ориентируется на идею справедливости. Однако, что справедливо, а что – нет, действительно нередко остается предметом чрезвычайно дискуссионным. Сегодня, например, «политкорректно» утверждать, что закон справедлив только в том случае, когда он основывается на идее равенства всех людей. Так сказать, устанавливает равные стартовые возможности для всех участников марафонского забега, именуемого жизнью. Однако эта точка зрения вовсе не является единственно возможной. Например, в понимании некоторых лиц справедливо говорить о неполноценности отдельных групп людей, возможности внесудебной расправы по «праву силы», установления института рабства и т.п. Сторонники другой доктрины склонны утверждать, что идея равенства всех лиц питает нездоровый эгоизм и приводит к паразитированию слабых за счет сильных. И эти идеи, как известно, весьма вариативны.

II.

Действительно, спрашивают представители светской науки, если нравственность лежит в основе правовой нормы, и все люди одинаковы, то почему современники одной эпохи и дети одной и той же цивилизации, нередко расходятся в своем понимании того, что такое хорошо, а что такое плохо? Для светской науки все это является наглядным доказательством субъективности религиозного чувства и выросшей на его основе общественной нравственности.

Однако правоведение, опирающееся на более твердые и объективные критерии, юриспруденция, дружащая с религией, выросшая на ее стволе, принимающая аксиомы духовного опыта, качественно иначе объясняет это обстоятельство. Когда мы воспарим над индивидом, который уже обожил себя в земном обличье и презрел «жизнь будущего века», признаем существование Бога, Творца мира, указанные выше факты получают качественно иное объяснение.

Если право содержит в себе нравственную идею, то она может носить только абсолютный характер. В противном случае, как мы уже имели возможность убедиться, человек сам становится мерой

всех вещей, и право легко утрачивает нравственное начало, обесценивается и утрачивает свои свойства общепризнанного регулятора человеческих отношений. Абсолютный характер нравственной идеи может придать только Бог, как ее Высший Источник, только Творец мира может «сказать человеку, как ему жить и действовать, чтобы стать лучше» [4, с. 6].

Заметим попутно, что ссылки на различную нравственность разных мировых религий совершенно неуместны – как легко убедиться, все они в своей основе имеют одно и то же знание о добре и зле.

Сопричастность права нравственности, их органичная связь подчеркивается тем простым и общедоступным фактом, что Бог является источником не только нравственной идеи, но Творцом права. Первые нормы права, безусловно, были даны человеку непосредственно Богом. «Запреты (как и любые нормы), – пишет замечательный современный правовед В.И. Иванов, – не появляются неизвестно откуда, и человек не может изначально вывести их ни из себя самого, ни из окружающей природы, ни из общения с близкими» [4, с.15].

В чем заключается квинтэссенция права? В том, чтобы обеспечить такие условия существования общества и отдельного человека, при которых каждый может развиваться нравственно и свободно, но без ущерба для других лиц. Но что означает выражение «развиваться нравственно»? Что представляет собой цель нравственного развития личности? Только одно – уподобление в своем благочестии Иисусу Христу, дабы после смерти пребывать с Ним в Царствии Небесном. В Послании к Филиппийцам апостол Павел так прямо и пишет: «В вас должны быть те же чувствования, какие и во Христе Иисусе» (Флп. 2.4.). А в проповедях Христа рефреном проходит та мысль, что Царство Небесное – высшая награда, уготованная людям. «Блаженны изгнанные за правду, ибо их есть Царство Небесное» (Матф. 5.10). Чтобы достигнуть этой цели, Бог дает человеку идею абсолютной справедливости, реализуемую в конкретных нравственных правилах, содержащихся в Евангелии.

Помимо высшей, абсолютной справедливости, Бог даровал каждому из нас еще и закон совести (или иначе мораль), запечатленный в душе (Рим. 2.14,15). Даже язычники придерживаются единого нравственного закона с христианами. Для всех одинаково преступны такие поступки, как, например: убийство и кража, прелюбодеяние и блуд, прене-

брежение родителями, скотоложство и мужеложство, святотатство и т.п.

Отличие закона совести от Евангелия заключается в том, что он являет собой низшую степень нравственного чувства. Зато необходим для организации человеческого общежития; пусть в самых первичных формах. Кроме того, нравственность и мораль различаются, говоря научным языком, по субъектам, к которым обращены.

Хотя Евангелие обращено ко всем, обязанность его выполнения налагается лишь на христиан. А закон совести дарован Богом всем людям вне зависимости от их конфессиональной принадлежности. Христианин судится по закону Евангелия, а язычник – по закону совести: «Внешних судит Бог», – говорит «апостол язычников» Павел (1 Кор. 5, 13). И далее: «Иисус Христос сделался служителем для обрезанных (т.е. иудеев. – А.В.) – ради истины Божией, чтобы исполнить обещанное отцам, а для язычников – из милости, дабы славил Бог, как написано: «Хвалите Господа, все язычники, и прославляйте Его, все народы» (Рим.15.8–11). Да, и язычник может стать человеком Евангелия, и христианин может потерять совесть – все в этом мире изменчиво. Но в данный конкретный момент круг лиц, к которым обращен закон Евангелия и закон совести, все же различен.

Конечно же, общественная мораль носит временный характер – надо полагать, в Царствии Небесном ее нет; там безальтернативно господствует закон Евангелия. Как, кстати говоря, нет там и власти, и права тоже – «когда Христос предаст Царство Богу и Отцу, тогда упразднит всякое начальство, власть и силу» (1 Кор. 15.24). В отличие от Божественной справедливости, закон совести приземлен; как промежуточная нравственная субстанция, он поддается воздействию материальных факторов, интерпретируется под время и место. Иными словами, он историчен. Более того, вследствие греховности человеческой природы закон совести всегда и неизбежно, увы, замутняется, становится неопределенным и конъюнктурным.

Теперь о высшей нравственности, которая вышается над ним, как абсолютное, вечное начало. Напрасно полагают, будто справедливость есть абстрактное понятие. Ничуть не бывало – она вполне конкретна, имеет ту же структуру, что и привычный для нас закон государства, и также описывает известные правила поведения, но уже идеального.

Легко заметить, что значительное место в проповедях Иисуса Христа и Его апостолов занимает именно перечисление тех поступков, которые должен совершать человек, верующий в Бога и желающий заслужить Его милость. И перечень, соответственно, злых дел, отвращающих человека от Бога и убивающих его как нравственное по своей природе существо. Блистательный пример - Нагорная проповедь Христа.

Только теперь нам открывается подлинный эйдос закона, его внутренняя природа, проявляемая в трех ипостасях. Они суть: 1) конкретное правило поведения (правовая норма); 2) мораль, как исторически интерпретируемый обществом и индивидуальным лицом закон совести, напрямую влияющий на содержание закона; 3) и Божественная справедливость, как вечный и совершенный нравственный идеал, с которой право и мораль должны соотносить свои творения.

Совершенство закона обуславливается не только технико-юридической стороной, но и его следованием нравственному началу. Закон основан на морали, но сама мораль имеет своим высшим ориентиром Божественную справедливость, следование к которой облагораживает и общественные нравы, и сам закон.

Здесь могут задать вопрос: а почему Божественная справедливость, тем более выраженная в конкретных правилах поведения, изложенных в Евангелие, не может применяться непосредственно, почему она не заменяет собой закон? Ответ прост и очевиден: поскольку Евангелие призывает к духовной свободе человека, оно не содержит привычных для закона санкций. Наказания есть, но они касаются души человека, а не его тела.

Кроме того, Евангелие может стать законом только в тех случаях, когда все общество добровольно соглашается следовать его нормам; что, конечно, едва ли возможно. До сих пор только один человек прожил всю жизнь по закону Евангелия – Иисус Христос, безгрешный Бог, пришедший на землю для нашего спасения. «Он явился для того, чтобы взять грехи наши, и в Нем не греха» (1 Ин. 3.5). Более никто не смог повторить Его подвиг по слабости и греховности человеческой природы.

Об этом точно писал один замечательный правовед: «Было бы хорошо, если бы все люди, при своих мыслях и действиях, всегда руководствовались правилами абсолютной нравственности и де-

лали бы это по собственному влечению! Тогда был бы достигнут идеал совместной жизни людей и каждый человек и каждый народ имел бы возможность наилучшее развивать свои физические и духовные способности, без ущерба для других людей, для других народов. В действительности, однако, это только недостижимый для человека идеал!» [5, с. 44].

Не случайно, даже откровение Бога ветхозаветному Израилу было дано в форме закона. Да, это был беспрецедентный, данный конкретному народу непосредственно Богом, но все-таки закон. Целые книги Ветхого Завета («Исход», «Левит», «Числа», «Второзаконие») подробно и обстоятельно описывают практически все стороны жизни ветхозаветного иудея и израильского общества: семейно-брачные отношения, вопросы уголовного права и процесса, гражданского процесса, имущественные, политические, обрядовые вопросы и т.д. [6, с. 4, 23 – 24].

Христос пришел на землю не для того, чтобы опровергнуть закон, но исполнить его (Матф. 5.17). Вместе с тем Он расширяет границы закона, раскрывая тот нравственный идеал поведения, который лежит в основе каждой синайской нормы, запечатленной на скрижалях, или помещенной в Пятикнижии Моисея. Идеал, до времени скрытый от человеческого духовного зрения. Например, заповедь «не убий», которой Христос дает такое толкование: «Вы слышали, что сказано древним: «не убивай, кто же убьет, подлежит суду». А Я говорю вам, что всякий, гневающийся на брата своего напрасно, подлежит суду» (Матф. 5.21.22). Или такой стих: «Вы слышали, что сказано: «око за око и зуб за зуб». А Я говорю вам: не противься злому. Но кто ударит тебя в правую щеку твою, обрати к нему и другую» (Матф. 5.38.39). Это и есть проявление высшей, абсолютной, Божественной справедливости, которая еще не присутствовала в ветхозаветных книгах. Справедливость, обращенная уже не к избранному народу, а ко всему человечеству.

Закон никогда не заменит собой Евангелия, не отождествится с ним и не станет выше его. Правильно замечено, что само рождение закона, пусть даже его источником и является Сам Бог, обусловлено греховной природой человека. Даже привычные сегодня многие законодательные запреты являются неестественными для нормального нравственного сознания. «Откуда в обществе появился закон «не убий»? Оттого, что Каин убил Авеля, или оттого,

что он был продиктован Моисею на горе Синайской и записан на скрижалях?» [5, с. 13]. Конечно, это – риторический вопрос.

В связи с изложенным легко понять, почему апостол Павел категорично утверждает, что сам по себе закон не позволяет человеку стать совершенным нравственным существом. Потому, что он сам – следствие человеческого несовершенства; и в этом заключается его немощь. Закон лишь обличает преступника и осуждает его, но не дает силы, чтобы загладить содеянные беззакония (Рим. 8.3, 9.32).

Это нисколько не умаляет высокого значения закона – ведь именно он утверждает перечень запрещенных поступков, т.е. преступлений. И следующие слова апостола Павла звучат уже, как ода закону: «Неужели от закона грех? Никак. Но я не иначе узнал грех, как посредством закона» (Рим. 7.7).

Кроме того, своим грозным оружием – угрозой наказания, закон заставляет человека отворачиваться от преступления хотя бы из-за страха телесного наказания или грядущей несвободы. Это было известно уже в древности. Как писал Платон (428 – 347 до р. Х.), «каждому, кто несет наказание, предстоит, если он наказан правильно, либо сделаться лучше и таким образом извлечь пользу для себя, либо стать примером для остальных, чтобы лучше сделались они, видя его муки и исполнившись страха» [7, с. 362].

То, что закон совести (т.е. мораль) и право сами по себе не могут стать абсолютной преградой человеческому эгоизму, свидетельствует хотя бы состояние римского общества времен ранней Империи на фоне совершенного римского права. Чревоугодие, плотские развлечения, мужеложство, скотоложство, блуд, убийство ради развлечения стали визитной карточкой римлян. Да, с технической стороны римское право находилось уже тогда на недостижимой высоте. Но с нравственной стороны, без знания абсолютной справедливости, оно деградировало, утратив закон совести. Очень художественно определил это состояние В.В. Розанов (1856–1919), который писал: «В истории право наиболее страшно было у римского народа, самого совершенного в понимании права: здесь рабов крошили на говядину, которой откармливали рыбу в прудах» [8, с. 52].

Когда свет Евангелия не поступает в душу человека, когда совесть лишается своего естественного источника, она почти не слышна. Ее голос, звонко обличающий даже язычника, легко может быть

заглушен непристойными желаниями и эгоцентризмом человеческой гордыни. Ведь не зря же, желая описать человека в самых мрачных тонах, о нем говорят, что «он совесть потерял».

Но когда мораль отлучается от высшей справедливости, то и закон быстро деградирует – ведь он утрачивает основу своего бытия. Процесс нравственной деградации конкретного человека и общества в целом совершается тем интенсивнее, чем в большей неестественной изоляции от высшей справедливости закон совести пребывает. И, разумеется, наоборот.

Почти 2 тысячи лет тому назад апостол Павел писал о состоянии современного ему общества: «Они заменили истину ложью, и поклонялись, и служили твари вместо Творца. И как они не заботились иметь Бога в разуме (обратим внимание на этот тезис. – А.В.), то они исполнены всякой неправды, блуда, лукавства, корыстолюбия, злобы, зависти, убийства, распрей, обмана, злонравия, злоречивы, клеветники, обидчики, горды, изобретательны на зло, непослушны родителям, непримиримы, немилостивы, безрассудны» (Рим.1. 28–31).

Попытка заменить веру знанием, Бога – человеком, справедливость – общественной моралью, сотворенной под «век сей», оказалась, как и можно было предполагать заранее, обреченной на провал. Один автор называет светское право «евангелием здравого смысла»; оно не склонно к жалости, не располагает к любви, не облагораживает человека, не создает основы для гармонии общественных отношений. Так было раньше, но так же, увы, выглядит ситуация и сегодня [9, с. 121].

Например, некогда закон требовал от детей почитания родителей, а в нынешнее, свободное от христианской нравственности время, может (и так было!) требовать доносить на них. Ранее закон запрещал убийство, но он может легализовать его в виде эвтаназии, например. Сегодня мужеложство и вообще однополые «браки» лишь разрешаются некоторыми государствами, а завтра с небывалой легкостью они могут быть обязаны в качестве единственно допустимых «семейных» союзов.

Разве мы не найдем примеров из истории? Сколько угодно. Ведь должны же были члены «священных» отрядов в Спарте и Беотии состоять друг с другом в однополых сексуальных отношениях, а жрицы храмов, посвященных богине любви, выполнять обязанности проституток. Почему же сей-

час не развить эту практику и не придать ей общемировые масштабы? Как представляется, все идет именно к этому печальному финалу...

III.

Перейдем от мрачных картин к идеальным сюжетам и посмотрим, как естественным образом справедливость влияет на право. В первую очередь, обратим внимание на то, что в идее своей справедливость имеет благо каждого человека. «Справедливость Божественная, – писал старец Паисий Святоторец, – это когда ты делаешь то, что доставляет покой твоему ближнему». Замечательно, что в этой формуле задействовано не кантовское правило «не делай того, чего не хочешь, чтобы совершали с тобой», отрицательное по своей методологии, а деятельная любовь! Она и является основой абсолютной справедливости, поскольку любовь – суть Бог.

Любовь – основа человеческого бытия, на которой покоится и общественное благополучие, и нравственный рост всякого лица, и сам закон. «Если я говорю языками человеческими и ангельскими, а любви не имею, то я – медь звенящая или кимвал звучащий, – говорит апостол Павел. – Если имею дар пророчества, и знаю все тайны, и имею всякое познание и всю веру, так что могу и горы переставлять, а не имею любви, – то я ничто. И если я раздам все имение мое и отдам тело мое на сожжение, а любви не имею, нет мне в том никакой пользы» (1 Кор. 13. 1–4).

Человек призывается не просто не творить зла, а творить добро, не ожидая награды – вот первая заповедь христианина. «Возлюби Господа Бога твоего всем сердцем твоим и всею душою твоею и всем разумением твоим: сия есть первая и наибольшая заповедь; вторая же подобная ей: возлюби ближнего твоего, как самого себя; на сих двух заповедях утверждается весь закон» (Мф. 22.38–40). Вот и прямое указание на органическую связь абсолютной справедливости и права!

Любовь к Богу и любовь к другому человеку становится единым правилом. Только через любовь к Христу человек способен полюбить ближнего, и через любовь к другому человеку делом доказывает любовь к Богу. Пренебрегая человеческой справедливостью и своей выгодой, каждый обязан претендовать не на равную долю, а на меньшую, уступив право выбора лучшего в этом материальном мире своему визави. И так следует поступать во всем [9, с. 111–112].

Было бы излишне оптимистично полагать, будто этот высокий идеал может быть обрамлен в рамки государственного закона. Но даже простое следование ему резко смягчает нравы и прибавляет справедливости в общественных отношениях. Именно из высшего идеала со временем вырастает принцип равенства лиц, ставший первым препятствием для реализации безнравственного «права сильного».

Христианин должен жить по Божественной правде, никогда не примешивая к своим действиям выгоду. Поскольку же «любовь не ищет своего» (1 Кор. 13. 5), высшая справедливость, любовь требует от человека не удовлетворения своего «я», своих потребностей и интересов, как учит современная правовая наука, а жертвы во имя ближнего. «Не о себе только каждый заботься, но каждый и о других. (Флп. 2.5). Первый пример дает нам Христос – по словам «апостола любви» Иоанна, «любовь познали мы в том, что Он положил за нас душу Свою; и мы должны полагать души свои за братьев» (1 Ин. 3.16). И апостол Павел говорит: «Для всех я сделался всем, чтобы спасти по крайней мере некоторых» (1 Кор. 9.22).

Нам скажут, что это требование слишком пафосное и иллюзорное, чтобы быть реальным. Нас не убеждает подвиг Христа и Его апостолов? Но разве каждая мать не жертвует своим здоровьем, молодостью и временем для блага ребенка, отдает ему лучшее? Разве она не готова в любой момент даже расстаться с жизнью ради младенца? Поэтому мать – у всех времен и народов понятие святое. Этот идеал всегда должен стоять перед глазами человека, желающего не только расти нравственно, но и жить в справедливом обществе.

Мы привыкли к тому, что свобода человека и его нравственное состояние характеризуются наличием «личных прав», за которые следует бороться. Увы, с высоты высшей справедливости это – прямое следствие человеческого эгоизма. Не случайно один современный автор прямо пишет: «Чем меньше в человеке нравственности, тем больше «прав» он имеет» [9, с. 115].

Нередко, подменяя понятия, говорят, что антиподом человеку, всецело предавшего себя в руки закона, может быть лишь анархист, лицо, ориентирующееся исключительно на субъективное нравственное чувство. Оно и делает из него антиобщество.

ственного человека, для которого законом является его собственное понятие о справедливости.

Действительно, люди высших нравственных состояний могут вообще обойтись без закона – не случайно апостол Павел настаивал, что христиане не должны судиться друг с другом. Но это не имеет никакого отношения к анархизму, поскольку делается не во имя собственного интереса. Послушаем апостола дальше: «Почему бы вам лучше не оставаться обиженными? Почему бы вам лучше не терпеть лишения?» (1 Кор. 6.7).

Как видим, это поведение никоим образом не приводит к необузданному эгоизму и беззаконию. Если кто-то претендовал на их имущество, то первые христиане в полном соответствии со словами Христа (Матф. 5.40-42) и Его апостола отдавали спорные вещи истцу без суда. Подражая во всем Христу, они искренне и справедливо считали, что лучше самим остаться внакладе, чем создать ссору или обидеть другого человека. Это – не отказ от законности, но высшее проявление любви, высшая степень смирения. Христианство вовсе не отрицает права, и даже апостолы прибегали к защите закона, если того требовали обстоятельства.

Поэтому, во-первых, закон никак нельзя назвать по примеру В.С. Соловьева (1853–1900) «минимумом нравственности», а во-вторых, закон не только не идеальный регулятор общественных отношений, но и вообще может игнорироваться, если человек руководствуется Божественной справедливостью. Цель которой – напомним – содействовать благу ближнего своего даже в ущерб себе.

Еще раз повторимся: никогда нравственный идеал, Божественная справедливость не станут нормой повседневной жизни для каждого человека; об этом многократно говорится в Священном Писании. Сама Божественная справедливость настолько диссонирует с человеческими представлениями о добре и зле (особенно современными), что представляется иррациональной, пугающей, непонятной. Не случайно, преподобный Исаак Сирий (VI век) писал: «Никогда не называй Бога справедливым. Если бы Он был справедлив, ты давно был бы в аду. Полагайся только на Его несправедливость, в которой – милосердие, любовь и прощение».

Но Божественная любовь – вектор, которому надлежит следовать, и который позволяет человеку жить хоть более или менее в справедливом обществе, жить свободно и нравственно. В этой связи

понятным становится идея не «личных прав», а «личных обязанностей», следствием которых, а не первопричиной становятся уже и «права». Приоритет «обязанностей» над «правами» – суть не что иное, как проявление любви.

Возможно, кто-нибудь скажет, что такой подход вообще устраняет «личные права», что, конечно, не так. Нет, безусловно, «права» необходимы, как и закон. И какая иная религия, кроме христианства, в свое время обосновала высокое достоинство человеческой личности? Кстати сказать, аналогичный подход к вопросу о «правах» и «обязанностях» демонстрируют другие традиционные конфессии. Просто «права» должны знать свое место в иерархии общественных и личных ценностей, уступив пальму первенства правовым обязанностям.

1. Положенные в основу общественно-правового бытия, абсолютные нравственные начала формируют иную правовую культуру, чем та, которая сложилась в современном западном обществе. Прекрасным примером является Россия, о которой часто любят повторять, будто для нее нравственность и религия всегда заменяли собой закон и право. Едва ли стоит опровергать эти односторонние и тенденциозные оценки. История русского законодательства, сам факт принадлежности русского права к семье европейского континентального права – лучшие свидетельства того, что чувство закона не было чуждо ни нашим предкам, ни нам самим. Акцент на абсолютную, Божественную справедливость вовсе не умаляет значения закона и права в целом, но лишь отводит им надлежащее место в череде регуляторов общественных отношений.

«Русский народ, – писал замечательный русский правовед В.Д. Катков (1867– после 1917), – слишком реалист, чтобы создавать миф о существовании какого-то особого, малопостижимого регулятора поведения (право), и – слишком мало верит в «независимую нравственность», чтобы игнорировать обходимый многими регулятор – религию. Бог на Небе, царь на земле, людская молва или слава – вот его внешние регуляторы, совесть – внутренний регулятор. Мифическому праву нет места в его философии поведения. Заслуга народного языка заключается в том, что, чувствуя связь справедливости и права, он никогда не делал и не делает право источником закона, справедливости или государства, а, наоборот, совершенно правильно выво-

дит право и «права» из закона, воли государства или представлений о справедливости» [10, с. 304, 310].

Кто-то скажет, что это – «вчерашний век», что «мир слишком изменился», что религиозные основы не обеспечивают свободы совести человека, а только право? Почему же тогда, зададимся вопросом, во времена господства в Европе государственных религий, когда человек жил верой, памфлеты на Мухаммеда не появлялись. А в наш «правовой» и «толерантный» век это – явление, повторяющееся с пугающей периодичностью?

Не «вперед» к праву, основанному на эгоцентризме отвернувшегося от Бога индивида, а «назад», к закону, основанному на любви, должна вести нас правовая наука. Только в этом случае мы можем создать общество, где будут жить люди, где будет торжествовать свобода и добрые нравы.

Признавая зависимость права от любви, от Божественной справедливости, мы поднимаем закон до уровня Божественного творения. Не случайно, древние так и говорили – «Божественный закон». Отказывая ему в этом качестве, мы ниспровергаем право до уровня плода человеческого эгоизма, удерживаемого от своих безумств лишь страхом наказания.

Литература

1. Штейн Людвиг. Социальный вопрос с философской точки зрения. М., 1899.
2. Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1917.
3. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. В 4 выпусках. М., 1912.
4. Иванов В.И. Первозакон // Иванов В.И. Избранное. М., 2012.
5. Герваген Л.Л. Обязанности как основание права. СПб., 1908.
6. Лопухин А.П. Законодательство Моисея. Исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея с приложением трактата «Суд над Иисусом Христом, рассматриваемый с юридической точки зрения». СПб., 1889.
7. Платон. Горгий // Сочинения. В 3 т. М., 1968. Т. 1.
8. Розанов В.В. Легенда о Великом инквизиторе Ф.М. Достоевского: опыт критического комментария. СПб., 1906.
9. Старец Паисий Святогорский. О справедливости Божественной и человеческой // Сочинения. В 5 т. М., 2007. Т. 3.
10. Катков В.Д. К анализу основных понятий юриспруденции. Харьков, 1903.

УДК 340

Фоминская М.Д.

ДОСТОИНСТВО ЧЕЛОВЕКА КАК ЮРИДИЧЕСКАЯ КАТЕГОРИЯ: ФИЛОСОФСКО-ПРАВОВОЙ И ТЕХНИКО-ЮРИДИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

В статье анализируются и рассматриваются основные технико-юридические и философско-правовые основания понятия «достоинство человека» в отечественном и зарубежном праве, делаются выводы о перспективах его методологической разработки с учетом социокультурной самобытности правовых систем и религиозных корней этого понятия.

The article analyzes and discusses the main technical-legal and philosophical-legal grounds of the notion “dignity of the person” in the Russian and foreign law; conclusions are made on the perspective of its methodological working out, taking into account socio-cultural originality of the legal systems and religious roots of this notion.

Ключевые слова: государство, демократия, естественное право, методология, право, политико-правовые учения и доктрины, христианская философия.

Keywords: state, democracy, natural law, methodology, law, political and legal theory and doctrine, and Christian philosophy.

Проблема достоинства человека, личностных прав и свобод является определяющей, фундаментальной как в христианских религиозных и философско-правовых учениях, так и в светских, юридических теориях. Эта проблематика выступает «исходным началом» всех религиозных представлений: об общинном и гражданском устройстве (так, проблема достоинства личности, ее нравственно-духовной и внешней свободы, охрана последних в общинном христианском порядке и светском правопорядке является основой в учении крупнейшего и наиболее влиятельного богослова XX века К. Барта о христианской общине (сообщество в вере) и порядке в ней (церковное право), а также гражданской общине (сообщество территориально-публичной организации) и правопорядке в ней) [1, с. 64 □ 77]; о соотношении естественного и позитивного права, их духовно-нравственной сущности, социальных функциях и задачах [2]; о сущности и месте прав человека в системе религиозного мировоззрения [3] и проч. Например, в «Основах учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека» также отмечается, что «на протяжении всей истории человечества понимание того, что есть человек, сущностно влияло на устройство частной и общественной жизни людей. Несмотря на глубокие различия между отдельными цивилизациями и культурами, в любой из них наличествуют некоторые представления о правах и обязанностях человека». В другом месте данного Основопологающего документа Русской Православной Церкви более конкретно отмечается, что базовым, основополагающим понятием, на которое опирается, например, теория прав человека или концепция правового государства, «является понятие человеческого достоинства» [4].

Об этой основополагающей роли (в религиозных и научных построениях) понятия достоинства личности и его прав достаточно много и активно писали дореволюционные русские юристы, с точки зрения которых достоинство и свобода являются ключевыми в формировании правового государства, социального порядка, обеспечении в обществе «замирной среды» и т.д. [5]. Так, по мысли профессора М.А. Рейснера, только свободная и достойная личность в своей активной социальной позиции, может создать единое и мощное государство, обеспечить уважение прав и свобод в общественной организации. Для всего государственно-правового

устройства, прежде всего, важно нравственное достоинство, свобода и активность личности. Это фундамент, по его утверждению, успешной правовой и социально-политической организации. Причем «только христианские чувства, мысли и поступки граждан делают государство христианским... только поверив в силу Христа и церкви и отказавшись от всякой подделки и замены силы своими грубыми материальными средствами, государство откроет истинный источник своей мощи и единства, своей нравственной высоты и религиозного озарения» [6, с. 64].

В настоящее время достоинство личности также является ключевой в юридической регламентации социального взаимодействия, государственно-правовой организации, в регулировании тех или иных общественных отношений. На международно-правовом уровне достоинство человека фиксируется в основополагающих правовых актах. Причем, например, в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, Международном пакте о гражданских и политических правах уже в их преамбулах четко обозначается, что различные права человека в качестве своего источника имеют достоинство человеческой личности и ее свободы: «Эти права вытекают из присущего человеческой личности достоинства».

В национальном законодательстве также содержится значительное число юридических норм, не только фокусирующих достоинство личности и вытекающей из этого прав и свобод человека и гражданина; но и направленных на охрану и защиту человеческого достоинства в различных публичных и частноправовых взаимодействиях в системе личность – общество – государство. Например, человеческое достоинство выступает одним из ведущих принципов уголовного законодательства, а в ст. 282 УК РФ говорится о противоправных действиях, наносящих угрозу, унижение человеческого достоинства. Эта формулировка встречается и в ряде других статей УК РФ, направленных на охрану и защиту прав и свобод человека и гражданина (ст. 110, 129, 130 и др.). В УПК РФ человеческое достоинство является одним из ключевых признаков уголовного судопроизводства, а взаимодействие всех участников этого процесса основывается на охране и защите этого достоинства (ст. 9, п. 2 ст. 2002, п. 3 ст. 241).

Довольно часто формулировка «достоинство человека» как основание прав и свобод, нравственного состояния, социальной гармонии, места в

обществе, уважения и т.п. встречается и в других нормативно-правовых актах российского законодательства. Например, в Кодексе РФ об административных правонарушениях – п. 3 ст. 1.6; п. 2 ст. 3.1; ст. 5.13; ст. 20.21; ст. 24.3. Конечно, особое место нормативная конструкция «человеческое достоинство» занимает в Семейном кодексе РФ, поскольку она не только ориентирует на охрану и защиту прав и свобод ребенка, семьи в целом; но и главным образом формирует социально-правовые ориентиры развития этого фундаментального общественного института, его основные принципы и направления. Так, эта правовая конструкция встречается в различных нормах СК РФ (п. 2 ст. 54, п. 1 ст. 65, п. 1 ст. 148, п. 1 ст. 155.3 и др.), однако важным представляется то, что многие юридические нормы СК РФ «впитывают» в себя этот «энергетический заряд» нравственно-правовой конструкции «человеческое достоинство», развивают его в различных положениях, связанных с социально-правовым и духовно-нравственным взаимодействием супругов, родителей и детей.

Практически во всех конституциях и уставах субъектов РФ также присутствует конституционно-правовой институт «достоинство человека», который является базовым во взаимодействии человека и государства, реализации и защите его прав и свобод. Например: ст. 18 Конституции Республики Дагестан фиксирует, что «достоинство личности, ее свободное развитие, уважение закона и прав других людей являются основой общественного порядка и социального мира»; а ст. 23 закрепляет, что «достоинство личности охраняется государством, ничто не может быть основанием для его умаления». Практически та же формулировка содержится в Конституции Чеченской Республики, где в п. 1 ст. 18 говорится, что «достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления» [7]. Конституция Кабардино-Балкарской Республики также упоминает о государственной гарантии социальной защиты и охраны достоинства личности как базовых конституционно-правовых принципах организации государственной власти субъекта РФ, деятельности её органов и должностных лиц, ориентиров развития правового и социального порядка в Республике и т.д. [8].

Таким образом, «достоинство личности» не только является фундаментальной категорией в

философско-правовых, социально-религиозных, политических учениях и доктринах, но и выступает базовым институтом в современном законодательстве в Российской Федерации и многих зарубежных государств [9]; а также составляет основополагающее концептуально-правовое ядро в обосновании неотъемлемых прав и свобод человека в международно-правовом порядке.

Так, в Конституции Германии зафиксировано, что «человеческое достоинство неприкосновенно. Уважать и защищать его – обязанность государственной власти». В п. 1 ст. 2 Конституции Греции отмечается, что «уважение и защита достоинства личности является первоочередной обязанностью государства». В п. 1 ст. 3 Конституции Италии указывается на неотъемлемость и равенство достоинства личности: «Все граждане имеют одинаковое общественное достоинство и равны перед законом». Взаимосвязь достоинства, прав, свобод и гражданского мира и согласия отражается в Конституции Болгарии: п. 2 ст. 4 гласит, что вся государственно-правовая организация направлена на гарантирование «... жизни, достоинства и права личности и создает условия для свободного развития человека и гражданского общества». Наиболее четко «достоинство личности» в качестве источника прав и свобод человека на конституционно-правовом уровне закрепляется в Конституции Польши, в ст. 30 которой говорится: «Естественное и неотчуждаемое достоинство человека является источником свобод и прав человека и гражданина. Оно нерушимо, а его уважение и охрана являются обязанностью публичных властей».

Однако главная проблема заключается не в юридической фиксации этой важной духовно-нравственной, социально-правовой и культурной смысловой конструкции, а в ее понимании. Содержание этой категории, ее понимание зависит также: во-первых, от социально-правового контекста и конкретной юридической практики общества, национального правосознания; во-вторых, от цивилизационной специфики, культурно-религиозной обусловленности юридического мировоззрения, формирующих конкретно-исторический тип юридического мышления и практики [10].

Современное правовое мышление, юридическая техника и правовая практика, ключевые юридические институты и фундаментальные правовые категории обусловлены развитием религиозно-

философской мысли [11], которая подготовила теоретический, нравственный и цивилизационный фундамент для тех или иных систем права [12] – это положение, конечно, не новое, однако, достаточно часто игнорируемое при проведении конкретно-исторических и иных правовых исследованиях.

В этом плане полностью согласимся с важным теоретико-методологическим замечанием, сделанным Р.А. Папаян: «С сожалением приходится констатировать, что современное правоведение порою предпочитает не усложнять себе жизнь и не ограничивать свободу своих теоретических изысканий каким-то еще библейскими постулатами». Так, во многих работах, посвященных исследованию источников права, общих принципов права, правосознания и т.п. «аккуратно разбираются» такие источники как доктрина, нормативный договор, правовой обычай, юридический (судебный, административный) прецедент, религиозные тексты (причем рассматриваются в качестве примера таковых мусульманские источники права!) «и лишь о последнем из них “религиозном”, хотя бы в плане его роли в истории европейского права, не говорится ни слова... в общем контексте атеистических ориентаций постсоциалистической Восточной Европы и антитеологических настроений Запада это воспринимается скорее как отрицательная оценка обращения права к “религиозным текстам” вообще. А еще важнее то, что вследствие подобного отношения... при существовании мусульманского видения права создается впечатление полного отсутствия того, что можно было бы назвать христианским видением, отсутствует христианское осмысление основных, неотъемлемых прав человека. Подобное пренебрежение приводит в ряде работ к тому, что и человеческое достоинство, и мораль становятся величинами переменными (курсив мой. – М.Ф.)» [13, с. 155 – 156].

В этом плане и формируется в профессиональном и массовом правосознании установка на то, что «бытующий взгляд о некоем превосходстве морали, о якобы присущем ей первенстве в отношении права не имеет сколько-нибудь серьезных оснований» [14, с. 59], что право – это высшая справедливость и более высокий ориентир для человеческого развития и защиты его достоинства, чем абстрактная и туманная система морали [15].

Следовательно, употребление правовой категории «достоинство человека» требует уяснения и пояснения: во-первых, трактовки ее как общей

философско-правовой категории; а во-вторых, разъяснения содержания с привязкой к национально-культурной специфике ее понимания, поскольку именно от последней существенно зависит ее интерпретация в массовом и профессиональном правосознании. Такая методологическая позиция, с нашей точки зрения, весьма оправдана, поскольку российская цивилизация и ее правовая система – это относительно самостоятельное социокультурное явление, обладающее специфической динамикой и закономерностями развития. Справедливо в этом плане отмечает Е.А. Лукашева, рассматривающая проблематику прав человека и достоинства личности с позиции цивилизационного подхода к праву. Российская правовая цивилизация, по ее мнению, – это отдельное и самостоятельное образование, у которого «сформировались свои принципы социального устройства, взаимодействия людей», которое «обладает устойчивыми компонентами, скрепляющими характер общественного взаимодействия, определяющими ее “стиль”» [16, с. 309, 311].

Литература

1. Барт К. Оправдание и право. М., 2006.
2. См., напр.: Циглер Й. Нравственное Богословие // Символ. 1997. № 38 (декабрь). С. 7 – 83; Шиманский Г.И. Нравственное Богословие. Киев, 2005 и др.
3. Хёффнер Й. Христианское социальное учение. Режим доступа: http://krotov.info/libr_min/hoffner/hoff06.html.
4. «Основы учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека» // Основопологающие документы Русской Православной Церкви. Режим доступа: <http://projectrussia.orth>.
5. См. об этом: Кистяковский Б.А. Социальные науки и право: Очерк по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 489 – 490; Рейснер М.А. Государство. Часть I. Культурно-историческая основа. М., 1911. С. 10 – 11; Чичерин Б.Н. Наука и религия. М., 1879. С. 211 – 220 и др.
6. Рейснер М.А. Государство и верующая личность. М., 1905.
7. Конституция Чеченской Республики (принята 23 марта 2003 г.) (с изменениями от 2 декабря 2007 г.) // Информационно-правовая система «Гарант – Эксперт».
8. Конституция Кабардино-Балкарской Республики от 1 сентября 1997 г. N 28-РЗ // Информационно-правовая система «Гарант – Эксперт».

9. См. об этом подробнее: *Мишин А.А.* Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М., 2009; *Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е.* Теория современной конституции. М., 2007 и др.
10. *Овчинников А.И.* Правовое мышление: теоретико-методологический анализ. Ростов-на-Дону, 2003.
11. *Величко А.М.* Государственные идеалы России и Запада. Параллели правовых культур. М., 1999; *Мальцев Г.В.* Нравственные основания права. М., 2008; *Синюков В.Н.* Российская правовая система. М., 2010; *Сорокин В.В.* Понятие и сущность права в духовной культуре России. М., 2007 и др.
12. *Берман Г. Дж.* Вера и закон: примирение права и религии. М., 1993; *Вебер М.* Протестантская этика и дух капитализма // Избранные произведения. М., 1990; *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М., 1988; *Сорокин П.А.* Человек. Цивилизация. Общество. М., 1992 и др.
13. *Папаян Р.А.* Христианские корни современного права. М., 2002.
14. *Алексеев С.С.* Философия права. М., 1999.
15. *Хайек Ф.А. фон* Дорога к рабству. М., 1992.
16. *Лукашева Е.А.* Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. М., 2011.

ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

УДК 347.1

Зинченко С.А.

ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ И СТРУКТУРИЗАЦИЯ ПРОЯВЛЕННЫХ ЕЕ ОСНОВНЫХ ФОРМ

В статье исследуется правосубъектность, устанавливается ее сущность (всеобщее), исходная (особенное) и производные формы (единичное).

The article describes legal subjectivity, defined its essence (general), initial (particularly) and derived (singular) forms.

Ключевые слова: субъект права, правосубъектность, правовой статус, правоспособность, дееспособность, компетенция.

Key words: legal person, legal subjectivity, legal status, capacity, competency.

В теории права нет категории, которой бы уделялось столь пристальное внимание, как правосубъектность, формы ее движения и развития. Посредством их отдельный индивид, коллективное образование, государство и его органы вводятся в правовую систему, реализуя ее цели и регулирующие возможности. Исследование правосубъектности ведется учеными на общетеоретическом и отраслевом уровнях. И, как часто бывает в этих случаях, отраслевые аспекты данного понятия привносятся в общетеоретическое его определение, и наоборот. Состояние понимания природы правосубъектности можно оценить даже при кратком анализе суждений известных ученых-юристов. Полное представление о природе правосубъектности возможно, на наш взгляд, если удастся определиться по следующим вопросам:

- 1) определяется ли правосубъектность посредством категорий «правоспособность», «правовой статус», «дееспособность», «компетенция»?
- 2) что составляет сущность правосубъектности как всеобщего понятия?
- 3) как структуризируются проявленные формы правосубъектности и какое категориальное их отраслевое опосредование?
- 4) каков механизм пополнения и обогащения отраслевых форм правосубъектности?

При анализе с общетеоретических позиций понятия «субъект права» С.С. Алексеев пришел к выводу, что субъекты права – это лица, обладающие правосубъектностью, охватывающей собой правоспособность и дееспособность [1, с. 170]. В итоге оказалось, что общеправовое понятие «правосубъектность» своим содержанием имеет праводеееспособность, которая является уже производной, проявленной ее формой. В определение правосубъектности как всеобщего она включаться не должна и, скорее всего, составляет единичное развертываемой сущности.

Отождествление правосубъектности и правоспособности имеет место во взглядах С.Н. Братуся [2, с. 6], что стирает грань между общеправовым понятием (сущностью) правосубъектности и отраслевым его проявлением.

При определении исходного понятия правосубъектности ученые-теоретики обычно используют категорию «правовой статус». Так, А.В. Мицкевич, отождествляя правосубъектность с правовым статусом гражданина и организации, раскрывает их содержание через совокупность прав и обязанностей, составляющих правоспособность, а также определенные права и обязанности, непосредственно вытекающие из действующих законов [3, с. 30].

Однако правовой статус, содержащий в себе конкретные права и обязанности и правовозможности, относится к производным от категории «правосубъектность понятия» со своей отраслевой «пропиской».

Исследование общетеоретического понятия «субъект права» ведется и посредством генерализации различных его проявленных форм. Н.М. Коркунов доказывает, что субъект права – это идеальное построение, созданное путем синтеза того анализа представлений людей, который получен [4, с. 358]. С позиций юридических признаков, полагает В.Е. Чиркин, абстрактное понятие субъекта права предстает прежде всего как совокупность прав и обязанностей (в некоторых случаях они соединены в понятие «полномочия»). Считается, что ведущим выражением субъекта права является правовая личность [5, с. 28–29]. Думается, что не только субъект права, но и все право относится к идеальному построению. Однако уровень абстрагирования в нем различен. Есть категории, которые носят предельно абстрактный характер, фиксируя всеобщее. Имеются и те, которые, являясь абстрактными, выступают уже формой движения, проявления всеобщего. Именно к правовым формам и относятся совокупность прав и обязанностей, а также правовой статус субъекта.

Исследуя природу правосубъектности и ее содержания, Г.В. Мальцев пришел к выводу: правосубъектность включает в себя правоспособность, дееспособность, а также правовой статус субъекта права [6, с. 87]. При таком подходе оказалось, что исходное, сущностное понятие правосубъектности получено не посредством абстрагирования его производных форм (правоспособность, правовой статус, дееспособность), а путем их интегрирования на правах элементов, составляющих его содержание. Это и привело к невозможности определить сущность правосубъектности и субъекта права.

Как видно, все представленные взгляды показывают стремление ученых найти и включить в сущностное понятие правосубъектности определенное содержание, в котором в том или ином сочетании находятся правосубъектность, дееспособность, правовой статус, компетенция, следствием чего является саморазрушению авторских замыслов.

В качестве подлинной методологической основы для решения поставленной проблемы следует

привлечь суждения Гегеля о понятии сущности. «Сущность как бытие, опосредующее себя собой через свою же отрицательность есть отношение с самой собой, лишь будучи отношением к другим; это другое, однако, есть не как непосредственно сущее, а как положенное и опосредованное» [7, с. 264].

Из сказанного явствует:

1. Бытие сущности само себя опосредует через свою же отрицательность. Если же в качестве опосредования мы берем в нашем случае правоспособность, дееспособность, правовой статус или же компетенцию, становится невозможным определить понятия «правосубъектность» и «субъект права» в качестве всеобщего.

2. Эта отрицательность есть отношение с самой собой не как непосредственно сущее, а как положенное и опосредованное; здесь показывается соотношение между сущностью и проявленными её формами, обозначенными Гегелем в качестве «другого»; с этим другим, которое предстает особенным, существуют отношения, но не как непосредственно сущее, а как положенное и опосредованное; в нашем случае праводееспособность, правовой статус, компетенция не относятся к непосредственной сущности правосубъектности, а предстают в качестве проявленных форм («как положенное и опосредованное» - по терминологии Гегеля).

В сущности правосубъектности и субъекта права не следует искать какое-либо содержание, его здесь нет, так как абстрагированием достигается полное самоотрицание, а остается лишь сущностная форма. Это и позволило Гегелю сделать вывод: «сущность тем самым есть бытие как видимость (aes Scheinen) в себе самой» [7, с. 264].

Что же собой представляют правосубъектность и субъект права и как они взаимосвязаны между собой? Исходной основой, фундаментальной предпосылкой изначального правообладания является общественный строй, уровень цивилизованности общества, его социально-культурного развития. В современных условиях стало уже аксиомой, что каждый человек является лицом в юридическом смысле, субъектом права. В Конституции прямо записано: «Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения» (п. 2 ст. 17). Из этого порой делаются выводы, что права человека, его свободы относятся к врожденным его свойствам. В действительности наделение человека пра-

новыми качествами, признание его субъектом права в условиях существования государства и права есть политико-правовой акт [8, с. 110].

Известно, что были общества, в которых не все его индивиды обладали статусом субъекта права. Так, в римском праве, отмечает К. Маркс, *servus* правильно определен как человек, который ничего не может приобретать для себя путем обмена, отсюда юридическое лицо – это обменивающийся индивид [9, с. 192].

Категория «субъект права» непосредственно не относится ни к одной отрасли права. Это предельная научная абстракция, которой закрепляется сущность права в аспекте его потенциальных носителей. В свою очередь «субъект права» и «правосубъектность» не являются тождественными понятиями. Первичным является понятие «субъект права». Что же касается правосубъектности, то в ранее изданной нами работе было высказано мнение, что она составляет сущностное содержание «субъекта права вообще». Однако данное здесь определение правосубъектности в качестве правового состояния лица в обществе, которым констатируется факт признания его субъектом существующей системы права [10, с. 84–85], фактически и не выявляет, собственно, содержательную сторону субъекта права как всеобщего. Дело в том, что в нем содержание непосредственно отсутствует, так как оно оказалось «снятым» сущностной формой.

После восхождения к субъекту права в качестве всеобщего необходимо отыскать формы его реализации (особенное и единичное), структурируя их соответствующим образом. И здесь не обойтись без понятий правоспособности, дееспособности, правового статуса, компетенции, представляющих собою основные формы проявления, реализации сущности субъекта права. Из них следует выделить понятие правового статуса субъекта, которое изначально воспринимает «движение» сущности права и должно быть отнесено к государственному (конституционному) праву. Именно на этом уровне оно своим правовым статусом в качестве особенного интегрирует все формы проявления сущности субъекта права в других отраслях права (гражданском, предпринимательском, административном и др.). В этом плане заслуживают внимания суждения ученых о двойственности современного конституционного права в силу сочетания в себе элементов частного и публичного права, являющегося для них

базовым [11, с. 44]. Сегодня конституционное право является отраслью публично-частного права [12, с. 240]. Оба эти начала, основывающиеся на балансе публично-частных интересов, своей адекватной формой имеют правовой статус.

Известно, что публичные начала предполагают субординацию отношений и их носителей, наделенных определенными правами и обязанностями. С другой стороны, частные начала вызывают потребность в дозвоительно-правовом методе регулирования общественных отношений. Поэтому субъект наделяется не конкретными правами и обязанностями, а правами-возможностями. На конституционном уровне правовой статус и охватывает оба эти аспекта.

В производных отраслях права проявляет себя уже конституционный правовой статус субъектов таким образом, что в одних ведущим является правовозможность, а в других – конкретные права и обязанности.

По принципу преимущества и определяется отраслевое категориальное выражение их правосубъектности. Так, в гражданском праве она закреплена понятием «правоспособность (праводее-способность)», означающим способность иметь гражданские права и обязанности и их осуществлять (п. 1 ст. 17, 21 ГК РФ). В ст. 18 ГК перечислен основной круг правовозможностей её носителей.

Применительно к предпринимательскому праву его правосубъектность формируется из правовозможностей и компетенции, посредством которой обеспечивается государственными и иными органами регулирование системы предпринимательства. В силу значимости в них частного и публичного закрепление правосубъектности производится категорией «правовой статус». Хотя терминологически этот термин совпадает по названию с конституционным термином, их существенное различие очевидно. Конституционный правовой статус предопределяет все формы проявления правосубъектности в других отраслях права.

Субъекты административного права преимущественно субординированы между собой, хотя и здесь прослеживаются координационные начала. Но тем не менее их правосубъектность закрепляется посредством компетенции, в которой содержатся конкретные права и обязанности и, конечно, определенные правовозможности.

В заключении подведем итоги.

1. Субъект права в качестве исходной сущности (всеобщее) – предельная абстракция, которой признается и закрепляется он существующей системой права.

2. Первой формой проявления сущности субъекта права является конституционный правовой статус, в котором «положено» уже сущностное содержание «исходного» понятия.

3. Гражданская правоспособность (праводееспособность), правовой статус субъектов предпринимательской деятельности, компетенция субъектов административных отношений и др. (единичное) опосредуют их правосубъектность, сущностью которой является содержание конституционного правового статуса. А в своем содержании она у них получает свое конкретное проявление и обогащение.

Литература

1. Алексеев С.С. Право, азбука-теория-философия. Опыт комплексного исследования. М., 1998.

2. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М., 1950.

3. Мицкевич А.В. Субъекты советского права. М., 1962.

4. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 9-е изд. СПб., 1914.

5. Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права. М., 2007.

6. Мальцев Г.В. Социалистическое право и свободы личности (теоретические вопросы). М., 1966.

7. Гегель. Энциклопедия философских наук. М., 1974.

8. Зинченко С.А. Гражданские правоотношения: подходы, проблемы, решения. Ростов-на-Дону, 2011.

9. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 46. Ч. 1.

10. Зинченко С.А., Шапсугов Д.Ю., Корх С.Э. Предпринимательство и статус его субъектов в современном российском праве. Ростов-на-Дону, 1999.

11. Кутафин О.Е. Предмет конституционного права. М., 2001.

12. Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России. М., 2011.

УДК 347.23

Медведев С.Н.

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ КАК СОЦИАЛЬНАЯ ФУНКЦИЯ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ КОЛУМБИИ*

В статье рассматривается становление и развитие социальной функции права собственности в Колумбии. Ее опыт в этом вопросе представляет интерес для российской правовой системы.

In the article formation and development of social function of the property right in Columbia is considered. Its experience in this question is of interest for the Russian legal system.

Ключевые слова: социальная функция права собственности, Конституция 1991 г. и Гражданский кодекс 1887 г. Колумбии

Keywords: social function of the property right, the Constitution 1991 and the Civil code of 1887 Columbia

По Конституции Колумбия – социальное и правовое государство в форме единой Республики с автономией территорий. Главой государства является президент, избираемый на 4 года. 20 июня 2010 г. победу одержал кандидат от Социальной партии на-

ционального единства Хуан Мануэль Сантос. С 1960-х годов в стране не прекращается повстанческое движение. Колумбия является членом ООН и Организации американских государств. Она входит в Латино-американскую ассоциацию интеграции

* Колумбия – государство на северо-западе Южной Америки. Столица-Богота. Граничит с Бразилией и Венесуэлой на востоке, на юге – с Эквадором и Перу. Омывается Карибским морем на севере (Атлантический океан) и Тихим океаном на западе. Население около 50 млн. чел. (2011). Территория 114748 км². Плотность населения 40653 чел./км². ВВП по данным 2004 г. – 46767 млрд. долларов. Валюта – колумбийское песо.

(ЛАИ) и Андскую группу. Колумбия делится на 32 департамента, которые состоят из муниципий. Имеется столичный округ Санта-Фе-де Богота, обладающий особым статусом.

В конце XIX – начале XX вв. перед Колумбией встали новые задачи в эпоху величайших событий: промышленной революции, глобализации экономики, Первой мировой войны и «триумфа русской революции» (“*el triunfo de la Revolución rusa*”), как говорят колумбийские цивилисты Перейра и Корал Луцero [1, с. 61]. В сущности, на это время приходится становление современного колумбийского государства.

Избранный Президентом в 1880 г. Рафаэль Нуньес стал проводить политику реформ, централизации управления страной, получивших название Регенерации, т.е. Возрождения Колумбии. Вторично избранный на пост главы государства он добился принятия Конституции Колумбии 1886 г.

Конституция 1886 г. преследовала три основные цели:

1) укрепить колумбийское государство на основе консервативной идеологии, католической религии и испанского языка, что принято называть Регенерацией;

2) обеспечить порядок и единство страны, которые подвергались испытанию в результате политического противостояния федералистов и центристов;

3) создать условия для развития нарождающейся рыночной экономики и подключения Колумбии к международным рынкам.

Исторический анализ показывает, что развитие права собственности в Колумбии прошло три этапа [2, с. 1135]. Они различаются разными формами интерпретации и соотношения оценок права собственности: автономия субъектов собственности, смешанная форма и право собственности как социальная функция [2, с. 1135].

Первый этап начинается с 1886 г. и завершается 1936 г.

Конституция и Гражданский кодекс Колумбии 1887 г. определяли право собственности как абсолютную категорию в духе Гражданского кодекса Франции 1804 г. и Гражданского кодекса Чили 1857 г. [3, с. 179].

Конституция Колумбии 1886 г. закрепляла, что право собственности, приобретенное на законном основании, не может быть нарушено будущими законами. Но в то же самое время, если общественный интерес того требует, допускалась экспроприация с

полной компенсацией [4]. На этом этапе происходит формирование современного колумбийского государства.

Второй этап (1936–1991 гг.) представляет собой смешанную систему, которая признает социальную функцию права собственности в Конституции, но сохраняет индивидуалистское определение права собственности в Гражданском кодексе. В этих правовых рамках была попытка сохранить принцип автономии, с одной стороны, а с другой – укрепить идею солидарности.

Изменив Конституцию 1886 г., Законодательный акт 1936 г. установил, что право собственности имеет социальную функцию и включает социальный интерес, чтобы оправдать справедливую экспроприацию. Но Гражданский кодекс продолжал сохранять принцип автономии права собственности. Напряженность в отношениях между принципами солидарности и автономии проявлялась в различных определениях права собственности. Ст.10 Законодательного акта определяла право собственности как индивидуальное право и как социальную функцию [5].

Такая концепция собственности как права и собственности как социальной функции противоречила конституционной реформе 1936 г. Это несоответствие проявилось в Законодательном акте № 200 от 1936 г. об аграрной реформе [6] и в Законе № 9 от 1989 г. о городской реформе [7]. Оба Закона определяли право собственности как социальную функцию. Эти положения законов были основаны на воззрениях Леона Дюги и его критике либеральной концепции права собственности. Однако Конгресс Колумбии не понял существенной разницы в определении права собственности, которое давала классическая теория права и теория Леона Дюги. Хотя Верховный суд защищал конституционное положение о том, что право собственности есть социальная функция, он в то же самое время поддерживал конституционность ст. 669 Гражданского кодекса, которая определяла право собственности на основе классических принципов.

Третья и последняя форма собственности, утвержденная в Конституции 1991 г., определялась на основе принципов солидарности и справедливости. Следовательно, в этой третьей форме права собственности принцип автономии должен быть подчинен принципам солидарности и справедливости.

Конституция 1991 г. в ст. 58 устанавливает, что собственность является социальной функцией, что государство должно защищать права на справедливое приобретение имущества и что государство может экспроприировать собственность по причинам общественной пользы и общественного интереса [8]. Таким образом, новая Конституция воспроизводит содержание Законодательного Акта 1936 г. Кроме того, Конституция сохранила статью 669 Гражданского кодекса и, следовательно, противоречия между индивидуалистской концепцией права собственности и правом собственности, основанном на идее солидарности, продолжали существовать. Спустя только восемь лет Конституционный суд признал неконституционной статью 669 Гражданского кодекса [9]. Суд также отметил противоречия в ст. 58 Конституции и констатировал, что собственность является индивидуальным правом, которое имеет внутренние и внешние ограничения. По мнению Суда, положение о социальной функции права собственности не является несовместимым с понятием субъективного индивидуального права. Суд рассматривает собственность как право-обязанность, которая накладывает социальные обязательства на собственника.

Конституция 1991 г. не только воспроизводит текст Конституционной реформы 1936 г., но и идет гораздо дальше в деле защиты принципа солидарности.

Ст. 58 Конституции 1991 г. гласит, что право собственности имеет еще экологическую функцию, что государство может экспроприировать собственность в административном порядке (не только в судебном) и что государство обязано защищать ассоциативные и коллективные формы собственности [10]. Кроме того, Конституция прямо устанавливает, что Колумбия является «социальным и правовым государством» [11] и что принцип солидарности является одним из столпов колумбийского государства.

В Конституции четко говорится, что социальная функция права собственности не является изолированной правовой формой, а составляет часть организационной и идеологической структуры, разработанной Национальной учредительной ассамблеей в 1990 г. Конституционный суд Колумбии придерживается такого же понимания. В длинном ряду решений Конституционный суд развивает идею социальной функции права собственности и

защищает государство в его стремлении регулировать и ограничивать права собственников.

Три формы собственности, существовавшие в Колумбии, не были построены на пустом месте. Они явились результатом политической борьбы, начиная с XIX в., когда решались судьбы колумбийского государства.

Классическая система права собственности была создана авторитарным государством и закреплена в Конституции 1886 г. и в Гражданском кодексе 1887 г. Появление этой правовой базы было связано с победой политического движения Регенерации во главе с Рафаэлем Нуньесом.

Смешанная система собственности, основанная на признании социальной функции права собственности и автономии собственника, которая была введена Законом 1936 г., внесшим поправки в Конституцию 1886 г., связывается с приходом к власти либеральной партии, возглавляемой Лопесом Пумарехо. Его государственная программа «Революция на марше» предусматривала более или менее справедливое распределение материальных благ и самое широкое регулирование экономики. Поэтому не удивительно, что право собственности стало истолковываться при нем как социальная функция. Это было необходимо для решения основной проблемы Колумбии – несправедливого распределения земли. Собственность как социальная функция позволила произвести экспроприацию той земли у собственников, которая не обрабатывалась.

Третья форма права собственности, основанная на солидарности, была закреплена в Конституции Колумбии 1991 г. Эта новая форма явилась результатом широкого политического соглашения, достигнутого в Национальной Конституционной Ассамблее (NCA) между различными политическими силами.

Собственность как социальная функция стала краеугольным камнем конституционного здания Колумбии. Она представляет собой инструмент, способствующий решению проблемы неравенства и бедности. Нельзя забывать, что поддержка NCA широкими слоями колумбийского общества является гарантией достижения мира и социальной справедливости в этой стране, что было бы основой для создания в будущем социального и правового государства.

Борьба с бедностью – одна из центральных проблем Колумбии, как и России. Отголоском этой

проблемы является партизанская борьба, продолжающаяся уже не один десяток лет в этой латиноамериканской стране.

Межамериканская комиссия по правам человека в 1993 г. отмечала: «Бедность есть отчасти результат недостаточного внимания и организации государства по защите экономических, социальных и культурных прав» [12, с. 69].

Социальная функция права собственности придумана для того, чтобы смягчить накал социальных противоречий в обществе, не дать голодному взяться за топор. Социальный мир будет тогда, когда у большинства будет маломальская собственность, которая обеспечивала бы прожиточный минимум. Право собственности лежит в основе всех современных человеческих проблем. В одном из решений Конституционного суда Колумбии сказано: «Право собственности не является чисто экономической категорией, оно лежит в основе всех человеческих проблем. Поэтому смело можно утверждать, что социальные неурядицы, которые наполняют мир, замыкаются на двух фундаментальных вопросах, а именно: собственность и работа; и если они не регулируются разумно и справедливо, то все смешивается и нарушается – политика, право, мораль» [12, с. 69].

Литература и комментарии

1. *Pereira E.B.*, Coral Lucero, J.I. La función social de la propiedad: la recepción de León Duguít en Colombia // *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali. 2010. V. 10

2. *Bonilla D.* Liberalism and property in Colombia: Property as a right and property as social function // *Fordham Law Review*. 2011. V. 80.

3. *Mirow M.C.* The Code Napoleon: Buried but Ruling in Latin America. 33 *Denv. J. Int'l L. & Pol.* 'Y 2005.

4. Constitution de la Republica de la Colombia (1886). Artículo 31.

Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley;

el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al Artículo siguiente.

www.inap.mx/.../colombia/constitucion%20

5. Legislative Act 1/36, agosto 5, 1936. *Diario Oficial* 23263, art. 10.

6. Legislative Act 200/36, diciembre 30, 1936. *Diario oficial* 23388.

7. Legislative Act 9/89, enero 11, 1989. *Diario Oficial* 38650.

8. *Constitucion Politica de Colombia*, 1991.

Art. 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ellos reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, les es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. C:\users\1\desktop\colombia-2011.htm.

9. Corte Constitucional. 18 agosto de 1999. Sentencia C-595/99. <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

10. *Constitucion Politica de Colombia*, 1991.

Art. 58 La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, les es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. C:\users\1\desktop\colombia-2011.htm

11. *Constitucion Politica de Colombia*, 1991.

Art. 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

C:\users\1\desktop\colombia-2011.htm.

12. Цитируется по работе *A.H. Robles* Limites constitucionales y legales al derecho de dominio en Colombia. Analisis desde el derecho publico // *Revista de Derecho*, diciembre, numero 020, 2003. P. 69.

УДК 347.6

Тарасова А.Е.
Мясникова Е.В.

ПРАВОВЫЕ КАТЕГОРИИ «СЕМЬЯ» И «ЧЛЕНЫ СЕМЬИ» В СЕМЕЙНОМ, ГРАЖДАНСКОМ И ЖИЛИЩНОМ ПРАВЕ: ПРОБЛЕМЫ СООТНОШЕНИЯ

В статье рассматривается проблема правового определения «семьи», «членов семьи» в нормах различных отраслей законодательства: семейном, гражданском, жилищном. Отмечается, что понятие члена семьи трансформируется в каждой отрасли под функциональную основу, цели которой заложены в ней, без системного соотношения указанного понятия, что нарушает универсальность правового регулирования. Для обеспечения системного регулирования имущественных и неимущественных отношений в семье необходима выработка общих подходов к определению семьи, членов семьи, бывших членов семьи.

In the article the problem of legal definition of «family», «members of the family» in norms of various branches of the legislation is considered: family, civil, housing. It is noted that the concept of the member of the family is transformed in each branch under the functional basis which purposes are put in it, without a system ratio of the specified concept that breaks universality of legal regulation. Development of the general approaches is necessary for ensuring system regulation of the property and non-property relations in a family to definition of a family, members of the family, the former members of the family.

Ключевые слова: гражданское право, семейное право, жилищное право, семья, член семьи, бывший член семьи, имущественные и неимущественные отношения.

Key words: civil law, family law, housing right, family, member of the family, former member of the family, property and non-property relations.

Семья представляет собой социальный институт, являющийся объектом исследования не только науки семейного права, но и иных отраслей, регулирующих имущественные и неимущественные отношения членов семьи. Данные отношения в сфере частных интересов субъектов являются комплексными или смежными, входящими в предмет различных отраслей права, однако сам институт семьи не должен в связи с этим превращаться в комплексную или многозначную категорию.

Еще 100 лет назад В.И. Синайский указывал, что, к сожалению, в нашем праве понятие семьи лишено всякой определенности и ясности [1, с. 483]. С тех пор в этом вопросе мало что изменилось. Например, Н.М. Савельева [2], отмечает, что, во-первых, семья понимается по-разному специалистами в области гражданского, жилищного, пенсионного, семейного и иных отраслей законодательства, во-вторых, и в литературе по отдельным отраслям права даются как широкие [3], так и более

узкие по своему содержанию определения семьи [4, с. 61].

Таким образом, в различных отраслях законодательства понятие «семья» связано с установлением круга членов семьи, образующих ее состав, а также с личными неимущественными и имущественными правами и обязанностями, вытекающими из брака, родства, усыновления или иной формы семейных отношений. Оба эти термина «семья» и «член семьи» используются уже в первой статье Семейного кодекса РФ [5], определяющей цели и принципы регулирования семейных отношений.

Представляется, что универсальное понятие или критерии семьи должны определяться нормами семейного права, а затем уже использоваться иными отраслями права и законодательства. Однако требуемого совпадения в данном вопросе мы не наблюдаем. По мнению Г.Ф. Шершеневича, «семья представляет собой союз лиц, связанных браком, и лиц, от них происходящих» [6, с. 406]. В.А. Рясен-

цев рассматривал семью как круг лиц, связанных правами и обязанностями, вытекающими из брака, родства, усыновления или иной формы принятия детей на воспитание [7, с. 43].

Таким образом, с позиции семейного права к членам семьи относятся супруги, а в некоторых случаях бывшие супруги, родители и дети, усыновители и усыновленные, родные братья и сестры, дедушка (бабушка) и внуки, воспитанники и фактические воспитатели, отчим (мачеха) и пасынки (падчерицы), опекуны (попечители) и подопечные, приемные родители и приемные дети. Даже родители, лишенные родительских прав в отношении своих детей, не утрачивают полностью семейной связи со своими детьми. А в отношении детей, утративших попечение родителей, с учетом развития в российском законодательстве различных форм устройства таких детей формируется институт временной или предварительной семьи.

Семейное право регулирует неимущественные и имущественные отношения, складывающиеся между членами семьи и – в предусмотренных законом случаях – между иными лицами [8, с. 11]. При этом на первое место поставлены отношения неимущественного порядка, существо которых должно предопределять принципы регулирования имущественных отношений, не позволять разрушать морально-этическую основу семьи. Эти принципы призваны обеспечить привязку возникающих между гражданами имущественных отношений к нематериальным основам, обуславливающим специфику как механизма регулирования семейных отношений, так и круга субъектов этих отношений.

Указанные нематериальные принципы семейного права, с одной стороны, обеспечивают механизм саморегулирования внутрисемейных отношений, что может достигаться даже без помощи норм права. Эта область отношений, в которой нормы права не будут иметь эффективности регулирования. С другой стороны, требуемый механизм правового регулирования подчинен нематериальным принципам семейного права, что обуславливает большую императивность самого метода регулирования.

Таким образом, метод семейного права может быть охарактеризован как более императивный, по сравнению с методом гражданского права, хотя традиционно область семейных отношений связана с частными интересами их субъектов.

В семейном праве присутствуют и диспозитивные нормы, т.е. правила, допускающие возможность своей волей определять поведение участников, выбирать вариант такого поведения. Значительная доля отводится саморегулированию в области семейных отношений, что объясняет в принципе отсутствие правовых норм, регулирующих целый ряд отношений, возникающих в семье, либо усеченное регулирование некоторых отношений нормами права без вмешательства во внутренние дела семьи.

С учетом изложенного метод семейного права может быть определен как императивно-диспозитивный. Достаточная степень императивного регулирования семейных отношений сочетается с одновременным закреплением принципа недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи. С одной стороны, члены семьи свободны в принятии каких бы то ни было решений, затрагивающих интересы семьи. Никто не вправе «диктовать» свою волю членам семьи или осуществлять вмешательство в дела семьи иным образом. Именно поэтому достаточно дискуссионным является предложение о введении в российское законодательство института социального патроната и установления направлений и пределов его взаимодействия с семьей [9]. Ведь закрепляя принцип невмешательства в частные дела семьи, с другой стороны, должны быть установлены публичные механизмы, обеспечивающие защиту и сохранение семьи в тех случаях, когда механизм саморегулирования не работает. Допускаемые законом случаи вмешательства в дела семьи продиктованы стремлением обеспечить интересы «слабого» участника семейных отношений (например, несовершеннолетнего гражданина) или не допустить отступлений от основных положений государственной семейной политики и т.п. [8, с. 14], что в целом должно способствовать сохранению и развитию института семьи.

К числу основных начал семейного законодательства следует отнести необходимость построения семейных отношений на чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов (п. 1 ст. 1 СК РФ). Кроме того, как одно из основных начал указано разрешение внутрисемейных вопросов по взаимному согласию.

Однако невозможно принудить к исполнению в натуре «обязательства» любить и уважать других членов семьи. Невозможно обеспечить данное обя-

зательство санкциями. Невозможно создать (придумать) обязанности (и соответствующие права), исполнение (реализация) которых приведет к цели – взаимной любви и уважению. Практически в данном случае мы имеем дело с призывом, лишенным правового содержания [10, с. 21].

Как отмечает М.В. Антокольская, касаясь упоминания о взаимопомощи, и здесь право бессильно. Будучи «вмонтированным» в юридическую материю, требование о необходимости взаимопомощи трансформируется, приобретая форму обязанностей по содержанию одними членами семьи других.

Наконец, словосочетание «ответственность перед семьей всех ее членов» использовано не в юридическом смысле. По-видимому, в данном случае об ответственности говорится с точки зрения социальной. Во-первых, оставаясь на юридических позициях, следует считать, что ответственность наступает при наличии неких противоправных действий. Во-вторых, привлечение к ответственности предполагает применение санкций. В-третьих, сколько бы ни говорилось в науке о том, что семья является субъектом права или о необходимости признания семьи субъектом права, закон не считает семью участницей правовых отношений. Регулируются отношения, складывающиеся между членами семьи и т.д. [11, с. 46]. В то же время разрозненность такого регулирования и неодинаковое определение членов семьи разрушает сам институт семьи и как следствие лишает правовых гарантий его субъектов.

Мы полагаем, что закрепление в качестве принципов семейного права морально-этических начал представляется крайне важным. И хотя эти принципы не могут быть непосредственно обеспечены силой государственного принуждения и подвергнуты прямому воздействию норм права, они призваны направлять весь механизм регулирования семейных отношений, а также отношений, обеспечивающих имущественные интересы членов семьи. Подобный вектор должен предопределять смысл регулирования указанных отношений, что будет способствовать укреплению института семьи и формировать ответственность ее членов, даже если таковая не всегда может быть обеспечена правовыми санкциями.

Поэтому определение семьи, членов семьи в современных условиях развития общества является необходимостью. Семья должна формироваться в законодательстве как правовая категория, определенность ее состава приобретает все большее значе-

ние в жилищных отношениях, отношениях, связанных с семейными формами предпринимательства, а также государственными гарантиями поддержки семьи и детства [12].

Критерии определения члена семьи, закрепляемые в нормах семейного права, должны служить универсальной основой для применения в наследственном праве (определение круга наследников), нормах пенсионного законодательства, законодательства в области социальной защиты при назначении пенсий, пособий, социальных выплат, а также в иных отраслях законодательства, в том числе жилищного.

В настоящее время в жилищном и семейном законодательстве критерии для определения круга членов семьи отличаются, что видоизменяет понятие семьи и членов семьи, порождая в некоторых случаях сущностное противоречие с принципами семейного права.

Жилищный кодекс РФ закрепляет права пользования жилым помещением собственника и нанимателя по договору социального найма за членами их семей (ст.ст. 31, 69, 70 ЖК РФ). Однако категории членов семьи не соответствуют тем критериям, которые установлены в СК РФ. Так, к членам семьи собственника и нанимателя жилого помещения по договору социального найма могут быть отнесены любые лица, которых собственник (наниматель) признает членом своей семьи. Эти лица не обязательно должны являться супругами, родителями, детьми или другими родственниками собственника (нанимателя) жилого помещения.

Согласно ч. 1 ст. 31 ЖК РФ к членам семьи собственника жилого помещения относятся проживающие совместно с данным собственником в принадлежащем ему жилом помещении его супруг, а также дети и родители данного собственника. Другие родственники, нетрудоспособные иждивенцы и в исключительных случаях иные граждане могут быть признаны членами семьи собственника, если они вселены собственником в качестве членов семьи.

По смыслу ст. 31 ЖК РФ в вопросе признания лица членом семьи собственника жилого помещения все зависит от воли и желания самого собственника, в то время как вселение иного лица в жилое помещение нанимателя по договору социального найма на правах члена семьи требует согласия нанимателя, членов семьи нанимателя, а в некоторых

случаях и решения суда. При этом вселение иных лиц (не являющихся супругом или родственником нанимателя) допускается в исключительных случаях (ст. 70 ЖК РФ).

Как отмечается в юридической литературе, понятие «член семьи» в жилищном праве отлично от понятия члена семьи в иных отраслях права, что связано со сферой правоотношений, которые призвана регулировать та или иная предметная отрасль.

По мнению А. Банниковой, отсутствие устойчивого правового закрепления понятия «член семьи собственника жилого помещения» порождает неопределенность в судебной практике и противоречивость теоретических научных исследований. Осложняет решение данного теоретического вопроса правовая особенность отношений между собственником и членами его семьи, которая заключается в неразрывном сплетении в данной правовой связи трех видов отношений: гражданско-правовых, жилищных и семейных. Интересы собственника жилого помещения и членов его семьи сталкиваются в трех правовых плоскостях, находят свое разрешение в нормах трех отраслей права, каждая из которых обладает свойственными только ей принципами, предметом и методом правового регулирования [13].

Следует признать, что в основу признания лица членом семьи собственника жилого помещения или нанимателя по договору социального найма положен иной, чем в семейном праве, критерий, а именно – вселение и совместное проживание в жилом помещении.

По мнению И.С. Вишневской, в основу определения семьи с точки зрения жилищного права должна быть положена не степень родства и свойства, а внутренняя связь совместно проживающих лиц [14, с. 54].

Представляется, что применение отмеченного критерия, безусловно, характеризует понимание членов семьи в нормах жилищного законодательства и является необходимостью. Однако в том виде, в котором этот критерий закрепляется, он приводит к разногласиям между положениями ЖК РФ, ГК РФ и СК РФ в вопросе о понятии семьи, членов семьи и их правах и обязанностях, затрудняет понимание момента возникновения и прекращения семейных отношений для определения момента и оснований возникновения и прекращения жилищных прав.

По жилищному законодательству членами семьи собственника или нанимателя жилого помеще-

ния по договору социального найма могут признаваться лица, которые не относятся к членам семьи и не формируют в принципе институт семьи в семейном праве. Напротив, лица, признаваемые семейным правом в качестве членов семьи, не всегда рассматриваются таковыми с позиции норм жилищного законодательства. Например, опекун (попечитель) не приобретает права пользования жилым помещением подопечного ребенка как член его семьи. В то же время опека (попечительство) относится к формам устройства ребенка на воспитание, а опекун (попечитель) признается членом семьи своего подопечного несовершеннолетнего с особенностями содержания ребенка, установленными нормами СК РФ.

В жилищном законодательстве в качестве члена семьи собственника или нанимателя жилого помещения может признаваться его фактический супруг, что позволяет обеспечивать защиту жилищных имущественных прав субъектов гражданского брака, в то время как семейное законодательство не признает гражданский брак и не закрепляет имущественный режим сожителей.

На наш взгляд, представляется неправильным обозначение в нормах жилищного законодательства иных граждан (не являющихся супругами или родственниками собственника) членами семьи собственника. В отдельных отраслях законодательства институт семьи не может пониматься по-разному, это приводит к недопустимым правовым парадоксам.

Так, в жилищном праве объединение лиц будет считаться семьей, между тем как по нормам семейного права они не образуют семью или, напротив, лица, которые не признают в отношении друг друга имущественные и неимущественные права на жилое помещение как члены одной семьи, должны относиться друг к другу как члены семьи по семейному праву. Вторжение ЖК РФ в определение критериев семьи с иным, чем в семейном праве, пониманием этого института нарушает, на наш взгляд, основополагающие принципы семейного права, нивелирует представления о семье и искажает механизм саморегулирование внутрисемейных отношений.

Закрепляя не совпадающий с семейным правом критерий формирования семейных отношений для целей возникновения права пользования на жилое помещение, ЖК РФ вводит категорию бывшего

члена семьи, также не закрепляя четкого критерия прекращения семейных отношений применительно к жилищным правам. И хотя в нормах семейного права существует институт прекращения семейных отношений и утраты некоторых семейных связей, например, вследствие расторжения брака, лишения родителей родительских прав в отношении своих детей, категория бывших членов семьи семейным законодательством не используется.

Это приводит к разногласиям в установлении критериев для определения лица в качестве бывшего члена семьи. Неясным представляется вопрос о том, должны ли здесь нормы жилищного законодательства опираться на положения семейного законодательства или в ЖК РФ предусмотрены свои основания для признания лица бывшим членом семьи собственника (нанимателя) жилого помещения. В данном вопросе для установления статуса бывшего члена семьи в отношениях между супругами в зарегистрированном браке использование положений СК РФ не вызывает затруднений, в отношениях между иными членами семьи ситуация представляется спорной и неоднозначной.

Наибольшее значение решение указанного вопроса имеет для граждан, проживающих в жилом помещении собственника, а не нанимателя по договору социального найма [15]. Согласно ч. 4 ст. 69 ЖК РФ, если гражданин перестал быть членом семьи нанимателя жилого помещения по договору социального найма, но продолжает проживать в занимаемом жилом помещении, за ним сохраняются такие же права, какие имеют наниматель и члены его семьи. Напротив, ч. 4 ст. 31 ЖК РФ предусмотрено, что в случае прекращения семейных отношений с собственником жилого помещения право пользования данным жилым помещением за бывшим членом семьи собственника этого жилого помещения не сохраняется, если иное не установлено соглашением между собственником и бывшим членом его семьи.

Логично полагать, что основания прекращения семейных отношений следует использовать из семейного законодательства. Однако критерий формирования семейных отношений, закрепленный в ЖК РФ (вселение лица в качестве члена семьи и его совместное проживание в жилом помещении), не позволяет нам сделать этого.

Правоприменительная практика после введения в действие ЖК РФ опиралась на критерий про-

живания лица в жилом помещении собственника и факт прекращения такого проживания, которому придавала юридическое значение. Таким образом, бывшим членом семьи собственника признавалось лицо, которое прекратило проживать с собственником в качестве члена семьи. Подобное применение положений ст. 31 ЖК РФ привело к тому, что несовершеннолетние дети своего родителя-собственника признавались бывшими членами его семьи в целях прекращения права пользования жилым помещением в случае выезда из него с родителем, не являющимся собственником жилого помещения (бывшим супругом собственника) [16].

В дальнейшем обстоятельства прекращения совместного с собственником проживания стали оцениваться с учетом выработанных в практике критериев, характеризующих совместный быт, ведение общего хозяйства, отношение самого собственника к проживающему гражданину не как к члену своей семьи и т. п., что получило отражение в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 N 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации» (п. 11–14) [17]. Применительно к несовершеннолетним детям при разводе родителей стало оцениваться как нарушение принципов семейного права и противоречие обязанности родителей содержать своих детей. В связи с этим в Обзоре законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2007 года было разъяснено, что лишение ребенка права пользования жилым помещением одним из родителей □ собственника этого помещения, может повлечь нарушение прав ребенка.

Но даже в правоприменительной практике с учетом разъяснений ВС РФ не сложилось однозначного подхода к определению признаков прекращения семейных отношений для целей жилищного права. Мы связываем это с противоречием норм жилищного законодательства критериям семьи, определяемым в законодательстве семейном.

Так, в соответствии с п. 13 названного Постановления Пленума ВС РФ под прекращением семейных отношений между супругами следует понимать расторжение брака в органах записи актов гражданского состояния, в суде, признание брака недействительным. Отказ от ведения общего хозяйства иных лиц с собственником жилого помещения,

отсутствие у них с собственником общего бюджета, общих предметов быта, неказание взаимной поддержки друг другу и т.п., а также выезд в другое место жительства могут свидетельствовать о прекращении семейных отношений с собственником жилого помещения, но должны оцениваться в совокупности с другими доказательствами, представленными сторонами. Одновременно в Постановлении указано: учитывая положения части 1 статьи 31 ЖК РФ, следует иметь в виду, что поскольку ведение общего хозяйства между собственником жилого помещения и лицом, вселенным им в данное жилое помещение, не является обязательным условием признания его членом семьи собственника жилого помещения, то и отсутствие ведения общего хозяйства собственником жилого помещения с указанным лицом либо прекращение ими ведения общего хозяйства (например, по взаимному согласию) само по себе не может свидетельствовать о прекращении семейных отношений с собственником жилого помещения. Данное обстоятельство должно оцениваться в совокупности с другими доказательствами, представленными сторонами по делу.

Вопрос о признании лица бывшим членом семьи собственника жилого помещения при возникновении спора решается судом с учетом конкретных обстоятельств каждого дела.

Таким образом, четких и универсальных критериев для установления семейной связи между собственником и гражданами, проживающими в его жилом помещении, жилищное законодательство не устанавливает, а правоприменительной практике остается оценочный подход по обстоятельствам каждого конкретного дела.

При этом следует отметить, что согласно положениям ст. 31 ЖК РФ сам собственник решает, кого он вселит в жилое помещение как члена своей семьи, и от его воли должно зависеть прекращение права пользования тех лиц, которых собственник перестал считать членами своей семьи. Однако правоприменительная практика пошла по пути использования категорий семейно-правовых, черпая их смысл из норм семейного законодательства. Таким образом, вопрос прекращения семейных отношений с собственником стал вопросом судебной целесообразности, а суд оказался арбитром внутрисемейных отношений быта, любви и уважения. Следует констатировать, что судебная практика в этом вопросе движется в тупиковом направлении,

и противоречивость подхода следует из Постановления Пленума Верховного суда РФ от 02.07.2009 N 14, а также разъяснения в Обзоре законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2007 года, которое не обеспечивает реальной защиты прав несовершеннолетних детей на жилое помещение их родителей-собственников.

Лишь между супругами, проживающими в зарегистрированном браке, в качестве основного критерия прекращения семейных отношений для целей жилищного права правоприменительная практика правильно использует расторжение брака, являющееся согласно ст. 16 СК РФ одним из оснований прекращения брака, или же признание брака в установленном порядке недействительным.

Прекращение семейных отношений между собственником и иными членами его семьи, не относящимися к категории супругов, является наиболее спорным вопросом, требующим согласованного применения норм жилищного и семейного законодательства, которое в настоящее время отсутствует.

Отношения, базирующиеся на кровном родстве, носят длящийся (пожизненный) характер и существуют до тех пор, пока живы лица, связанные отношениями родства [18].

В соответствии со ст. 47 СК РФ права и обязанности родителей и детей основываются на происхождении детей, удостоверенном в установленном законом порядке.

Следует отметить, что правовые отношения между родителями и детьми не прекращаются по достижении ребенком (детьми) совершеннолетия. Таким образом, ребенок собственника жилого помещения не может стать бывшим членом его семьи ни до, ни после совершеннолетия. Аналогично родители не могут рассматриваться в качестве бывших членов семьи своих совершеннолетних детей. Однако алиментные обязательства семейное законодательство устанавливает для родителей в отношении несовершеннолетних детей (ст. 80 СК РФ), а также совершеннолетних трудоспособных детей в отношении своих нетрудоспособных родителей, нуждающихся в помощи и заботе.

Интересным представляется вопрос о том, следует ли рассматривать право пользования жилым помещением членов семьи собственника (ст. 31 ЖК РФ, ст. 292 ГК РФ) в качестве разновидности алиментного содержания собственником своих членов

семьи или данное право является независимым от алиментных обязательств членов семьи.

В юридической литературе высказываются мнения, что совершеннолетние члены семьи собственника должны утрачивать право пользования жилым помещением в связи с возможностью признания их бывшими членами семьи собственника жилого помещения, поскольку родители не обязаны содержать своих совершеннолетних детей. В свою очередь, совершеннолетние дети способны обеспечивать себя жилыми помещениями самостоятельно [18]. В судебной практике встречаются решения о признании трудоспособных родителей бывшими членами семьи своих совершеннолетних детей-собственников. В одних случаях это связано с конфликтными ситуациями в семье, в которых достаточно сложно разрешить вопрос о признании семьи несуществующей, что фактически означает вмешательство суда в дела семьи и формирование моральной роли каждого спорящего участника. В других случаях признание бывшими членами семьи осуществляется по соглашению членов семьи для констатации факта проживания граждан отдельными семьями в целях установления нуждаемости семьи (некоторых ее членов) в предоставлении жилого помещения или улучшения жилищных условий. В этом случае определяющим является отсутствие фактического проживания, а также обоюдное согласие всех членов семьи.

Характерные черты алиментной природы права пользования граждан, проживающих совместно с собственником, усматриваются в выводе ВС РФ о невозможности признания несовершеннолетнего ребенка бывшим членом семьи своего родителя-собственника при разводе родителей.

В части 4 ст. 31 ЖК РФ предусматривается также, что при прекращении семейных отношений с собственником жилого помещения суд вправе обязать собственника жилого помещения обеспечить иным жилым помещением бывшего супруга и других членов его семьи, в пользу которых собственник исполняет алиментные обязательства, по их требованию. Указанная норма не только не вносит ясности в вопрос о соотношении норм семейного и жилищного законодательства при определении семьи и членов семьи, но, напротив, обнаруживает их явное противоречие. Логическое толкование положения ЖК РФ о возложении на собственника обязанности обеспечить иным жилым помещением

своих бывших членов семьи, если собственник исполняет в отношении них алиментные обязательства, означает, что любые члены семьи собственника могут быть признаны бывшими, включая родителей, детей, супругов, бабушек, дедушек, внуков. Ведь семейное законодательство устанавливает алиментные обязательства родителей и детей (глава 13 СК РФ), супругов и бывших супругов (глава 14 СК РФ), других членов семьи (глава 15). Таким образом, право пользования жилым помещением собственника может быть прекращено в отношении любого члена семьи, который окажется бывшим. Исключение составляют несовершеннолетние дети своих родителей-собственников, которых в первые годы применения ЖК РФ признавали также бывшими. У всех остальных «бывших» членов семьи, в отношении которых собственник исполняет алиментные обязательства по семейному законодательству, сохраняется возможность потребовать от собственника обеспечения их иным жилым помещением. Однако на жилое помещение собственника эти граждане право пользования утрачивают. Почему-то данный вариант нормы ч. 4 ст. 31 ЖК РФ не был распространен ВС РФ на несовершеннолетних детей собственника жилого помещения. ВС РФ увидел в самом признании несовершеннолетних бывшими членами семьи родителя-собственника жилого помещения сущностное несоответствие правам детей и принципам семейного права.

Таким образом, очевидно, что большинство граждан, признаваемых бывшим членом семьи собственника в рамках жилищных отношений, остаются членами семьи собственника в семейных отношениях, независимо от исполнения алиментных обязательств.

Попытка законодателя предоставить собственнику жилого помещения полную свободу в определении членов своей семьи и придании праву пользования граждан, проживающих в жилом помещении совместно с собственником, признаков алиментного содержания, привела к серьезной правовой путанице и формированию параллельных режимов семьи, включая определение оснований возникновения и прекращения семейных отношений. Более того, такой правовой подход в определении природы права пользования жилым помещением, принадлежащим собственнику, расширил пределы необоснованного вмешательства суда во внутренние дела семьи. Критерии, которыми суды должны руководство-

ваться при определении прекращения семейных отношений, причем применительно только к жилищным отношениям, противоречиво изложены в Постановлении Пленума ВС РФ от 02.07.2009 N 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации». Само же право пользования граждан, проживающих с собственником в жилом помещении, утратило черты вещного права, момент и основания его прекращения не определены с необходимой для вещного права точностью.

Таким образом, для устранения отмеченных противоречий необходимо системное совершенствование норм ЖК РФ и СК РФ. Представляется, что иные граждане, которые не являются членами семьи собственника по семейному законодательству, но которых собственник вселяет в свое жилое помещение, не должны именоваться в ЖК РФ членами семьи собственника. Право пользования таких граждан жилым помещением собственника не может являться вещным и должно строиться на основании соглашения с собственником. Напротив, граждане, являющиеся членами семьи несовершеннолетнего ребенка в силу установленной для него формы устройства и воспитания (опекун, попечитель, приемные родители и др.), должны наделяться правом пользования жилым помещением, принадлежащим ребенку, в связи с предусмотренной законом для таких лиц обязанностью совместно проживать с подопечным. Однако право таких граждан, основанное на законе, должно быть временным (на период установления формы устройства) и лишенным признаков вещного права.

Иные члены семьи собственника, семейные отношения с которыми не прекращаются по семейному законодательству, не должны признаваться бывшими членами семьи собственника и утрачивать право пользования жилым помещением. Основанием прекращения их права пользования может являться прекращение совместного проживания с собственником по обоюдному согласию членов семьи, решивших проживать отдельно. Условием прекращения права пользования жилым помещением собственника у членов его семьи, в отношении которых собственник исполняет алиментные обязательства, может быть обеспечение членов семьи иным жилым помещением при их согласии. В отношении несовершеннолетних членов семьи собственника их право пользования жилым помещением

при разводе родителей должно быть обеспечено законодательно установленной возможностью сохранения права пользования жилым помещением собственника и за бывшим супругом в случае, если его проживание с ребенком необходимо и согласовано между родителями или определено судом. В этом случае как альтернативный вариант должно предусматриваться обеспечение собственником своего ребенка иным жилым помещением. Право членов семьи пользоваться жилым помещением собственника должно сохраняться как вещное без его прекращения по усмотрению собственника или суда без установленных семейным законодательством оснований для прекращения семейных отношений.

Спорным является вопрос о сохранении семейных отношений при лишении родителей родительских прав в отношении своих детей. В соответствии со ст. 71 СК РФ родители, лишенные родительских прав, теряют все права, основанные на факте родства с ребенком, за исключением обязанности по содержанию ребенка.

Ребенок, в отношении которого родители лишены родительских прав, сохраняет право собственности на жилое помещение или право пользования жилым помещением, а также сохраняет имущественные права, основанные на факте родства с родителями и другими родственниками, в том числе право на получение наследства (п. 4 ст. 71 СК РФ). Таким образом, определенная семейная связь одностороннего характера (права у детей, обязанности у родителей) все же сохраняется.

При этом вопрос дальнейшего совместного проживания ребенка и родителей, лишенных родительских прав, решается судом в порядке, установленном жилищным законодательством. Согласно п. 2 ст. 91 ЖК РФ без предоставления другого жилого помещения могут быть выселены из жилого помещения, занимаемого по договору социального найма, граждане, лишенные родительских прав, если совместное проживание этих граждан с детьми, в отношении которых они лишены родительских прав, признано судом невозможным. Однако правоприменительная практика чрезвычайно редко использует данную норму вследствие чего дети, лишенные родительского попечения, как правило, перестают проживать в жилом помещении и помещаются в специализированные учреждения для

детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей.

Если несовершеннолетний является собственником жилого помещения, то вопрос о прекращении права его родителей пользоваться жилым помещением должен решаться на основании ст. 31 ЖК РФ с учетом возможности квалификации граждан, лишенных родительских прав, бывшими членами семьи своих детей. Однако в связи с сохранением определенной семейно-правовой связи между детьми и гражданами, лишенными в отношении них родительских прав, решение указанного вопроса не является столь однозначным и требует прямого законодательного установления.

В определении членов семьи, имеющих право пользования жилым помещением, имеется несоответствие между нормами ЖК РФ и ГК РФ при наличии конкуренции приоритетов двух кодексов в силу п. 2 ст. 3 ГК РФ и ч. 8 ст. 5 ЖК РФ.

Согласно пункту 1 статьи 292 Гражданского кодекса РФ [19] члены семьи собственника жилого помещения, проживающие в нем, имеют право пользования жилым помещением на условиях, предусмотренных жилищным законодательством.

Жилищный кодекс РФ [20] внес изменения в регулирование данного вопроса, ряд норм ЖК РФ и ГК РФ конкурируют между собой, а вопрос об их соотношении остается открытым. Статья 31 ЖК РФ регулирует жилищные отношения лишь в случаях, когда члены семьи собственника и сам собственник проживают совместно. Статья же 292 ГК РФ не упоминает такого ограничения, допускает возникновение у члена семьи прав в отношении такого жилого помещения собственника, в котором сам собственник может и не проживать.

Аналогично право пользования жилым помещением имеет лицо, вселенное в жилое помещение по договору социального найма в качестве члена семьи нанимателя, и в том случае, если сам наниматель временно не пользуется жилым помещением.

Таким образом, важен факт вселения лица в жилое помещение в качестве члена семьи и факт проживания такого лица в жилом помещении собственника или нанимателя, что должно быть уточнено законодательно. Пока же согласно названию и тексту ст. 31 ЖК РФ право пользование жилым помещением собственника закрепляется за гражданами, проживающими совместно с собственником в жилом помещении. Мы полагаем необходимым

уточнить, что эти лица могут проживать в жилом помещении собственника, не обязательно совместно с ним, если например, собственник сам временно жилым помещением не пользуется.

Анализ норм семейного, гражданского и жилищного законодательства выявил отсутствие единого понятия «семья», «член семьи», а также несоответствия между указанными отраслями в установлении состава семьи, определении имущественных и неимущественных отношений внутри нее в то время как нормы одной отрасли права не должны разрушать принципы и институты другой отрасли права, изменять содержание одних и тех же правовых категорий, вторгаться в область иного предмета регулирования, нарушая сам механизм правового регулирования.

Представляется, что в реформировании нуждается не просто право пользования жилым помещением собственника, закрепляемое за гражданами (членами семьи), проживающими с ним, как это реализуется в Проекте изменений ГК РФ [21]. Необходимо системное совершенствование норм семейного, гражданского и жилищного законодательства в регулировании имущественных и неимущественных отношений, возникающих между членами семьи.

Литература

1. *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М., 2002.
2. *Савельева Н.М.* Проблемы дифференциации членами (бывшими членами) семьи собственника прав пользования жилым помещением // <http://www.yurclub.ru/docs/civil/article300.html>
3. *Рясенцев В.А.* Советское семейное право. М., 1982. С. 42; Советское семейное право. Киев, 1981. С. 11; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 406.
4. *Матвеев Г.К.* Советское семейное право. М., 1985. С. 42–43, 46–48; *Нечаева А.М.* Семья и закон. М., 1980. С. 61.
5. СЗ РФ № 1996. № 1. Ст. 16.
6. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995.
7. *Рясенцев В.А.* Семейное право М., 1971. С. 71, Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева М., 1982.
8. *Крашенинников П.В.* Семейное право. М., 2009.

9. Анализ законопроекта о социальном патронате (законопроект № 42197-6) // <http://www.familypolicy.ru/read/522>; Законопроект о социальном патронате принят в первом чтении // <http://www.garant.ru/news/421239>; Ювенальная юстиция не соответствует российскому менталитету – интервью с главой думского комитета по вопросам семьи, женщин и детей Еленой Мизулиной // <http://www.gazeta.ru/social/2012/10/08/4804509.shtml>; Социальный патронат – помощь семьям или контроль над ними // http://zakon.ru/Blogs/socialnyj_patronat__pomoshh_semyam_ili_kontrol_nad_nimi/4099; Бюджет системы социального патроната лучше потратить на помощь семьям с детьми // <http://www.zakonia.ru/blog/bjudzhet-sistemy-sotsialnogo-patronata-luchshe-potratit-na-pomosch-semjam-s-detmi>.
10. Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации и Федеральному закону «Об опеке и попечительстве» / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2010.
11. Антокольская М.В. Семейное право. М., 2010.
12. Жилищный кодекс РФ от 29.12.2004 г. № 188-ФЗ // Российская газета. N 1. 12.01.2005; Федеральный закон от 11.06.2003 N 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» // Российская газета. 2003.17.06; Федеральный закон от 29.12.2006 N 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» // Российская газета. 2006. 31.12.
13. Банникова А. Правовые проблемы определения круга лиц, относящихся к членам семьи собственника жилого помещения. <http://justicemaker.ru/view-article.php?id=5&art=120>
14. Вишневская И.С. Советское жилищное право. Ростов-на-Дону, 1973.
15. Хотя при определении нуждаемости в предоставлении жилого помещения вопрос о составе членов семьи имеет принципиальное значение.
16. Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за III квартал 2005 года (ответ на вопрос под номером 18) - в настоящее время утратил силу в связи с Обзором законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2007 года (ответ на вопрос под номером 4) // www.consultant.ru
17. Российская газета. 2009.08.07.
18. Шубин Д.А., Плетнев В.Ю. Есть ли у родителей обязанность содержать своих совершеннолетних трудоспособных детей? // Жилищное право. 2012. № 10.
19. СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
20. СЗ РФ. 2005. N 1 (часть I), Ст. 14.
21. Проект № 47538-6 Федерального закона РФ о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ, отдельные законодательные акты РФ и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов РФ (положений законодательных актов РФ // www.consultant.ru

УДК 347.77

Баттахов П.П.

ВЗАИМОСВЯЗЬ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ С ОБЪЕКТАМИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

В статье раскрывается значение объектов интеллектуальной собственности в предпринимательстве, анализируются такие понятия как отчуждаемость объектов интеллектуальной собственности, а также их оборотоспособность и определение рыночной стоимости.

The article deals with the values of intellectual property objects in entrepreneurship. The author analyses such concepts as alienation of intellectual property, its tradability and market price calculation.

Ключевые слова: предпринимательская деятельность, объекты интеллектуальной собственности, взаимосвязь предпринимательства и объектов интеллектуальной собственности, отчуждаемость, оцениваемость, оборотоспособность.

Keywords: entrepreneurship, objects of intellectual property, relation of entrepreneurship activity with intellectual property, alienation, price calculation, tradability.

Более десяти лет назад Международная торговая палата (ИСС) издала Рекомендации по интеллектуальной собственности для предпринимателей и органов власти [1]. На том историческом этапе развития российской экономики никто не предполагал, что в итоге Рекомендации будут переизданы десять раз и будут переведены на пять языков, при этом приобретут репутацию уникального обзора изменений и дополнений нормативных документов, регулирующих право интеллектуальной собственности.

Очевидно, что за такой относительно короткий срок интеллектуальная собственность стала ключевым вопросом для предпринимателей. На сегодняшний день такой постулат не может вызывать никаких сомнений.

Примечательным является высказывание Е. Федорова, бывшего Председателя Комитета Государственной Думы по экономической политике и предпринимательству: «...в сфере высокотехнологического сотрудничества (а военно-техническое сотрудничество относится именно к ней) на интеллектуальную собственность в современных рыночных отношениях приходится 80 - 90 процентов «цены вопроса». Само железо, из которого изготавливают военные объекты, технику и прочее, в 10 раз дешевле труда ученых, вложенного в разработку технологий» [2]. Данное замечание хорошо иллюстрирует значимость рынка интеллектуальной собственности.

За последнее время огромное значение для предпринимательства приобретало распространение цифровых технологий и доступ в сети Интернет, не говоря уже о существенном значении объектов промышленной собственности.

При этом если ранее можно было говорить об использовании интеллектуальной собственности предпринимателем в целях продвижения на рынке своих товаров, работ или услуг, то на сегодняшний день ситуация изменилась коренным образом. Объекты интеллектуальной собственности стали рассматриваться как актив, имеющий самостоятельную имущественную ценность. Бизнесмены осознали, что посредством использования объектов интеллектуальной собственности возможно не только вести бизнес, но и получать прибыль от непосредственного обращения на рынке самих объектов интеллектуальной собственности.

Вместе с тем следует иметь в виду, что все объекты интеллектуальной собственности неоднород-

ны как по своему составу, по характеру использования в процессе производства, так и по степени влияния на финансовое состояние и результаты хозяйственной деятельности субъекта бизнеса. Кроме того, необходимо понимать, что такие различия в характеристике объектов интеллектуальной собственности вызваны в том числе и формой их выражения.

В отличие от вещей, имущества в привычном нам понимании, большинство объектов интеллектуальной собственности может иметь или не иметь объективную форму их выражения, другими словами объекты интеллектуальной собственности могут быть выражены в какой-либо материальной форме, а могут и не иметь овеществленного результата как результата творческой деятельности. В связи с этим возникает необходимость их классификации, которая может быть осуществлена по различным основаниям.

В частности, в зависимости от использования в производстве объекты интеллектуальной собственности можно разделить на уже приносящие доход объекты и объекты, использование которых только планируется в будущем. Критерием, лежащим в основе еще одной классификации, является степень влияния объекта интеллектуальной собственности на финансовые результаты. Используя данный критерий, выделяют объекты, способные приносить доход прямо за счет их внедрения в эксплуатацию, и объекты, которые только опосредованно влияют на финансовые результаты. На гуманитарные, технические и научные подразделяются объекты интеллектуальной собственности в зависимости от признака получения творческого результата. Еще одной классификацией является классификация всех объектов интеллектуальной собственности на объекты, получившими правовую охрану вследствие получения охранного документа, и объекты, отнесенные к числу не защищенных охраненными документами [3].

По нашему мнению, практическую значимость имеет классификация всех объектов интеллектуальной собственности в зависимости от их правового режима. Используя данный критерий, все объекты интеллектуальной собственности делят на три группы объектов:

- объекты, охраняемые патентным правом (изобретения, полезные модели и промышленные образцы);

– объекты интеллектуальной собственности, индивидуализирующие субъектов предпринимательства, а также произведенные или реализуемые ими товары, выполняемые работы или оказываемые ими услуги (фирменное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товаров);

– объекты интеллектуальной собственности, охраняемые авторским правом (произведения науки, литературы и искусства и иные).

Несмотря на наличие единых признаков, они имеют различный правовой режим. Более того, первая совокупность объектов охраняется патентным правом, которое направлено на охрану содержания результата интеллектуальной деятельности. Это означает, что в предпринимательском обороте такие объекты могут выступать в форме идеи. В данном случае факт воплощения идеи на материальном носителе следует рассматривать как участие объекта патентного права на рынке.

В отношении второй группы объектов, которые призваны индивидуализировать предприятие, товары, работы или услуги, следует сказать, что в качестве использования этих объектов интеллектуальной собственности необходимо рассматривать факт использования материального объекта, в котором реализована та или иная идея.

Третья группа объектов охраняется авторским правом и, равно как и вторая, используется в предпринимательстве посредством участия в обороте материального носителя, в котором выражена некая идея. Но, в отличие от второй группы объектов интеллектуальной собственности, объекты авторского права получают правовую охрану с момента их создания. При этом объектами предпринимательской деятельности они могут выступать только в том случае, если исключительные права на них принадлежат физическому лицу, зарегистрированному в качестве индивидуального предпринимателя.

В этой связи одной из первостепенных стала задача определения критериев оборотоспособности объектов интеллектуальной собственности, а также свойств отчуждаемости и критериев оценки как свойств объекта предпринимательской деятельности. Отсутствие, по нашему мнению, хотя бы одного из названных свойств лишает субъекта бизнеса возможности использования объекта интеллектуальной деятельности в целях извлечения прибыли, поскольку, как верно заметил О.А. Городов, «бессмысленно

говорить о прибыли, если не обеспечены отчуждаемость, оцениваемость и оборотоспособность принадлежащих предпринимателю прав» [4].

Под отчуждаемостью объекта интеллектуальной собственности предлагаем понимать возможность передачи исключительных прав (как частично, так и в их совокупности) на объект интеллектуальной собственности с использованием современных правовых средств, например, посредством заключения предпринимательского договора.

Исходя из такого понимания признака отчуждаемости правомочия входящие в содержание исключительного права на объекты интеллектуальной собственности можно подразделить на:

– правомочия, принадлежащие физическому лицу, которые нельзя отделить от их правообладателя, соответственно, которые являются неотчуждаемыми. К таким правомочиям следует относить личные неимущественные права, такие как право авторства, право автора на имя и ряд иных правомочий;

– правомочия, которые принадлежат юридическому лицу, являются не делимыми от него, но которые могут быть отчуждены в составе таких юридических лиц при их отчуждении. К таким объектам интеллектуальной собственности может быть отнесено, в частности, коммерческое обозначение;

– правомочия правообладателя в отношении таких объектов интеллектуальной собственности, права на которые могут быть отчуждены на общих основаниях.

Свойство оцениваемости объекта интеллектуальной собственности правообладателя объективно отражает стоимостную (денежную) оценку объекта интеллектуальной собственности как товара. Данный вопрос приобрел большое практическое значение за последнее время, когда все большее число объектов интеллектуальной собственности вовлекается в предпринимательский оборот.

Более того, необходимость стоимостной оценки столь специфического объекта предпринимательских правоотношений, как объекты интеллектуальной собственности, может быть связана не только с частными интересами предпринимателей, но и с экономическими интересами государства в целом. Такие правоотношения отличаются большим разнообразием и проявляются, например, при передаче прав на использование охраняемого результата технического творчества от правообладателя поль-

зователю в бухгалтерском учете, при продаже лицензий, налогообложении, приватизации, принятии судебных решений и т.п.

Учитывая значимость и необходимость стоимостной оценки таких объектов как объектов интеллектуальной собственности, были приняты Методические рекомендации по определению рыночной стоимости интеллектуальной собственности [5]. В соответствии с данными рекомендациями при определении рыночной стоимости интеллектуальной собственности следует руководствоваться следующими методическими основами:

- рыночную стоимость могут иметь только полезные объекты, т.е. объекты, которые могут удовлетворить соответствующие потребности использующего их субъекта;
- рыночная стоимость объекта интеллектуальной собственности зависит от спроса и предложения на рынке;
- стоимость объекта не должна превышать наиболее вероятные затраты на приобретение объекта аналогичной полезности;
- стоимость зависит от ожидаемой величины, продолжительности и вероятности получения доходов;
- рыночная стоимость – величина не постоянная, она может изменяться с течением времени;
- на рыночную стоимость влияют также внешние факторы, которые определяют условия их использования (состояние рыночной инфраструктуры, законодательства, политики государства и т.д.);
- определение рыночной стоимости зависит от наиболее вероятного использования объекта интеллектуальной собственности, которое является реализуемым практически, оправданным с экономической точки зрения и т.д.

Признак оборотоспособности связан с законодательно закрепленной возможностью участия тех или иных объектов в коммерческом обороте. При этом по аналогии с первым признаком отчуждаемости возможно классифицировать объекты интеллектуальной собственности на неотчуждаемые, отчуждаемые в составе предприятия как объекта права, а также свободно отчуждаемые.

Литература

1. Интеллектуальная собственность. Рекомендации для предпринимателей // Документ является официальной публикацией Международной торговой палаты – Всемирной организации бизнеса (ICC). В рамках реализации инициативы ICC – «Бизнес в борьбе с контрафактом и пиратством (BASCAP)» документ разработан совместно BASCAP и Комиссией ICC по интеллектуальной собственности. Впервые документ был опубликован на официальной интернет-странице BASCAP на английском языке в марте 2011 года, на русском языке – в декабре 2011 года.
2. Наука и технологии России – STRF.ru. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.strf.ru> (дата обращения 21.10.2010).
3. См. подробнее: Интеллектуальная собственность. Правовое регулирование. Практика. Документы / Под ред. Ю.Л. Фадеева // СПС «Консультант Плюс».
4. Городов О.А. Интеллектуальная собственность: Правовые аспекты коммерческого использования: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. СПб., 1999.
5. Методические рекомендации по определению рыночной стоимости интеллектуальной собственности (утв. Минимуществом РФ 26.11.2002 № СК-4/21297) // Патенты и лицензии. 2003. № 3.

УДК 347.6

Закирова С.А.

КРИТЕРИАЛЬНЫЕ ОТЛИЧИЯ БРАКА ОТ ДРУГИХ «ПОДОБНЫХ БРАЧНЫМ» ОТНОШЕНИЙ

В статье предлагается рассматривать субъектов сожительствующих отношений как субъектов семейного, а не брачного правоотношения и, соответственно, относить их к категории «членов семьи» наряду с другими участниками семейного правоотношения. Делается вывод о том, что к критериям различия между браком и другими «подобными брачным» отношениями следует отнести стабильность брачного союза и нравственность. Любые отношения, «подобные брачным», – всего лишь иллюзия семьи.

The article offers to consider the subject of living together as the subjects of family, but not marriage legal relations, and, consequently, to refer them to the category of “the family members” together with other members of family legal relations. The conclusion is made that according to the criteria of distinction between marriage and other relations “similar to marriage” it is necessary to refer the stability of the marriage union and morality. Any other relations which are “similar to marriage” are only the illusion of a family.

Ключевые слова: Стабильность, нравственность, брак, семья, отношения, «подобные брачным».

Keywords: Stability, moral, marriage, family, relations «similar marriage».

Семья представляет собой совокупность трех элементов в сфере гражданских отношений – неимущественного, имущественного и морально-воспитательного.

1. Нравственные отношения между супругами, являясь звеном социальных отношений, в правовом поле выступают в виде нравственно-правовых отношений в результате урегулирования нормами СК РФ.

2. Отношения членов семьи к имуществу, собственности являются семейными отношениями, регулируемые нормами ГК РФ и СК РФ.

3. Морально-воспитательная работа по отношению к подрастающему поколению, являясь звеном социальных отношений, в правовом поле должной легализации не получила, частично реализуясь в виде некоторых неимущественных отношений (некоторые права и обязанности родителей, лиц их заменяющих).

Брак является самостоятельным и одним из важнейших элементов полноценной семьи, в правовом смысле – это неимущественный элемент. Брак, как элемент факультативный, относится к сфере социального брачного отношения. Как обязательный элемент брак следует отнести к сфере правового брачного отношения. Таким образом, понятия брак и семья соотносятся как частное с общим.

Одним из социальных феноменов в современных брачных отношениях является квазибрак. Обратимся к этимологическому значению слова «квази». Квази... (от лат. Quasi – якобы, как будто) – приставка, означающая «мнимый», «ненастоящий» [1, с. 464]. Так как в современном законодательстве браком признается юридически оформленный союз мужчины и женщины, то квазибрак – это не брак в юридическом значении слова, а фактическое сожительство. По сути, квазибрак – социальный феномен, который на современном этапе развития общества может существовать в различных формах

или моделях. Перечислим основные из них: фактическое сожительство, фактическая полигамия, однополые партнёрства. Так как данные формы не фигурируют в российском семейном законодательстве, то, следовательно, квазибрак не является юридическим феноменом в современном российском обществе.

В зависимости от типов инноваций в существующих формальных или неформальных нормах брачных отношений, исследователи выделяют ряд типов альтернативных браков (сожительств) [2, с. 59]. Каждый из них может существовать в чистом виде или объединять признаки нескольких типов одновременно. Рассмотрим наиболее часто встречающиеся виды альтернативных браков.

Виргинальный (девственный, платонический) брак. Такой брак с виду ничем не отличается от традиционного, только муж и жена в нем не живут половой жизнью. Вероятно, кому-то такой брачный союз покажется неестественным, а для других будет вполне нормальным. Причины, по которым супруги игнорируют интимные отношения, самые различные: медицинские (болезнь одного или обоих супругов), возрастные (преклонный возраст), религиозные (различные духовные практики), идеологические (молодые люди – асексуалы, не желающие иметь детей) [3, с. 134].

Сезонный брак или временной брак (ограниченная временем семья). Такой брак распространен в Европе. Отношения закрепляются на определенный временной срок – год, два, три. По истечении этого срока брак автоматически прекращается. Приверженцы этой формы брака считают, что со временем люди вырастают из прежних отношений, как «взрослые дети из старой обуви». В современном арабском мире (Иран, Алжир, Ливан) также распространен подобный брак. Это брак для удовольствия. Фактически он является замаскированной формой проституции. Он заключается на установ-

ленный срок (от одного часа до девяноста девяти лет) и представляет собой обоюдное соглашение, в котором оговариваются финансовые условия. Как всегда, обоснование находится в Коране (Сура о женщинах. IV, 24).

Коммунальный брак или групповой брак («шведская семья»). Это семья, в которой живут несколько женщин и несколько мужчин. Они связаны между собой не только и не столько общим сексом, сколько общим хозяйством и приятельскими отношениями. Если в таких семьях появляются дети, то они воспитываются всеми членами «коммуны», которые руководствуются идеей: «чем больше мужчин и женщин перед глазами ребенка, тем более у него возможностей познавать разнообразие мира» [3, с. 134].

Открытый брак. Традиционная семья, в которой муж и жена допускают романы и интимные связи вне брака. Получил распространение в Европе и в России. В семейной жизни такая пара является друзьями. Им удобно жить друг с другом. А недостаток острых ощущений, взрыв чувств и всплеск эмоций компенсируется на стороне [3, с. 134].

Гостевой (экстерриториальный) брак. Отношения официально зарегистрированы, но проживание отдельно. Время от времени встречаются, вместе ужинают в ресторане, проводят ночь, время от времени живут вместе, иногда проводят вместе отпуск, но совместного хозяйства не ведут. Некоторые «супруги» умудряются заключить сразу несколько гостевых браков, таким образом, еще более разнообразя свою семейную жизнь [4, с. 129–134].

Брак Childfree или сознательно бездетный брак. Идеология «чайлдфри» зародилась практически одновременно в Америке и Европе. Сторонники такого брака отрицают и не признают саму суть и смысл традиционного брака и семьи – рождение ребенка. Приверженцы Childfree считают детей серьезной угрозой комфорту и спокойствию их личной жизни. Антиразмноженцев в западной прессе часто обвиняют в социальном дезертирстве, семейном уклонизме, а иногда даже инкриминируют им подрыв демографического сегмента национальной безопасности. Но с возрастом ЧФ меняют свои взгляды и убеждения, заложенная программа размножения берет верх, и все становится на свои места [74, с. 132].

Годвин-брак. По фамилии английского анархиста Godwin William – брак, когда супруги владеют

общим имуществом, но проживают отдельно. Данный вид брачных отношений получил свое название по имени одного из основателей такой формы брачных отношений – Уильяма Годвина. В своем произведении «Рассуждение о политической справедливости», которое считается библией анархизма, он высказал идею, что такие социальные явления, как государство, собственность и брак, противоречат природе и разуму человека и общества в целом. Он утверждал, что брак препятствует развитию способностей человека, мешает его счастью и разрушает сознание. И далее делался вывод, что совместное проживание супругов есть безусловное зло, которое мешает всестороннему личностному развитию каждого из них в силу различий их интересов, потребностей, задатков и склонностей [4, с. 132].

Рациональный брак. Брак по расчету. Такой брак непременно предусматривает определенную конкретно обусловленную выгоду (экономическую, психологическую, сексуальную, хозяйственно-бытовую, профессиональную и т.п.). Внутренняя логика таких браков предельно проста. Пришло время создавать семью. Есть на примете партнер, который подходит и исповедует сходное отношение к браку и к жизни в целом. Создается семья. Каждый партнер получает свои «дивиденды» от такой сделки. Как правило, такие пары перестраховываются и не забывают заключить брачный контракт. Брак приносит удовлетворение только в том случае, если расчет верный [4, с. 133].

Гомосексуальные браки. Браки между лицами одного пола. Ярые противники однополых браков утверждают, что в соответствии с религиозными нормами и нормами морали, в брак могут вступать только мужчина и женщина. Исходя из этого требования геев и лесбиянок признать за ними такое же право вступать в брак являются абсурдными. В России однополые браки официально не признаются, но в ряде стран они узаконены на общенациональном уровне: в Аргентине, Бельгии, Исландии, Испании, Канаде, Нидерландах, Норвегии, Португалии, Швеции, ЮАР. В то же время в современном Иране, Афганистане, Саудовской Аравии, Йемене, Сомали, Судане, Нигерии и Мавритании однополые браки являются преступлением и караются смертной казнью.

Консенсуальный или гражданский брак. Семейный союз женщины и мужчины, который не зарегистрирован в государственном органе реги-

страции актов гражданского состояния. Сначала под термином «гражданский брак» имели в виду семейные отношения, не освященные таинством венчания, но признанные государством. В СССР гражданский брак возник в 1917 г. в противовес традиционному церковному и фактически признавался государством до 1944 г. Эта форма брака распространена в странах Евросоюза, где свои отношения регистрирует только каждая четвертая пара. В России в гражданском браке живет каждая третья пара. На Украине каждый десятый брак – гражданский. Консенсуальные или, как их теперь называют, гражданские браки перестали считаться девиациями и стали привычным вариантом нормы семейной жизни [5, с. 13].

В настоящее время в цивилизованном обществе все больше людей предпочитают не вступать в брак в самом начале своих отношений или вовсе не оформлять официальных отношений, возрастает число молодых людей, стремящихся к альтернативным формам устройства семейной жизни, происходит не только эволюция форм брака, но и существенно трансформируется отношение к браку. Кроме психологических есть еще своеобразные для России социально-экономические причины, порождающие вариант незарегистрированного сожительства: жилищные проблемы, вопрос, связанный с пропиской, возможность получения детского пособия в качестве матери-одиночки и пр. [6, с. 33-34, 38-40].

В соответствии со ст. 1 Семейного кодекса РФ «признается брак, заключенный только в органах записи актов гражданского состояния» [7].

СК РФ избегает использования терминов «фактический брак», «фактические брачные отношения». Для обозначения лиц, состоящих или состоявших какое-то время во внебрачных отношениях, здесь используется словосочетание «лица, не состоящие в браке между собой».

Так называемые фактические брачные отношения, т.е. совместное проживание и ведение общего хозяйства мужчиной и женщиной, без законного оформления таких отношений в качестве брака, воспринимаемое со стороны третьих лиц в качестве единого семейного союза, имеют необычное распространение в нашем быту. К таким отношениям сложилось вполне устойчивое наименование, используемое в юридической литературе, – сожительство. Таким образом, сожительство – это незарегистрированный брак или отношения, которые не

оформлены в соответствии с российским законодательством.

Распространенность юридически не оформленных браков привела к тому, что каждый четвертый ребенок в России рождается вне брака. Это, как правило, имеет следствием обращение в суд с иском об установлении отцовства. Данный процесс тревожен в социальном плане, особенно если учесть, что внебрачные дети часто рождаются у матерей, которым нет еще 16 лет [8, с. 30].

В подтверждение изложенному могут послужить факты, полученные на основе статистических данных по Новгородской области. Так, В 2009 г. 56 женщин и трое мужчин создали семьи, не достигнув брачного возраста (18 лет). Как правило, основной причиной замужества юных невест является беременность: в 2009 году 135 детей родилось у несовершеннолетних мам. В Новгородстате отметили, что в области растет популярность официально не зарегистрированных браков, в связи с чем высока доля внебрачной рождаемости: каждый третий младенец в области рожден вне зарегистрированного брака [9].

Сегодня сожительство действительно не влечет правовых последствий, установленных для законного брака, и не связывает людей друг с другом никакими обязательствами, кроме моральных.

Из изложенного можно сделать следующие выводы:

1. Одним из критериев различия брака и других «подобных брачным» отношений следует называть стабильность брачного союза.
2. Одним из необходимых элементов, составляющих брак, является нравственность. Отсутствие данного элемента в отношениях мужчины и женщины приводит к констатации отсутствия брачных отношений. Без элемента нравственности отношения выглядят как «подобные брачным» отношения: квази-брак, предварительный союз, сожительство, однополый союз.

«Подобные брачным» отношения могут существовать в сфере социальных отношений, и только заключение зарегистрированного в установленном законом порядке брака служит рождению семьи. В фундаменте юридического брака лежат легализованные отношения.

От семьи «подобные брачным» отношения отличаются отсутствием первого элемента – нравственных отношений, регулируемых нормами СК РФ.

Даже наличие других элементов семьи: имущественных отношений, половой связи партнеров, наличия детей в союзе и нравственного элемента в поле социальных отношений – не позволяет констатировать наличие семьи по вышеуказанным причинам.

Необходимо ввести в Семейный кодекс, наряду с официальным понятием брака, понятие «фактических брачных отношений». Это позволит решить проблемы, возникающие в сфере сожительствующих отношений, таким образом продолжительные «фактические брачные отношения» и зарегистрированный брак не будут иметь существенных правовых различий.

В научном плане предлагается рассматривать субъектов сожительствующих отношений как субъектов семейного, а не брачного правоотношения и, соответственно, относить их к категории «членов семьи» наряду с другими участниками семейного правоотношения. Данное предложение будет способствовать эффективной правовой защите наследственных, имущественных, неимущественных и других прав.

Все меньше психологов поддерживает идею целесообразности «гражданских браков», независимо от причин их возникновения, поскольку подобный союз говорит либо о социальной незрелости партнеров, либо о взаимном использовании друг друга. Жизнь в классическом браке не исключает психологических срывов и житейских испытаний для супругов, однако психологических проблем в таком союзе меньше [10].

В гражданском партнерстве брачные отношения подобны черновику: не понравилось – отказался от партнера и нет проблем, связанных с исполнением супружеских обязанностей, понравилось – создал «настоящую семью». Мужчины и женщины не

готовы регистрировать отношения, если не любят по-настоящему. На наш взгляд, любые отношения «подобные брачным» – всего лишь иллюзия семьи.

Из всего вышесказанного можно сделать вывод о том, что важнейшими критериями отличий брака от других «подобных брачным» отношений являются нравственность стабильность брачного союза.

Литература

1. Крысин Л.П. Толковый словарь иностранных слов. М., 2007.
2. Попова Л.В. Тенденции развития альтернативных форм брачно-семейных отношений // Вестник университета (Государственный университет управления). 2009. № 32.
3. Посысов Н.Н. Основы психологии семьи и семейного консультирования. М., 2004.
4. Карташова Т.Е. Социально-психологическое исследование форм брака в современном обществе // Ученые записки Санкт-Петербургского государственного института психологии и социальной работы. 2010. Вып. 2. Т. 14.
5. Зритнева Е.И. Социология семьи. М., 2006.
6. Гаранина Е.Ю. Указ. соч.
7. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 N 223-ФЗ (ред. от 30.11.2011 № 363-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 01.01.1996. № 1. Ст. 16.
8. Круглова Л.В., Морозова И.Г. Указ. соч.
9. Новгородстат: Популярность официально не зарегистрированных браков растет. [Электронный ресурс] (дата:12.12.2011). URL:http://statistika.ru/naselen/2010/04/21/naselen_16408.html.
10. <http://www.realove.ru/main/sozitelstvo?id=306#ixzz2AQz4Sdpg>.

УДК 338.2:331.1

Шкель Ф.Е.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ФОРМИРОВАНИЯ ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В статье раскрыто содержание государственно-частного партнерства (ГЧП) показана роль нормативно-правовой базы в развитии отношений ГЧП в России, отражен мировой опыт государственного регулирования отношений партнерства бизнеса и власти.

In the article the content of state-private partnership (SPP) is described; the role of normative-legal basis in the development of relations of SPP on Russia is shown; the world experience of state regulation of partnership of business and power is reflected.

Ключевые слова: Государственно-частное партнерство, концессии, особые экономические зоны, Россия, инфраструктура, инвестиции

Key words: Public- private partnership, concessions, special economic area, Russia, infrastructure, investments.

Вопросы формирования и развития государственно-частного партнерства (ГЧП) в настоящее время активно обсуждаются в России. Однако пока в научной литературе нет единого подхода к определению содержания ГЧП, как его нет и в официальных документах.

Более того, правовая база государственного регулирования отношений ГЧП в России пока только формируется, а в ряде законодательных актов есть масса противоречий и недостатков.

В этой связи представляется актуальным рассмотреть содержание термина «ГЧП» и раскрыть нормативно-правовую базу, регулирующую эти отношения в России и за рубежом. Это и составляет цель и предмет данной статьи. Объектом ГЧП является исследование экономических и правовых особенностей данной кооперации. Впервые ГЧП был посвящен целый раздел – «Развитие механизма частно-государственного партнерства» □ в Программе социально-экономического развития РФ на среднесрочную перспективу 2006 – 2008 гг. [1]. Такой же термин используется и рядом крупных экспертных организаций России, например, Центром стратегических разработок и международным центром социально-экономических исследований «Леонтьевский центр» [2].

В данном случае речь идет не о простой замене порядка слов, а об искажении сущности такого сложного экономического явления, как ГЧП. Термин «частно-государственное партнерство» не только не корректен, но искажает сущность данной кооперации. Это обусловлено тем, что государство выступает инициатором подавляющего большинства проектов ГЧП, их основным, главным субъектом и доминантой. Далее ГЧП, охватывает не только центральные и местные органы власти, судебную власть, органы правопорядка, но и культурные, образовательные, академические и прочие учреждения, а также общественные институты, играющие

подчас неформальную, но весьма важную роль в развитии общественных процессов.

И, наконец, как бы ни была велика роль частного бизнеса в качестве инвестора, менеджера или оператора, на первом месте всегда должно указываться государство как собственник объекта ГЧП. Более того, роль государства и частного бизнеса при заключении контрактов никогда не будет равной. Иногда в интересах общества контракт ГЧП может быть расторгнут в одностороннем порядке государством, без каких-либо правовых последствий.

В российской научной литературе приводятся различные трактовки ГЧП. На наш взгляд, одно из наиболее удачных определений, акцентирующих внимание на его правовых сторонах, дано М.В. Вилисовым: «Государственно-частное партнерство – это правовой механизм согласования интересов и обеспечение равноправия государства и бизнеса в рамках реализации экономических проектов, направленных на достижение целей государственного управления» [3]. С нашей точки зрения это определение было бы более корректным, если бы не содержало положения о равноправии государства и бизнеса.

За рубежом также нет общепринятого толкования сущности ГЧП. В разных странах даются свои определения. Так, в США ГЧП понимается как «закрепленное в договорной форме соглашение между государством и частной компанией, позволяющее последней участвовать в государственной собственности. Такое соглашение предполагает наличие контракта правительственного агента с частной компанией, предметом которого выступает реконструкция, строительство объекта государственной собственности и (или) его эксплуатация, управление и т.п. Термин ГЧП определяет широкий спектр отношений в диапазоне от простых контрактов... до комплексных, технически сложных проектов, вклю-

чающих строительство, модернизацию, эксплуатацию объектов и управление ими» [4, с. 10].

В странах ЕС даются свои определения ГЧП. В Великобритании, например, где данная форма партнерства получила широкое распространение, ГЧП трактуется как «ключевой элемент стратегии правительства по обеспечению современного, высококачественного коммунального обслуживания и повышения конкурентоспособности страны» [5, с. 6].

Ряд определений носит более конкретный и прикладной характер. Так, эксперты крупнейшей консалтинговой компании мира Deloitte дают такое определение: «ГЧП – это конкретное соглашение между правительственным агентством и частной компанией, позволяющее последней увеличить ее участие в предоставлении общественных услуг» [6, с. 5].

Из приведенных определений можно выделить ряд родовых признаков ГЧП, которые должны иметь место в каждом реализуемом проекте.

Во-первых, в основе ГЧП находятся отношения собственности: государственной или муниципальной.

Во-вторых, услуги населению в области инфраструктуры (транспортные, медицинские, образовательные, жилищно – коммунальные и пр.) могут оказываться как государственными (муниципальными) организациями, так и частными предпринимателями. Однако последние должны регулироваться и контролироваться государственной и муниципальной властью.

В-третьих, отношения ГЧП юридически закрепляются договором (контрактом, соглашениями), где четко определяются права и обязанности обоих партнеров.

В-четвертых, софинансирование проектов ГЧП должно быть четко определено в процентном соотношении в зависимости от отрасли или сферы хозяйственной деятельности. Это также должно быть юридически закреплено в договоре (контракте, соглашении).

В-пятых, любое концессионное соглашение или, например, аренда имущества (государственного или муниципального) заключается на конкретный срок, определенный по обоюдному согласию обоих партнеров.

В контексте вышеизложенного предлагается следующее определение: «ГЧП – это юридически оформленная система экономических отношений между государством (муниципалитетом) и частным предпринимателем, предметом которой выступают

объекты государственной и/или муниципальной собственности, а также услуги, исполняемые государственными и муниципальными органами, организациями, учреждениями и предпринимателями». Данная форма отношений оформляется на фиксированный срок и предполагает не только софинансирование, но и разделение рисков.

Формирование отношений ГЧП в Российской Федерации находится на этапе становления, поскольку нормативно-правовая база стала создаваться практически с конца 1995 г. В настоящее время приняты следующие законодательные акты РФ:

- Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225 – ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» [7];
- Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115 – ФЗ «О концессионных соглашениях» [8];
- Федеральный закон от 22 июля 2005 г. № 116 – ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» [9];
- Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39 – ФЗ «Об институциональной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» [10] и др.

В настоящее время в России не разработан Федеральный закон о ГЧП. Министерством экономического развития пока только представлен Проект Федерального закона «О государственно-частном партнерстве». Государственно-частное партнерство регулируется также нормами, содержащимися в Гражданском кодексе РФ, Бюджетном кодексе РФ, Земельном кодексе РФ и других нормативно-правовых актах [11].

Весьма позитивно, что в развитие ФЗ «О концессионных соглашениях» Правительство РФ приняло ряд постановлений о типовых концессионных соглашениях, которые касались коммунальной инфраструктуры и иных объектов ЖКХ; морских и речных портов, гидротехнических сооружений, судов, гидрографической, научно-исследовательской деятельности и др. [12].

Правовое регулирование ГЧП в РФ является в основном сферой внутригосударственного права. При наличии иностранного инвестора в проектах ГЧП могут быть применены нормы иностранного и международного права. Правовое регулирование государственно – частного партнерства должно основываться на принципе сочетания публично – правовых и частноправовых норм [13, с. 21-24].

Можно отметить, что одной из доминирующих объективных закономерностей развития является постепенное сближение содержания правового регулирования ГЧП и внешних форм его выражения в отдельных государствах мира. В силу этого важно использовать мировой опыт и общемировые тенденции развития правового регулирования отношений ГЧП, особенно это касается институтов, новых для российского законодательства. При этом следует отметить, что данная сфера не должна быть «за-регулированной» и позволять самим партнерам по ГЧП выбирать выгодные для себя условия, создавая только правовые рамки для формирования и реализации партнерства власти и бизнеса. Нормативно-правовое регулирование ГЧП должно быть гибким и способствовать эффективности управления данным видом партнерства. России, как и другим странам, требуются сегодня надежные, стабильные, предсказуемые, логичные и ориентированные на развитие экономики рамки закона и права. Слишком объемное законодательство системы партнерства власти и бизнеса не улучшает процесс управления ГЧП, а только сдерживает активность потенциальных инвесторов.

На современном этапе развития в России выработаны основные принципы, формы и механизмы взаимодействия государства и частного предпринимательства: согласование экономических интересов; взаимный обмен информацией, особенно в рамках формирования электронного Правительства РФ; создание союзов, бизнес-ассоциаций; реализация совместных стратегий и программ развития.

Важную роль в формировании отношений партнерства власти и бизнеса в РФ сыграло принятие и реализация Федерального закона от 30.12.1995 г. № 225 – ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» [7], поскольку оно касается добычи минерального сырья, что весьма ценно в плане экспортной деятельности нашей страны. Согласно данному ФЗ государство предоставляет частной компании исключительные права на поиск, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, указанном в Соглашении, и на ведение связанных с этим работ на возмездной основе и на определенный срок. Инвестор при этом обязуется осуществлять проведение работ за собственные финансовые средства и на свой риск. Данное Соглашение определяет все необходимые условия, связанные с разработкой и использованием недр, включая механизм и порядок

раздела произведенной продукции между государством и частным предпринимателем.

В связи с принятием ФЗ «О концессионных соглашениях», а также, как нами ранее отмечалось, Типовых концессионных соглашений в различных сегментах инфраструктуры в РФ данная форма ГЧП используется наиболее активно. Данные соглашения опережают все другие формы партнерства по объему привлеченных инвестиций, количеству трансакций и другим экономическим показателям. В ФЗ «О концессионных соглашениях» достаточно обстоятельно определены права и обязанности партнеров. Государство как полноправный собственник имущества уполномочивает своего частного партнера выполнять оговоренные соглашением функции качественно и в течение оговоренного срока. Частный предприниматель за предоставленное ему государственное имущество вносит определенную плату, размер которой оговаривается в Соглашениях о концессии. Частный предприниматель вкладывает инвестиции, управляет переданным ему государственным (муниципальным) имуществом, проводит при необходимости модернизацию и обновление основного капитала. Доход частная компания получает из платежей, которые ему предоставляет пользователь продуктом или услугой. Объекты соглашения возвращаются государству (или муниципалитету) по окончании срока действия концессии. Применительно к концессии государство (как и муниципалитет) выступает, прежде всего, органом публичной власти и не только предоставляет партнеру по соглашению часть своих полномочий как собственника, но и делегирует ему часть властных функций (исключительных прав). Делегирование функций публичной власти возможно только на основе государственного акта. Источником исключительности прав, предоставляемых по концессионному соглашению, является статус государства (или муниципалитета) не как собственника, а как органа публичной власти. Исключительный характер прав, которые предоставляет государство (муниципалитет) частному партнеру (концессионеру) состоит в том, что в рамках вида деятельности или территории, не допускается любая аналогичная деятельность третьих лиц, а также государства или муниципального органа власти [13, с. 21–24].

Можно выделить публично-правовые признаки концессионных соглашений:

- фиксирование в них публичных интересов, которые представлены и выражаются государством. В сферу публичных интересов входят такие важные социальные услуги, как коммунальное обслуживание населения, общественно необходимые работы, строительство и содержание объектов экономической и социальной инфраструктуры;

- фиксирование интересов частного партнера, который обязан обеспечивать бесперебойное оказание услуг, их доступность населению, равенство тарифов за одинаковые услуги;

- для защиты публичного интереса в концессионном соглашении могут быть предусмотрены определенные односторонние права государства (муниципалитета) по прекращению данного соглашения.

Различают три организационных типа концессий в инфраструктурных отраслях:

1) концессии на уже действующие объекты инфраструктуры;

2) концессии на строительство или модернизацию объектов инфраструктуры;

3) передача объектов государственной (муниципальной) собственности в управление частной управляющей компании [13].

В рамках данных типов концессий возможно сочетание полномочий собственности между государством и частными концессионерами, а также видов и границ конкретной предпринимательской и инвестиционной деятельности последних (сооружение, эксплуатация, управление и пр.) [14, с. 42 – 43].

Для того, чтобы концессионные соглашения более широко использовались в России, важно принять множество законов, подзаконных актов, нормативных документов. В приоритетном плане необходимы:

- федеральные законы о концессионных предприятиях в отдельных отраслях;

- ведомственные инструкции, правила, регулирующие отдельные стороны концессионного процесса, в частности, типовый договор в рамках конкретных отраслей и даже производств;

- порядок передачи в управление объектов государственной и муниципальной собственности частному бизнесу в рамках концессионного соглашения;

- положения о гарантиях, разделении рисков и о досрочном прекращении концессии [15].

Важно отметить, что совершенствование законодательства не только в рамках концессии, но и

других форм ГЧП должно постепенно встраиваться в общую систему административных законов, регламентирующих механизмы государственного регулирования предпринимательской деятельности РФ.

Особую роль в формировании нормативно-правовой основы различных форм ГЧП играет повышение профессионализма юридической службы любого уровня, глубокое знание не только мирового, но и российского опыта 1920-х годов.

В период нэпа в сферу концессионной деятельности пришли профессионалы – носители знаний, опыта и информации о концессиях царской России. Именно глубокие знания и опыт специалистов позволили адаптировать дореволюционные нормативные акты к новой системе общественных отношений. Это дало возможность достаточно быстро создать многие объекты в строительстве железных дорог, в добыче сырьевых ресурсов, в сфере коммунального хозяйства. В настоящее время профессионалов, обладающих глубокими знаниями о концессиях и других формах ГЧП, очень мало. Следовательно, важно налаживать систему профессионального обучения и переподготовки кадров в структурах вузовского обучения, второго высшего образования и других институтах образовательной сферы.

Важным инструментом активного развития ГЧП в России призваны стать особые экономические зоны (ОЭЗ). С 2005 года правовая основа для формирования ОЭЗ активно формируется. 22 июля 2005 г. принят Федеральный закон № 116 – ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» [15], издан Указ № 855 «О федеральном агентстве по управлению особыми экономическими зонами» (РосОЭЗ). Затем вышло Постановление РФ и были заключены соглашения между Правительством РФ и субъектами РФ о создании на их территории ОЭЗ. В апреле 2006 г. Правительство РФ преобразовало федеральное государственное предприятие «Внешнеэкономическое объединение «Внешнэстроимпорт» в ОАО «Особые экономические зоны» со 100-процентным участием государства. Целью данного преобразования является создание условий для функционирования ОЭЗ и управления указанными объектами.

В целях оптимизации структуры федеральных органов исполнительной власти 5 октября 2009 г. Указом Президента РФ было упразднено Федеральное агентство по управлению ОЭЗ (РосОЭЗ), и

его функции были переданы Министерству экономического развития РФ.

Система управления ОЭЗ в настоящее время сформирована по вертикали, что видно на рис. 1

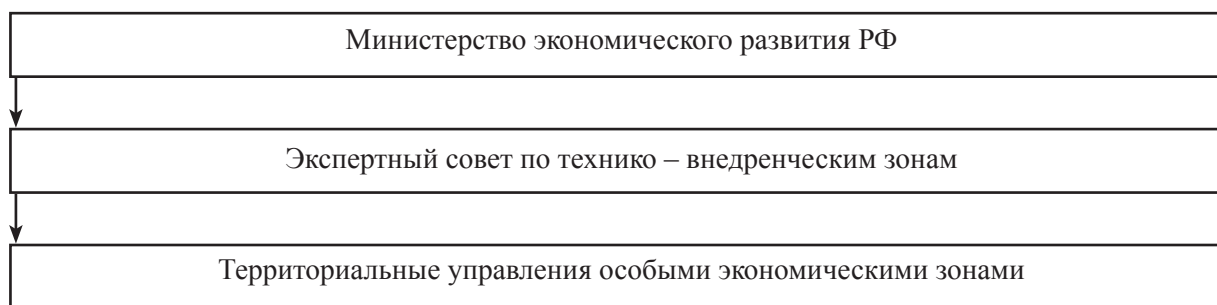


Рис. 1 Структура управления особыми экономическими зонами

Министерство экономического развития имеет представительство во всех ОЭЗ – Территориальное управление ОЭЗ. Оно может не только контролировать строительство объектов инфраструктуры, расходование государственных средств, но и осуществлять мониторинг деятельности частных компаний [17].

Целью Экспертного совета по технико-внедренческим зонам является организация и проведение экспертизы бизнес-планов, предоставляемых лицензий, которые претендуют на получение статуса резидента ОЭЗ.

В состав Экспертного совета входят крупнейшие российские ученые, финансисты, специалисты различных отраслей, экономисты. Данный Совет действует на постоянной основе и является коллегиальным консультативно-экспертным органом Министерства экономического развития РФ. Для проведения экспертных бизнес-планов создаются экспертные группы, которые включают специалистов – хозяйственников в предметной области и экономистов. Формирование нормативно-правовой базы по ОЭЗ обусловило активизацию инвестиционной политики на региональном и муниципальных уровнях. Статус ОЭЗ предполагает преференции резидентам (компаниям – операторам) по следующим направлениям экономической политики:

- налоговые и тактические льготы;
- государственное финансирование инфраструктуры;
- снижения административных барьеров.

Данные инструменты в совокупности делают ОЭЗ привлекательными для бизнеса [17].

Удачной правовой формой ГЧП в РФ можно рассматривать договор аренды с инвестиционными условиями. По договору аренды арендодатель

обязуется предоставлять арендатору имущество за плату во временное владение и пользование или временное пользование [19].

Однако ряд экономистов, например, С.А. Сосна считают, что в экономическом плане аренда не отвечает требованиям инвестиционного проекта. С.А.Сосна считает, что подлинный инвестиционный проект может быть реанимирован только в форме концессии с предоставлением концессионеру индивидуальных рентных, налоговых, валютных режимов [20].

На наш взгляд, с таким утверждением трудно согласиться. В зарубежных странах договор аренды является одним из основных форм осуществления ГЧП на региональном и местном уровнях.

В российских регионах договор аренды используется, и имеет место даже принятие регионального законодательства. Например, Закон Республики Алтай от 05 марта 2008 г. – 15 – РЗ «Об основах государственного – частного партнерства в республике Алтай» [21].

В мировой практике сложились две схемы ГЧП, отличающиеся по формам и методам, по составу институциональных изменений. Первая схема типична для развитых стран и представляет собой структурное изменение ранее сложившийся в экономике институциональной среды в целях адаптации к изменениям условий хозяйственной деятельности государства. При этом внедрение новых принципов в уже работающие институты происходит по двум направлениям. Первое направление осуществляется в рамках существующей экономической политики государственного регулирования. Это опыт Великобритании, Новой Зеландии, Аргентины. Второе направление касается изменения и совершенствования

вания существующих механизмов государственного регулирования экономики. Это опыт США, Канады, Японии и многих стран ЕС. При этом каждая страна, развивающая ГЧП в рамках данной схемы, использует свои методики, соответствующие уровню развития в этих странах рыночных отношений и национальным традициям.

Вторая схема развивается в странах Восточной Европы, а также в государствах постсоветского периода и ряде развивающихся стран. Принципиальное различие этих стран состоит в формировании новой нормативно-правовой базы ГЧП. Это сопровождается созданием институтов, которые соответствуют рыночной экономике и новой роли государства в хозяйственном процессе [22].

Россия развивается в настоящее время в сфере ГЧП именно по второй схеме.

Экономические и правовые отношения государства и частного бизнеса в различных странах отличаются под влиянием таких факторов:

- особенности конституционного строя;
- специфика институциональной среды;
- особенности политического режима.

Так, в ряде стран ГЧП используется в отношениях крупных проектов в масштабе страны, в дру-

гих странах – в отношении локальных проектов. Например, в Великобритании ГЧП используется для реализации крупных концессионных проектов, в США и Испании – ГЧП распространено на муниципальном уровне [23].

Для России важно использовать опыт Европейского Союза в области законодательного регулирования ГЧП.

Можно выделить ряд таких регламентирующих положений в сфере ГЧП:

- Директива о координации процедур принятия судебных решений по контрактам на выполнение государственного заказа, снабжения и предоставление государственных услуг (от 31.03.2004 г.).
- Документ по концессиям (от 29.04.2000 г.).
- Руководство по эффективному управлению ГЧП (март 2003 г.).
- «Зеленая книга» по ГЧП и общественный закон о контрактах с государством и концессиях (апрель 2004 г.).
- Директива по вопросам контрактов с государством (март 2004 г.) [24].

В странах Европейского Союза отношения ГЧП развиваются наиболее стабильно. Это (рис. 2).



Рис. 2. Доля стран в общем объеме финансирования партнерства государственного и частного сектора ЕС, % [17].

На основе анализа опыта использования ГЧП в развитых странах можно отметить, что активность частного сектора экономики проявляется в первую очередь там, где партнерские отношения формируются на базе комплексной нормативно-правовой базы и политической поддержки государственных и муниципальных структур. При отсутствии такой базы и опыта практической работы в настоящее время именно в России отмечается активное развитие инвестирования в развитие инфраструктуры. На уровне Федерации приоритетным направлением является развитие транспортного комплекса, на уровне субъектов РФ – сектор жилищно-коммунальных услуг.

Российские ученые В.Г. Варнавский, В.А. Кабашкин, А.В. Баженов, А.М. Воротников, А.В. Клименков, В.А. Королев [14,17,18] выделяют ряд общих факторов успешной реализации инвестиционных проектов в рамках ГЧП независимо от сложившихся форм партнерства бизнеса и власти:

- прежде всего – это четкая нормативно-правовая система и наличие развернутой подзаконной базы для реализации проектов;
- реальная поддержка (политическая и финансовая) проектов ГЧП государством или муниципальными институтами;
- прозрачность процедур реализации инвестиционного проекта;
- единое понимание целей проекта государственными и частными партнерами;
- непосредственное активное участие государственных и муниципальных органов власти в осуществлении реализации проекта и разделении рисков;
- заключение соглашений (контрактов, договоров) по результатам открытого прозрачного конкурса.

В заключение важно отметить, что в числе главных барьеров на пути развития ГЧП в России можно выделить:

- несовершенство законодательной базы;
- отсутствие равноправия сторон;
- слабость разделения рисков между государством и бизнесом;
- низкий уровень квалификации государственных и муниципальных служащих.

В этой связи для улучшения ситуации в развитии ГЧП в России необходимо в приоритетном плане усовершенствовать концессионное законода-

тельство и устранить бюджетные ограничения по финансовым схемам ГЧП. Не менее важно сформировать адекватную систему управления, создав новую организационную структуру в органах исполнительной власти, ответственную за развитие ГЧП.

Литература

1. Программа социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу (2006 – 2008 гг.) Распоряжение Правительства РФ № 38 - р от 19.01.2006.
2. Частно-государственное партнерство при реализации стратегических планов: практика и рекомендации. СПб., 2005//www.csr.ru.
3. Вилисов М.В. Государственно-частное партнерство: политико- правовой аспект // Власть. 2006. № 7.
4. Report to Congress on Public-Private Partnerships. Wash, 2004.
5. Public private Partnerships – the Government's Approach. L., 2000.
6. Closing the Infrastructure Gap: The Role of Public-Private Partnerships. NV., 2006.
7. СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18.
8. СЗ РФ. 2005. № 30 (Ч. II). Ст. 3126.
9. СЗ РФ. 2005. № 3 (Ч. II). Ст. 3127.
10. СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.
11. Гражданский кодекс РФ: СЗ РФ 1994. № 32. Ст. 3301; 1996. № 5. Ст. 410; 2001. № 49. Ст. 4552. Бюджетный кодекс РФ: СЗ РФ. 1998. № 38. Ст. 3823. Земельный кодекс РФ: СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.
12. Постановление Правительства РФ от 05.12.2006 г. № 745 «Типовое концессионное соглашение в отношении морских и речных портов, гидротехнических сооружений портов, объектов производственной и инженерной инфраструктуры портов»; Постановление Правительства РФ от 05.12.2006 г. № 747 «Типовое концессионное соглашение в отношении гидротехнических сооружений» // Правовая система – «Консультант Плюс».
13. Белицкая А.В. Правовое регулирование государственно-частного партнерства: Монография. М., 2012.
14. Кабашкин В.А. Государственно-частное партнерство в регионах Российской Федерации. М., 2010, 12.
15. Варнавский В.Г. Концептуальные экономические и правовые основы концессионной деятельности // <http://www.irex.ru/press/pub/polemika/13/var/>.

16. Федеральный закон от 22 июля 2005 г. № 116 – ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч II). Ст. 3127.
17. Государственно-частное партнерство. Теория и практика: Учебное пособие. Баженов А.В., Варнавский В.Г., Воротников А.М., Клименко А.В., Королев В.А. М., 2010.
18. Сильвестров С. Партнерство государства и частного сектора // Экономика России. XXI век. 2005. № 18.
19. Гражданский кодекс РФ. Ст. 606.
20. Сосна С.А. Концессионное соглашение – новые вид договора в российском праве. 2003. № 2.
21. Закон Республики Алтай от 5 марта 2008 г. № 15 – РЗ «Об основах государственно-частного партнерства в Республике Алтай» // Сборник законодательства Республики Алтай. 2008. № 47. Ст. 6, С. 34.
22. Матвеев Д.Б. Государственно-частное партнерство: зарубежный и российский опыт. СПб., 2007.
23. Лихачев В., Азонов М. Практический анализ современных механизмов государственно-частного партнерства в зарубежных странах, или Как реализовать ГЧП в России // Финансы. Экономика. Безопасность. 2005. № 1 (6).
24. Практическое руководство по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства // Европейская экономическая комиссия. Нью-Йорк; Женева: ООН, 2008.

ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННОГО И АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА

УДК 342.5

Баранов П.П.

ВЛИЯНИЕ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ НА ЛЕГИТИМНОСТЬ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

В статье анализируются проблемы легитимизации государственной власти в современной России в контексте особенностей ее юридической и политической природы. Автор исследует потенциал конституционно-правовых легитимационных ресурсов власти и формулирует ряд предложений по совершенствованию конституционно-правового регулирования в Российской Федерации.

The paper analyzes the problems of legitimacy of state power in Russia today, in the context of the features of its legal and political nature. The author explores the potential of constitutional and legal legitimation of power resources and formulated a number of proposals to improve the constitutional and legal regulation in the Russian Federation.

Ключевые слова: выборы; государственная власть; государство; гражданин; конституционализм; конституция; конституционное (государственное) право; конституционное законодательство; конституционно-правовое регулирование; легитимность; парламент; правительство; президент; суд.

Keywords: elections, the state power, the state, the citizen; constitutionalism, constitution, constitutional (state) law, constitutional law, constitutional and legal regulation, legitimacy, Parliament, Government, President, Court.

На сегодняшний день термин «легитимность» получил широкое распространение в рамках политической, социологической и юридической науки, приобретя значения одной из основополагающих сущностных характеристик государственной власти. В целом, возникновение термина «легитимность» связывают с XIX в. во Франции, когда данный термин использовался для характеристики государственной власти как «власти законной» в противовес власти Наполеона, которая признавалась властью незаконной и узурпированной. Это стало отправной точкой для использования термина «легитимность» в его узком значении, т.е. легитимная власть основывалась на формировании ее «на основе закона и с учетом общественного волеизъявления». Общественное волеизъявление в данном случае являлось основополагающей характеристикой понятия легитимности, что исключало легитимность власти, хоть и основанной на законе, но в

ситуации, когда сам закон таковым не являлся, т.е. не получал необходимой поддержки в общественном правосознании. На этом и основано разграничение терминов «легитимность» (фр. *legitimite*) и «законность» (фр. *legalite*).

Как отмечают некоторые исследователи, сегодня термин «легитимация» не связан напрямую с законностью, хотя законность и признается одним из сопутствующих ей компонентов. Поэтому следует различать понятия «легитимность» и «легальность» власти. Однако легитимность государственной власти является больше «социальной, политической категорией, основанной на эмоциях, оценке и внутренних установках общества». Легальность государственной власти представляет собой юридическую категорию – регламентированную законодательством деятельность публичной власти и ее законное установление.

Таким образом, по прошествии определенного времени понятие легитимности власти перестало связываться исключительно с формальными признаками, касающимися непосредственно момента ее возникновения, и приобрело гораздо более широкий и разносторонний характер. В частности, легитимность власти стала связываться не только с юридическими процедурами и условиями ее приобретения, но и тем, какое место данная власть занимает в общественном правосознании. Речь идет о том, насколько человек, который вынужден находиться в подчинении тех или иных сил, чувствует себя обязанным подчиняться. Насколько в правосознании человека деятельность политической власти отвечает его собственным чаяниям и стремлениям. В конечном итоге речь может идти и о том, насколько в правосознании человека институты государственной власти являются неотъемлемыми и необходимыми. Термин «легитимность» также может быть связан с понятием веры в существующую власть, основанной как на условиях возникновения самой власти, так и на степени ее положительного влияния на жизнедеятельность человека в обществе.

Из вышесказанного можно сделать вывод о том, что власть, момент возникновения которой основан на четких и прозрачных юридических процедурах, не всегда может получать свое признание в общественном правосознании. С другой стороны, власть, пусть и являющаяся результатом «противозаконных» и «антидемократических» процедур, может в конечном итоге получить одобрение в общественном правосознании непосредственно по результатам ее положительного влияния на жизнь людей.

Известно, что одним из первых, кто внес серьезный вклад в теоретическую разработку термина «легитимность» был немецкий историк и социолог Макс Вебер. В соответствии с разработанной им теорией понятие «легитимность» характеризуют два основополагающих признака. С одной стороны, это – признание власти, реализуемой конкретными государственными институтами, а с другой – обязанность индивидов ей подчиняться. Определяющая характеристика легитимности заключается в фиксации представления о власти в человеческом сознании. Ученый уделял основное внимание трем основным типам легитимности [1, с. 645].

Традиционная легитимность, т.е. базирующаяся на традиционных ценностях и представлениях

о сущности государственной власти, например, монархическая власть. Харизматическая легитимность, основанная на харизме, которой обладает лидер или, например, вождь нации. Харизматическая власть базируется на личной преданности вождю или «герою-спасителю» людей, убежденных в их исключительности или необыкновенном даре управления. Рациональная легитимность, которая основана на демократическом и открытом устройстве и «прозрачных» процедурах государственной власти. Как правило, рациональная легитимность вытекает из такой организации государства, в котором строго соблюдаются и охраняются права человека, соблюдаются общие правовые демократические принципы управления и должным образом охраняется правопорядок в целом.

Не вызывает сомнений, что в самостоятельном виде ни один из указанных типов легитимности не существует. Речь обычно идет об определенном сочетании различных типов и их вариаций. Каждому государству на соответствующем этапе его развития соответствует то или иное сочетание типов легитимности.

Надо сказать, что рассмотрение понятия «легитимность» в таком широком значении, естественно, наводит на мысль, что речь идет о некоей теоретической абстракции или несколько искусственной политико-юридической конструкции. Легитимность же власти, коль скоро ее не следует увязывать исключительно с юридическими процедурами, – это явление достаточно динамичное и подверженное естественным изменениям. Вместе с тем, учитывая разнородный по многочисленным основаниям состав любого государства, не может существовать в принципе такой власти, которая «угодил» бы абсолютно всем. Всегда найдутся люди, которые останутся недовольны как самими процедурами формирования власти, так и их непосредственной реализацией на том или ином уровне. Что же касается самих результатов деятельности власти, то уровень ее одобрения у преуспевающей политической и экономической элиты, как правило, будет выше, чем, например, у среднего класса. В этой связи стоит обратить внимание на следующие обстоятельства, характеризующие степень легитимности политической власти.

Во-первых, это само отношение к институту государственной власти, которое предполагает изучение вопроса о сущности и происхождении госу-

дарства, права и государственной власти в целом. Не для кого ни секрет, что существует огромное количество теорий происхождения государства и государственной власти, от мифологических и религиозных концепций до материалистических, органических, естественно-правовых и волюнтаристских. И далеко не каждая концепция происхождения государства свидетельствует о естественности и постоянной необходимости государственной власти. Нередко государство и государственная власть рассматриваются и как явления «временные», искусственно созданные.

Во-вторых, легитимность государственной власти может определяться отношением населения к механизмам формирования данной власти. Всегда найдутся как сторонники монархии и передачи власти по наследству, так и последователи либеральных и демократических процедур.

В-третьих, легитимность государственной власти может определяться тем, как именно соблюдались законные юридические процедуры в процессе ее формирования. Уровень соблюдения формальных условий формирования властных институтов касается формирования власти как на основе современных «демократических» процедур, так и иных способов ее формирования. Отечественная история знает немало примеров, когда «недовольство» населения было связано не с самим институтом самодержавия, а с «неправильным» выбором наследника, который выражался общей формулой – «царь не настоящий».

В-четвертых, в общественном правосознании уровень легитимности, например, федеральной и местной власти может быть не одинаков. Речь идет о том, что, в целом поддерживая политику государства и принимая и соглашаясь с принципами формирования власти на федеральном уровне и непосредственно реализацией всего комплекса процедур, закрепленных в законе, человек может не принимать аналогичные органы власти на уровне местном, исходя как из всех вышеперечисленных оснований, так и ее слабой эффективности.

Таким образом, политический режим в целом может оставаться легитимным и при откровенно выраженном недоверии к отдельным институтам или руководителям государства. Если личность президента непопулярна, то это не обязательно означает недоверие к институту президентства в целом.

Надо сказать, что на сегодняшний день существует очень большое количество исследований, посвященных изучению феномена легитимности и так называемых уровней легитимности. Под идеологическим уровнем понимают признание власти в силу внутренней убежденности или веры в правильность тех идеологических ценностей, которые провозглашены властью. Структурный уровень вытекает из убеждения в законности и ценности установленных структур и норм, регулирующих политические отношения. Что же касается персонального уровня, то под ним понимают признание власти, основанной на вере масс в особые способности политического лидера или вождя.

Надо сказать, что современное понимание легитимности в большей степени связывается именно с ее рациональным пониманием. В конечном итоге возможно выделение четырех основных ее разновидностей, которые базируются на основных системах государственного устройства современного мира. Ведь нельзя не согласиться с утверждением о том, что «основная направленность, связанная с внешним признанием государственной власти, проистекает из характера политического режима, устанавливающегося в государстве» [2, с. 246]. В этой связи обычно выделяют «плюралистические демократии», которые рассматриваются большинством граждан как легитимные; авторитарно-бюрократические режимы, где основные права и свободы соблюдаются фрагментарно, однако определенный уровень легитимности все же присутствует; тоталитарные режимы, на уровне общественного сознания не поддерживаемые большинством граждан; режимы, в которых проблема легитимности власти по утверждению ученых отсутствует в правосознании людей, т.е. не существует ни признания, ни неприятия власти как таковой. Последний случай рассматривается, как правило, применительно к беднейшим странам Азии и Африки.

Попробуем ответить на вопрос о том, к какой из четырех вышеназванных разновидностей легитимности можно отнести существующую на сегодняшний день легитимность государственной власти в России. Большинство граждан России, как показывают социологические опросы, поддерживает государственную власть, и поэтому существующая легитимность ближе к «плюралистической демократии». Но в то же время в современной России проявляются

многие признаки «авторитарно-бюрократического режима». В этих условиях, на наш взгляд, задача отечественной науки конституционного права состоит в выработке конкретных предложений по совершенствованию конституционно-правового регулирования с целью преодоления существующих кризисных явлений. В этой связи приходится только сожалеть, что стали появляться научные статьи, в которых содержатся только крайне резкие политизированные выводы о полной имитации конституционного строя в России и совершенно отсутствуют предложения по совершенствованию политической системы общества [3, с. 2–8].

Что же касается вопроса об источниках легитимности власти, то к ним, как правило, относят целый комплекс различных условий и предпосылок объективного и субъективного характера, которые тем или иным способом влияют на признание власти той или иной частью населения. Особого внимания в этой связи заслуживают идеологические установки граждан, касающиеся справедливо-го характера власти. Также внимания заслуживает степень «привязанности» граждан к основным механизмам государственной власти, которые ассоциируются с наиболее правильными и эффективными. Необходимо, кроме того, учитывать и степень «преданности» конкретному лидеру, которая предопределяется личностными характеристиками главы государственной власти. Нередки также случаи, когда в основу легитимности власти кладется рациональный расчет. На степень легитимности власти в современном мире также значительное влияние оказывает качественная и профессиональная воспитательная работа, проводимая силами политической и экономической элиты.

Однако, обсуждая сущностные характеристики легитимности, следует помнить о том, что многие исследователи говорят о необходимости проведения различия между пониманием легитимности власти и степенью доверия к ней со стороны населения. С одной стороны, данная проблема выглядит достаточно прозрачной. В случае обсуждения термина «легитимность» речь идет об институте формирования власти, его основах, специальных процедурах и их соблюдении. Если указанные признаки как формального, так и идейно-идеологического характера соблюдены, власть – легитимна. Оценка уровня доверия населения к власти определяется не только вышеуказанными критериями, но и тем, на-

сколько власть эффективна. Таким образом, можно говорить о том, что степень доверия к власти определяется в том числе и уровнем ее легитимности, а сам термин «доверие» является более общим по отношению к термину «легитимность». Однако такой ясной ситуация кажется только на первый взгляд.

Даже власть, сформированная вполне законным и «легитимным» способом, может оказаться и очень часто оказывается в ситуации, когда неэффективность функционирования основных властных институтов вновь ставит на повестку дня вопрос о ее легитимности. Почему же так происходит? Ответ, на наш взгляд, нужно искать в особенности общественного правосознания. Если власть, которая по формальным признакам является легитимной (не «законной», а именно «легитимной»), не удовлетворяет население государства как сила, призванная обеспечить достойный уровень проживания и решения соответствующих проблем, в общественном правосознании такая ситуация воспринимается как обман, и в частности, «обман ожиданий». Значит, люди, которые пришли к власти путем «обмана», пришли к власти незаконно и не имеют права во власти находиться. Именно этим объясняется тот факт, что, несмотря на формальное соблюдение всех процедур «легитимности», власть в общественном правосознании таковой не является. Нельзя также забывать и о ситуациях отсутствия реальной политической конкуренции или же возможности реального политического выбора вообще. В случаях, когда люди, участвующие в реальных демократических процедурах по осуществлению выборов, вынуждены голосовать по принципу «чтобы не было хуже» или, «главное, чтобы против, а за кого не имеет значения», легитимность власти также ставится под серьезный вопрос.

На сегодняшний день легитимность политической власти – это характеристика весьма оценочная и очень многоуровневая. Являясь индикатором отношения к власти в том или ином обществе и государстве, она выступает и как показатель эффективности деятельности самой власти в общественном правосознании, не являясь величиной абсолютной. Принимая во внимание весь широкий спектр вопросов, который приходится учитывать, исследуя уровень легитимности, можно сказать, что в целом она является производной от двух основных характеристик власти – процедур ее формирования и степени ее эффективности. Таким образом, в политико-

правовом значении в современной России под легитимностью, на наш взгляд, следует понимать положительное отношение населения страны к действующим институтам государственной власти и признание их «законными» в общественном правосознании. Речь идет о совершенно добровольном и объективно предопределенном признании народом «права власти на власть».

С понятием легитимности тесно связаны проблемы делегитимации государственной власти, которые особенно актуальные для современной России. Как отмечают многие исследователи, основные предпосылки делегитимации современной российской власти имеют идейно-идеологические подтексты. Суть данных процессов состоит в нарушении того устойчивого состояния, которое традиционно характеризовало отношения нашего государства и власти. Как показывает практика, на сегодняшний день властвующая элита и связанные с ней немногочисленные социальные группы все больше замыкаются в себе и могут потерять поддержку населения. В результате иногда наблюдается разрыв между идеями демократии и социально-политической практикой, склоняющейся все больше к авторитарному стилю управления. В качестве еще одной фундаментальной причины делегитимации современной российской власти называют также «подрыв национальной безопасности», в частности, в ее идейно-гуманитарном значении. Речь традиционно идет о том, что когда-то единое духовное и идеологическое пространство сегодня часто «разрывается» по национально-конфессиональному принципу. Как следствие ослабляется не только легитимность государственной власти, но и крепнут тенденции, направленные на подрыв целостности нашего государства, стремление некоторых частей единого государства к сепаратному вхождению в «европейский дом», «тихоокеанский дом» и т.п.

В качестве обстоятельств, способствующих обострению проблемы делегитимации современной власти, выступают и все возрастающая бюрократизация и коррумпированность чиновников, а также криминализация общества в целом. В нашей стране еще слабо развиты институты гражданского общества и практически отсутствует так называемый контроль «снизу», что усугубляется затянувшейся реформой политической системы. Вместе с тем по-прежнему остается актуальной проблема «честности» проводимых выборов, т.к. именно

этот принцип является основополагающим фундаментом традиционного понимания легитимизации действующей власти. Надо сказать, что современная российская власть, наконец, целиком осознав огромную актуальность обозначенной проблемы, предприняла действительно реальные меры для того, чтобы последние выборы Президента РФ выглядели наиболее открыто и демократично.

Последние федеральные выборы показали, что современное российское общество активно нуждается в реальной политической конкуренции. Речь идет о существующей практике «выборов без выборов», которая, по сути, является органически сросшимся с нашей избирательной системой избирательным плебисцитом.

Рассматривая категорию «легитимность» как комплексное понятие и не ограничиваясь лишь моментом появления власти как ее единственной характеристики, профессор Д.Ю. Шапсугов выделяет четыре основных элемента, обеспечивающих легитимность государственной власти: установление и осуществление власти народом через референдумы, путем выборов депутатов и т.д.; систему согласованных и распределяемых в обществе и в государстве властей; правовые способы регулирования социальных конфликтов; постоянное проведение социологических исследований, опросов общественного мнения, результаты которых обязательно учитываются в процессе осуществления власти [4, с. 110]. Речь, таким образом, идет о том, что даже уже сформировавшаяся власть в процессе своей жизнедеятельности должна постоянно сдавать экзамен на «легитимность».

На наш взгляд, в механизме, обеспечивающем легитимность государственной власти, следует выделить и пятый элемент, который можно было бы назвать «постоянной и незыблемой законопослушностью» самой государственной власти, который состоит в том, что сама государственная власть никогда не должна ни нарушать законы, ни демонстрировать пренебрежительное к ним отношение.

Во многом эта проблема «законопослушности государственной власти» связана с тем, что атрибутом современной государственной власти объективно становится уже не само право властвовать и повелевать, а обязанность умело организовать и осуществлять управленческие мероприятия в обществе. Как здесь не вспомнить основоположника теории солидаризма Леона Дюги, который отме-

чал, что конституционные законы обязательны для государства потому, что их целью является дать государству общую организацию успешного функционирования системы управления в обществе при безусловной ответственности государства за неправильные действия чиновников, совершенные от его имени [5, с. 178–180].

Однако, как показывает современная российская практика, органы государственной власти нередко показывают примеры «неуважительного» отношения к существующим законам. Например, Правительство Российской Федерации своим Постановлением № 1025 от 8 октября 2012 года изменило регламент своей работы, и его сотрудники получило право готовить нормативные акты для реализации федеральных законов, которые были приняты Государственной Думой во втором чтении, но не прошли еще оставшихся процедур (третье чтение, одобрение Советом Федерации, подписание Президентом РФ). О чем это может говорить? Это говорит только о том, что исполнительная власть отводит парламенту роль простого статиста и органа, бездумно штампующего и «регистрирующего» законы, устраивающие исполнительную власть.

Другим примером «незаконопослушного» поведения органов государственной власти, которое, конечно же, отрицательно влияет на их легитимность, является неисполнение этими органами решений Конституционного Суда Российской Федерации. Из обнародованной на сайте Министерства юстиции РФ информации видно, что к июню 2012 года из 121 принятых за 20 лет решений Конституционного Суда РФ, законодателем выполнено лишь 70, а 51 решение не выполнено. В опубликованном 17 июля 2012 года докладе секретариата Конституционного Суда указывается, что «в регламентах Совета Федерации и Государственной Думы не предусмотрены специальные процедуры, гарантирующие своевременное рассмотрение законопроектов, направленных на исполнение решений Конституционного Суда» [6].

Такая ситуация приводит к переносам рассмотрения соответствующих законопроектов. Например, из-за переноса законопроект, направленный на защиту избирательных прав граждан, который должен был быть рассмотрен Государственной Думой еще в период весенней сессии 2011 года так, до сих пор, еще не принят. Неисполнение решений Конституционного Суда Правительством Российской

Федерации во многом связано с тем, что Аппарат Правительства Российской Федерации постоянно продливает и переносит сроки исполнения решений Конституционного Суда по «просьбам» тех министерств и ведомств, которым поручены разработка проектов соответствующих нормативно-правовых актов [6].

Нормы конституционного права оказывают самое серьезное влияние на всю систему общественных отношений, возникающих в сфере легитимности государственной власти. Существующее конституционно-правовое регулирование различных сторон и аспектов легитимности современной российской власти, формирующих у населения нашей страны положительное отношение ко всем действующим институтам власти, – это многоплановое и системное воздействие конституционно-правовых норм на:

- 1) совершенствование экономической основы гражданского общества, основанной на эффективном товарном производстве и рыночной экономике, реальной экономической свободе и самостоятельности граждан;

- 2) реализацию положения о Российской Федерации как социальном государстве, политика которого нацелена на создание условий для достойной жизни людей и их свободного развития;

- 3) осуществление закрепленных демократических принципов функционирования политической системы, включающей гарантирование идеологического, политического многообразия и плюрализма, позволяющих гражданам России в рамках закона участвовать в политическом процессе лично или через независимые политические движения и объединения;

- 4) совершенствование порядка формирования и функционирования системы президентской власти, законодательных, исполнительных и судебных органов власти, основанной на принципе народного суверенитета;

- 5) осуществление народовластия через действительный механизм непосредственной и представительной демократии в Российской Федерации;

- 6) реализацию принципа разделения властей и обеспечение системы сдержек и противовесов между различными ветвями власти, исключаящей произвол любой из них;

7) функционирование механизма юридической ответственности всех органов государственной власти и должностных лиц;

8) серьезные демократические преобразования политической системы, которые связаны с повышением роли партий и общественных движений, средств массовой информации в жизни государства, развитие политического многообразия, привлечение граждан к участию в политической жизни и общественном управлении;

9) закрепление реальных конституционно-правовых механизмов решения коллизий, возникающих в сфере отношений государства и институтов гражданского общества, установление контроля институтов гражданского общества за деятельностью государственных органов и должностных лиц;

Никто не желает политической нестабильности начала 90-х, однако наличие незыблемой и воздвигаемой в ранг традиционной и неприкасаемой одной политической силы в условиях отсутствия даже формальной политической конкуренции служит благодатной почвой для эскалации политического нигилизма у одной части населения и резкого возрастания политической непримиримости, не всегда идеологически обоснованной, у другой. Надо сказать, что современная российская власть осознает эту проблему и предпринимает определенные шаги для ее решения. Однако ситуация, когда, с одной стороны, облегчается порядок регистрации политических объединений, а с другой – существенно сужаются рамки реализации права на свободу мирных собраний, выглядит достаточно противоречивой.

При этом случаи, когда политическому объединению могут отказать как в регистрации, так и в праве участия в избирательном процессе, остаются излишне формализованными. В этой связи нельзя не вспомнить о том, что норма о допустимых пяти процентах брака в представленных подписных листах в соответствии с Федеральным законом «О выборах Президента Российской Федерации» при внешней целесообразности может использоваться и как способ противодействия реальной политической конкуренции, тем более, что последующее обжалование данного решения в ходе судебного разбирательства не всегда будет иметь реальное значение ввиду упущенного времени. Для сравнения можно сказать, что Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права

на участие в референдуме граждан Российской Федерации» устанавливает цифру в десять процентов, правда, указывая на то, что она может уточняться в соответствующих законах. В этой связи, на наш взгляд, необходимо поддержать высказываемую идею о введении специального судебного института для оперативного решения «вопросов», возникающих в ходе предвыборных процедур и непосредственно выборов.

Отдельно необходимо регламентировать часто обсуждаемую ситуацию с партийными списками, когда часть заявленных кандидатов используется в качестве так называемых «паровозов», что в конечном итоге приводит не только к депрофессионализации законодательных органов власти, но и их криминализации в случаях передачи соответствующих мандатов. Необходимо обратить внимание на то, как много среди народных избранников спортсменов и представителей различных «творческих» профессий. При этом данная ситуация наблюдается, как правило, на федеральном уровне в отличие, например, от уровня субъектов Российской Федерации, что также наталкивает на определенные размышления.

Нельзя не отметить тот факт, что, по мнению части исследователей, требования федерального законодательства, предъявляемые к избирательным комиссиям не позволяют говорить об этих органах как беспристрастных и независимых [7, с. 4], что существенно усугубляет восприятие гражданами процедурно-правового аспекта легитимации государственной власти. В этой связи предлагается сделать процесс формирования избирательных комиссий более публичным и открытым, одновременно существенно уменьшив количество государственных и муниципальных служащих в их составе. Можно было бы включить в избирательные комиссии всех уровней представителей партий, имеющих электоральную поддержку, например, не менее 3% населения.

Кроме того, нельзя не вспомнить и о существующем противоречии между демократически закрепленными способами выборов и их, уже ставшим традиционным, «административно-мобилизационным» содержанием и использованием административно-аппаратного ресурса власти для влияния на конечный результат. В этой связи следовало бы, на наш взгляд, ввести реальную уголовную ответственность за «административное

вмешательство» в процесс свободного волеизъявления граждан Российской Федерации на любом этапе избирательного процесса. Также необходимо законодательно закрепить положение об освобождении от должности по представлению избирательных комиссий тех руководителей, которые злоупотребляют пресловутым «административным ресурсом».

По нашему мнению, следовало бы максимально ограничить введение различных барьеров для различных блоков и объединений политических партий, отменить большую часть дискриминационных фильтров для объединений политического характера, ввести практику проведения обязательных и полноценных предвыборных теледебатов, увеличить срок агитационного периода избирательных компаний до двух месяцев.

Таким образом, основные изменения Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» могли бы способствовать большей открытости избирательных процедур, а также увеличению вовлеченности рядовых граждан в механизмы контроля за ходом выборов. Последние выборы Президента РФ, на наш взгляд, наглядно показали, что введение технической возможности наблюдать за ходом выборов на избирательных участках посредством «всемирной сети», хоть и выступает определенным шагом на пути увеличения открытости выборов, однако является скорее «полумерой» и не дает необходимого эффекта значительного увеличения легитимности избираемой власти.

Указанные обстоятельства призваны ускорить реформы российского законодательства в рамках не только избирательного права и избирательной системы, но и легитимизации политической системы общества в целом. Протестные настроения последнего времени настойчиво показывают существенную нехватку легитимности решений, принимаемых органами власти различных уровней, что оказывает негативное влияние на состояние правовой и политической культуры российских граждан. При этом необходимо учитывать, что создание реальной политической конкуренции в стране с вековыми традициями единовластия и единоначалия (включая и семьдесят лет коммунистического режима) – это процесс, рассчитанный на долгую перспективу.

Последние события в среде современного «протестного» движения наглядно демонстрируют, что о создании реальной политической оппозиционной силы, способной на равных «соревноваться» с партией власти, говорить не приходится. Однако необходимость на уровне законодательного регулирования обеспечить создание открытых, прозрачных и, что особенно важно, легитимных процедур развития институтов народовластия путем реализации своих избирательных прав не должна вызывать никаких сомнений.

В этой связи следовало бы как можно быстрее вернуться к механизмам формирования Государственной Думы на основе смешанной избирательной системы, включающей в себя как пропорциональные, так и мажоритарные элементы. Кроме того, не потерял актуальности и вопрос о порядке формирования Совета Федерации. Президент Российской Федерации В.В. Путин 4 декабря 2012 года подписал Федеральный закон «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации», согласно которому теперь каждый кандидат в губернаторы должен будет выдвинуть три кандидата в сенаторы, из которых он в случае победы выберет своего представителя в Совет Федерации. Второй «сенатор» от субъекта Федерации теперь будет делегироваться в Совет Федерации региональным парламентом только из числа своих депутатов.

Необходимо отметить, что порядок формирования Совета Федерации многократно изменялся. Действовавший закон о порядке формирования Совета Федерации показал свою несостоятельность по причине того, что создавал только иллюзию выборности сенаторов. Представляется, что новый закон должен создать механизм, позволяющий во многом учитывать реальное волеизъявление граждан.

Что же касается института выборов глав субъектов Российской Федерации, то, учитывая благоприятные последствия его возвращения, нельзя забывать и о тех причинах, по которым он был упразднен. В этой связи также актуальной остается проблема законодательного закрепления ответственности выборного лица перед избирателями и укрепления принципов политической состязательности в избирательном процессе на местном уровне. Нельзя не учитывать и существующую проблему выбора глав муниципальных образований [8, с. 29].

Анализируя проблему референдума в Российской Федерации, следует отметить, что на уровне субъектов Российской Федерации референдум используется крайне редко, гораздо реже, чем возникают соответствующие поводы. На уровне местного самоуправления институт референдума все чаще заменяется «выявлением мнения», итог которого, как правило, предreshен. Что же касается федерального уровня, то тут институт референдума не используется вообще. Речь, конечно, не идет о том, чтобы институты непосредственно демократии применялись изо дня в день, но и доводить до такой ситуации, когда население просто начинает о них забывать, также нельзя.

В контексте разработки механизмов легитимизации существующей власти представляется, что судебную власть следует также сделать более независимой и самостоятельной от исполнительной власти, а процедуры формирования членов судебного корпуса необходимо сделать более открытыми, публичными и независимыми. Представляется, что этой важной задаче не будет способствовать введенное в 2012 году положение о том, что председатели судов общей юрисдикции теперь будут оставаться на своих постах без ограничения по возрасту и срокам нахождения в должностях.

Следует отметить, что в качестве одной из причин кризиса легитимности современной власти выступает слабая развитость институтов гражданского общества. Не для кого ни секрет, что категория «гражданское общество» на сегодняшний день является одной из самых «загадочных» в современной России. Исследователи отмечают, что при создании нового Основного Закона, как правило, борются две основные тенденции: сделать Конституцию Основным Законом государства или же основным законом общества. В 90-е годы в России победила первая тенденция, в результате чего места для гражданского общества в Конституции почти не нашлось, и, возможно, по этой причине в современной России гражданское общество все еще находится в затянувшейся стадии формирования. А ведь именно гражданское общество и его институты являются одним из средств легитимации государственной власти. В этой связи представляется необходимым внести соответствующие изменения в текст Конституции Российской Федерации, а также разработать и принять специальный федеральный

конституционный закон «О гражданском обществе в Российской Федерации».

Многие исследователи также указывают на проблему легитимности самого текста Основного Закона страны. В этой связи указывается, что «в конституционном праве легитимность демократической конституции производна от метода принятия Основного Закона и именуется процедурной (или формальной) легитимностью». Однако нельзя забывать и о феномене эмпирической конституционной легитимности, которую связывают с верой в «значимость порядка». Таким образом, процедурная легитимность конституции является правовой предпосылкой последующей эмпирической легитимности конституции. Учитывая то обстоятельство, что государственная идеология выступает как один из способов легитимации государственной власти даже в ее рационально-демократическом понимании, ряд авторов считает противоречащим здравому смыслу тот факт, что в ч.2 ст.13 Конституции РФ закреплено положение о том, что никакая идеология не может устанавливаться в качестве государственной, тем более, что это не совсем соответствует реалиям конституционного регулирования и самому тексту Основного Закона.

В последние годы все чаще встречается мнение о необходимости внесения в текст Конституции определенных изменений. И уже председатель Конституционного суда Российской Федерации В.Д. Зорькин 6 декабря 2012 года говорит о том, что отдельные положения Основного Закона могут быть изменены, если эти изменения не повлияют на общую конструкцию конституционного текста. «Конституцию менять в целом можно тогда, когда невозможно не менять. Это не значит, что там нельзя менять отдельные положения... Отдельные положения, если назрела необходимость в этом, вполне могут быть изменены» [9]. Для внесения назревших изменений в текст Конституции нужна только политическая воля, в этом случае изменения можно внести достаточно быстро. Следует напомнить, что известные изменения в 2008 году были внесены всего за три недели [10, с. 3].

Рассматривая проблему «конституционных циклов», под которыми понимают тот период времени, в ходе которого в обществе через известные промежутки времени происходит смена основных состояний конституционного регулирования, при переходе от одной конституции к другой с последующей

реализацией конституционных норм и принципов, исследователи отмечают, что определяющую роль здесь играют социально-психологические инструменты, такие, как закрепление в правосознании известных личностей представлений и их последовательная смена под влиянием логики политического процесса, которые и составляют основу легитимности политической системы. В ситуациях, когда «конституционные революции» радикально отвергают предшествующую модель или же всю историческую традицию целиком, отсутствие политико-правовой преемственности и легитимности провозглашаемых принципов, а также фундаментальных отношений собственности и власти, существенно «тормозит» любую конституционную модернизацию. Более того, именно «кризис легитимности» выступает как основная причина масштабных и революционных государственных изменений.

Учитывая серьезно возросший на сегодняшний день уровень интереса обычных граждан к деятельности государственных структур, следует говорить о необходимости разработки специальных правовых механизмов легитимации государственной власти, соответствующих реалиям сегодняшнего дня. Следует помнить, что легитимность власти – величина не постоянная и находится в ситуации перманентного формирования.

К условиям, которые оказывают непосредственное влияние на процесс легитимации, необходимо отнести уровень компетентности представителей властных структур и уровень их ответственности перед населением, соответствие их действий законодательству и требованиям законности, «доступность» и демократизм государственной власти. При этом изначальная правовая составляющая касается непосредственно механизмов формирования государственной власти и их преломления на уровне общественного правосознания.

Власть должна быть объединяющим «символом» государства, его единства с населением. Только через механизмы восстановления и укрепления легитимности власти посредством государственного строительства возможно сегодня преодолеть две весьма опасные и противоположные для дела демократии тенденции: стремление к «сильной руке», или же к отчуждению от всякой власти вообще, и замкнутости на собственных интересах.

Однако механизмы легитимации современной государственной власти скорее призваны создать ту силу, которая дала бы ей возможность удерживаться как можно дольше, в конечном итоге власть старается «победить» не причины делигитимации, а ее симптомы. На сегодняшний день набор мер для борьбы с кризисом легитимности стал уже традиционным. Это в первую очередь противопоставление «реакционного меньшинства» и «лояльного большинства», а также «патриотизма», «традиционализма» и «западничества», «неолиберализма»; попытки жестко регулировать политическую дискуссию и ограничивать политический протест; использование государственных средств массовой информации исключительно как средства политической пропаганды, «очернения» конкурентов; постоянное «тестирование» политической и экономической элиты на лояльность режиму, а не на эффективность проводимой политики и др. Однако, на наш взгляд, подобный подход не может быть конструктивным.

Следует признать, что требования либерально настроенной части населения – борьба с коррупцией, независимость судов, искоренение вседозволенности бюрократического аппарата, фальсификаций на выборах, обязанность подчинения закону всех снизу доверху – разделяются и патриотически настроенными слоями населения России, являются общими и едиными. Различия между этими двумя оппозиционными друг другу частями нашего общества состоят в различных подходах к роли государства в экономической и политической сферах. Если первые выступают за полное невмешательство государства в экономическую свободу, а политическую свободу связывают только с ограничением государственной власти, то вторые видят необходимость определенного влияния государства на рыночные экономические механизмы и на состояние демократии в стране. И задача государственной власти и властвующей элиты состоит в том, чтобы выработать гибкую политику компромисса между этими двумя подходами, а также наладить конструктивный диалог между различными слоями гражданского общества.

Нельзя не признать, что реальной политической оппозиции в ее классическом понимании на сегодняшний день не существует. Как совершенно справедливо отмечают многие исследователи, «сегодня люди с искренним удивлением смотрят на так

называемую несистемную оппозицию, непонятно почему решившую, что именно она выражает настроение общества», что очень удачно использует современная государственная власть, представляя протестное движение в целом в виде «кучки не совсем адекватных людей», которые «подкармливаются» из-за границы и «баламутят» народ.

Нельзя не согласиться и с мнением о том, что легитимность власти очень условна, и речь в этом случае, прежде всего, идет о том, что легитимность – это не только легальность, устойчивость и эффективность государственной власти, а, даже в большей степени, «внутреннее осознание легитимности в мыслях граждан страны». Можно выстроить идеальную с научной точки зрения систему власти, обосновать законность этой власти и соборности массу избирательных процедур, отвечающих должному уровню открытости и демократичности в условиях действительной, а не фиктивной политической конкуренции, можно искоренить коррупционную составляющую и существенно повысить уровень жизни и социального обеспечения, однако все это еще не будет свидетельством того, что данная власть является легитимной в общественном правосознании. Таковые на наш взгляд, реалии современного мира в контексте информатизированного общества. Однако стремиться к тому, чтобы государственная власть становилась более легитимной, необходимо.

Как свидетельствует российская история, кризис легитимности власти, как правило, оборачивался или «дворцовыми переворотами», или же «русскими бунтами - бессмысленными и беспощадными». Как альтернативный вариант более правдоподобных последствий кризиса легитимности власти в современной России также рассматривается дальнейшее увеличение политической апатии, правового нигилизма и иных деформаций правосознания россиян, что никаким образом не может способствовать интересам создания сильной и конкурентоспособной нации, способной в долгосрочной перспективе достойно представлять Россию в рамках международного сообщества как в экономическом, так и в политическом отношении.

Не секрет, что ограничение политической активности граждан является общепризнанным признаком уменьшения легитимности власти. При этом желание власти свести к минимуму разрушительные, в прямом смысле этого слова, последствия чрезмерной «политической активности» выглядит

вполне понятно и в определенном смысле рационально. Кроме того, излишнее увлечение власти развитием института политической конкуренции таит в себе не меньшие делегитимационные риски для правящего режима, что и отсутствие политической конкуренции как таковой. Однако тот политический ущерб, в частности, падение уровня собственной легитимности, который неизбежно следует за «невмешательством» в ситуацию политического и правового нигилизма, также следует учитывать.

В такой непростой обстановке наша государственная власть и прежде всего Президент Российской Федерации и ее представительные органы просто обязаны активно использовать возможности конституционно-правового регулирования для поднятия в российском обществе уровня своей легитимности. Выверенное и целенаправленное конституционное нормативно-правовое воздействие на определенные общественные отношения в целях их упорядочения, охраны и развития, безусловно, смогут принести необходимый результат.

Литература

1. Вебер М. Избранные произведения. Политика как призвание и профессия. М., 1990.
2. Дибиров А.Н.-З. Теория политической легитимности: Курс лекций. М., 2007.
3. Денисов С.А. Имитация конституционного строя в России // Конституционное муниципальное право. 2012. № 10.
4. Шапсугов Д.Ю. Проблемы теории и истории власти, права и государства. М., 2003.
5. Гольденвейзер А.А. В защиту права. Статьи и речи. Нью-Йорк, 1952.
6. Пушкарская А. Дмитрий Медведев обвинил правительство в нигилизме // Коммерсант. 2012. 20 ноября.
7. Демидов Д.Г. Влияние избирательного законодательства на легальность и легитимность выборных органов государственной власти // Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011.
8. Сизых Ю.А. Легитимация политической власти посредством проведения выборов // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 6.
9. Самохина С. Конституцию менять можно тогда, когда невозможно не менять. Глава Конституционного суда повторил заявление пятилетней давности // Коммерсантъ. 2012. 7 декабря.
10. Авакьян С.А. Нужна ли конституционная реформа в России // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 9.

УДК 347.99

Акопов Л.В.

К ПРОБЛЕМЕ УТОЧНЕНИЯ ПОНЯТИЯ «ФЕДЕРАЛЬНАЯ СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ»

В настоящей статье проанализированы существующие в научной литературе правовые определения «федеральной судебной власти», выявлены определенные недостатки и пробелы юридической терминологии, предложена авторская дефиниция указанного института.

In the current article the author analyses legal definitions of “Federal judicial authority” existed in the scientific literature. The author reveals drawbacks and gaps in the technical terms of law. There is the author’s definition of the mentioned institute.

Ключевые слова: федеральная судебная власть, судебное право, правовое государство, разделение властей, судопроизводство.

Key words: Federal judicial authority, judicial law, jural state, separation of powers, legal procedure.

В качестве собственных исходных позиций при определении места и роли исследования федеральной судебной власти в юридической науке обозначим следующие.

Во-первых, принцип разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную не следует понимать утрированно, поскольку федеральная государственная власть в своей конституционной основе едина по источнику ее происхождения и носителю суверенитета (статья 3(1) Конституции Российской Федерации). Как верно отмечено В.М. Лебедевым, именно народ имеет неотчуждаемое право определять и изменять формы и содержание своей государственно-правовой жизни, а «суверенитет народа напоминает всем властям о том, от кого они получают власть, а следовательно, во имя кого эту власть обязаны использовать» [1, с. 29].

Как пишет Б.С. Эбзеев, «государственная власть едина, но функции ее – законодательство, управление и правосудие осуществляются различными органами» [2, с. 99]. Правильное понимание и в особенности верное осуществление конституционного принципа разделения властей способствует более полной и рациональной реализации народного суверенитета, в результате чего совокупная (общая) воля суверенного народа не только не расщепляется, но и соответствующим образом консолидируется и организационно оформляется для ее наиболее адекватного воплощения в процессе государственной власти [3, с. 43].

Во-вторых, судебная власть представляет собой самостоятельную ветвь (вид) государственной власти, проявляющуюся в форме функционирования судебной системы в государстве путем отправления правосудия в соответствии с закрепленными за ней в конституции и других нормативно-правовых актах полномочиями, из чего следует, что данный вид государственно-властной деятельности нацелен на рассмотрение и разрешение социальных конфликтов (споров), связанных с действительным либо предполагаемым нарушением норм права, и реализуется исключительно судом [4, с. 361–362].

В-третьих, федеральная судебная власть находится в определенной связи и взаимодействии с другими ветвями власти (законодательной, президентской, исполнительной), что обуславливает единство и системность функционирования всего государственного механизма. Как справедливо указывает В.С. Нерсисянц, необходимо «создать и утвердить сильную правозащитную судебную власть и добиться такого реального баланса трех самостоятельных ветвей власти», который необходим и достаточен для нормального функционирования демократии как механизма управления [5, с. 38].

В-четвертых, на наш взгляд, необходимо в общей системе федерального права выделить такую важнейшую его подотрасль, как судебное право, наряду с указным правом, парламентским, правительственным и контрольным правом [6, с. 261]. В этом контексте считаем вполне верным и вывод Ю.А. Ти-

хомирова, а именно: «Предстоит вновь продумать возможности выделения судебного права, которое охватит судоустройство и все виды судопроизводства: уголовное, административное, гражданское, конституционное. Устройство судебной системы с ее ветвями и соответствующими им видами процесса вполне заслуживает такого признания в публичном праве. А специальные труды в данной сфере о специфике правосудия и процессуальных отраслей дают убедительные аргументы в пользу такого решения» [7, с. 39–40].

При этом мы не разделяем мнения тех авторов, которые предлагают определение судебного права в качестве отрасли, предметом которой должны выступать отношения, связанные с судебным прецедентным регулированием, а содержанием – совокупность многообразных судебных актов-прецедентов [8].

В-пятых, следует подчеркнуть, что из всех ветвей власти только судебная формируется исключительно на профессиональной основе, а специфика комплекса сдержек и противовесов в отношении данной ветви власти выражается в том, что ее самостоятельность гарантируется механизмом самоуправления судебной власти (прежде всего через органы судейского сообщества), а также конституционным закреплением социально-экономических гарантий независимости правосудия. «Таким образом, – пишет Э. Курис, – обеспечивается полноценность судебной власти, означающая, что известное понимание судебной власти как «третьей власти» не имеет под собой никакого конституционного основания, так как по Конституции все три ветви власти равны. Разделение властей предполагает их равновесие, а равновесие, разумеется, невозможно между властями, которые имеют различный вес» [9, с. 75]. Этот тезис, по нашему мнению, вполне применим и в российской правовой теории и практике.

Следовательно, мы рассматриваем федеральную судебную власть как одну из ключевых ветвей в общей системе разделения ветвей государственной власти, а также в числе ведущих подотраслей российской правовой системы. Здесь уместно привести формулу В.С. Шевцова о том, что «судебная власть – одна из основных отраслей государственной власти, осуществляемая самостоятельно и независимо от других форм и отраслей государственной власти посредством специальных органов этой власти – судов, которые обладают правом исклю-

чительной монополии на эту власть» [10, с. 55]. Правда, полагаем не очень удачным в приведенном определении использование слова «отрасль» вместо уже устоявшегося термина «ветвь» по отношению к государственной власти. В связи с необходимостью внесения большей ясности в научный категориальный аппарат остановимся подробнее на различных вариантах определения дефиниции «судебная власть», встречающихся в литературе. Обратимся прежде всего к юридическим справочникам по конституционному праву. Так, в справочнике под редакцией В.И. Лафитского (автор-составитель В.Н. Додонов) приводится следующее достаточно обширное (в расчете на комплексный подход) определение: «Судебная власть в соответствии с теорией разделения властей – самостоятельная и независимая сфера публичной власти (наряду с законодательной и исполнительной). Представляет собой совокупность полномочий по осуществлению правосудия, т.е. полномочий по рассмотрению и разрешению уголовных, гражданских, административных и конституционных дел (споров) в порядке, установленном процессуальным законом, а иногда также полномочий по обязательному толкованию норм права..., нормотворческих полномочий..., контрольных полномочий... и некоторых других второстепенных полномочий, а также систему государственных органов, осуществляющих вышеперечисленные полномочия...» [11, с. 157]. Данное определение нам представляется одним из наиболее удачных, тем паче, что иные авторы зачастую дают весьма обтекаемые и туманные формулировки. Так, авторы Энциклопедического словаря, посвященного Конституции Российской Федерации, говоря о судебной власти, делают отсылку к общим понятиям государственной власти и ее видам, раскрывая словосочетания «судебная власть» через решаемые этой властью основные задачи [12, с. 47, 281].

Интересное, хотя и весьма пространное определение судебной власти дано И.Л. Петрухиным: «Судебная власть – это самостоятельная и независимая ветвь государственной власти, созданная для разрешения на основе закона социальных конфликтов между государством и гражданами, юридическими лицами; контроля за конституционностью законов; защиты прав граждан в их взаимоотношениях с органами исполнительной власти и должностными лицами; контроля за соблюдением прав граждан при расследовании преступлений и прове-

дения оперативно-розыскной деятельности (ОРД); установления наиболее значимых юридических фактов» [13, с. 15].

Ставя задачу выработки наиболее оптимального и адекватного предмету государствоведческой науки определения федеральной судебной власти, нельзя обойти вниманием принципиальные выводы, сформулированные М.В. Баглаем: «Все конституции мира содержат разделы (главы) о судебной власти. Признание этой ветви власти самостоятельным предметом конституционного регулирования объясняется тем, что судебная власть является составной частью государственной власти. К тому же эта власть - власть, а не ординарная деятельность судебных органов - непосредственно воздействует на права и свободы человека, что требует конституционного установления ее пределов и принципов. Конституции обычно закрепляют гарантии прав граждан в их отношениях с судебной властью, организацию судебной системы и статус судей. Смысл возведения этих вопросов на уровень конституционного регулирования состоит в необходимости исключить возможность судебного произвола по отношению к гражданам, закрепить гарантии правосудия, создать иерархическую структуру, способную обеспечить возможность обжалования судебных решений и приговоров, а также – гарантировать независимость и высокий статус деятелей юстиции. В Конституции РФ термин «судебная власть» раскрывается через ряд положений, охватывающих организацию судебной системы и принципы деятельности судов. Наряду с этим термином употреблен термин «правосудие», которым обозначается содержание судебной деятельности, если она соответствует всем требованиям закона. Но следует иметь в виду, что в литературе оба термина нередко употребляются как идентичные» [14, с. 615–616].

Претендуя на комплексное определение понятия «судебная власть», М.П. Авдеенкова и Ю.А. Дмитриев предложили крайне противоречивую и не очень логичную по внутреннему содержанию конструкцию, как-то: «Можно определить содержание судебной власти как самостоятельного публично-правового образования, представляющего собой систему специальных государственных и муниципальных органов, обладающих предусмотренными законом властными полномочиями, направленными на установление истины, восстановление справедливости, разрешение споров и наказание виновных,

решения которых обязательны к исполнению всеми лицами, которых они и касаются» [15, с. 528].

Обращают на себя внимание по меньшей мере два вопроса: во-первых, какие муниципальные органы подразумевают авторы, если судебная власть является прерогативой исключительно органов государственной власти в соответствии с конституционной парадигмой; во-вторых, данное определение не содержит указания именно на специфическую особенность и важнейший признак судебной власти, каковым является отправление правосудия в установленном законом процессуальном порядке, что на деле ведет к возможности применения предложенной М.П. Авдеенковой и Ю.А. Дмитриевым формулы к любой квазисудебной деятельности и органам (например, к третейским судам и т.п.). Налицо предельно расширительная трактовка судебной власти и выведение ее на уровень общесоциологического понимания, что не может быть приемлемо в контексте юридико-правового подхода.

Примечательно, что схожее определение судебной власти Ю.А. Дмитриевым давалось (в соавт. с Г.Г. Черемных) еще в 1997 г., когда он постулировал судебную власть как «систему государственных и муниципальных органов, обладающих предусмотренными законом властными полномочиями, «направленными на установление истины, восстановление справедливости и наказание виновных. Решения этих органов обязательны к исполнению всеми лицами, которых они касаются» [16, с. 48]. Кстати, вряд ли можно квалифицировать как похвальную такого рода «консервацию» допущенной погрешности.

Здесь уместно подчеркнуть, что в соответствии с Федеральным конституционным законом от 7 февраля 2011 г. № 1–ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» к федеральным судам общей юрисдикции относятся: Верховный Суд Российской Федерации; верховные суды республик, краевые, областные суды, суды городов федерального значения, суд автономной области, суды автономных округов; районные суды, городские суды, межрайонные суды; военные суды; специализированные суды. Что касается судов общей юрисдикции субъектов Российской Федерации, то к ним относятся мировые судьи, которых никак нельзя отнести к муниципальным органам власти.

На наш взгляд, более удачна предложенная В.А. Лазаревой дефиниция, согласно которой «судебная

власть может быть определена как принадлежащее судам РФ исключительное властное полномочие разрешать возникающие в обществе конфликты правового характера путем осуществления в особой процессуальной форме правосудия и принятия обязательных для исполнения решений» [17, с. 27; 18, с. 21–22]. Вместе с тем для целей конституционно-правового измерения судебной власти необходимо вышеуказанное определение дополнить особенностями «политико-правовой доктрины, вытекающей из концепции разделения властей в правовом государстве и устанавливающей место органов правосудия в системе государственного механизма» [19, с. 589]. Как точно указывает Ю.К. Краснов, «закрепление в конституционных нормах и федеральном законодательстве судебной власти как государственно-правового института позволяет выделить его специфические признаки, отметить необходимость утверждения системы гарантий, позволяющих судебной власти осуществлять свои функции и решать поставленные перед ней законом государственные задачи» [19, с. 590]. К этой точке зрения очень близка и позиция В.П. Кашепова, когда он пишет: «Признание и закрепление в Конституции РФ политико-правовой концепции судебной власти определяет развитие и дальнейшее совершенствование всего российского законодательства о судостроительстве. Закрепление в конституционно-правовой лексике терминологического словосочетания «судебная власть» означает законодательное признание самостоятельного и независимого статуса судебной деятельности в механизме реализации государственной власти в Российской Федерации в целом» [20, с. 823]. Этот же автор удачно подытоживает, что «судебная власть как политико-правовой феномен означает способность и возможность волевого воздействия на поведение людей со стороны государства, осуществляемого через специально созданные государственные структуры – суды, и посредством деятельности судей в особых установленных законом процедурных формах» [20, с. 824]. Для более полного определения сферы судебного воздействия целесообразно заменить слово «людей» словами «физических и юридических лиц».

Резюмируя вышеизложенное и принимая за основу логику критического осмысления проанализированных ранее определений, возможно предложить следующую дефиницию правового характера: «Федеральная судебная власть есть основанная на

конституционном принципе разделения властей относительно самостоятельная и независимая ветвь единой государственной власти Российской Федерации, представляющая собой совокупность полномочий по отправлению правосудия и осуществлению судопроизводства (конституционного, гражданского, административного и уголовного), иных форм судебной деятельности, а также систему и устройство судебных органов, исключительным образом реализующих указанные полномочия в установленном законом процессуальном порядке».

Полагаем, что данная формула соединяет в себе наиболее существенные и удачные элементы определений, предложенных разными отечественными учеными. Она вполне отражает квинтэссенцию правовой доктрины судебной власти на общеправовом уровне.

Литература

1. Лебедев В.М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. СПб., 2001.
2. Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный Суд. М., 1997.
3. Ржевский В.А., Чепурнова Н.М. Судебная власть в Российской Федерации: Конституционные основы организации и деятельности. М., 1998.
4. Соколов А.М. Правовое государство: от идеи до ее материализации. Калининград, 2002.
5. Правовое государство, личность, законность. М., 1997.
6. Акопов Л.В. Контроль в управлении государством: теоретические и конституционно-правовые основы. Ростов-на-Дону, 2002.
7. Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., 1995.
8. Абросимова Е.Б., Анишина В.И., Гаджиев Г.А., Ермошин Г.Т., Сафонов В.Е. Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / Под ред. В.В. Ершова. М., 2006.
9. Курис Э. Доктрина разделения властей в практике Конституционного суда Литвы // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение, 2004. №2.
10. Шевцов В.С. Право и судебная власть в Российской Федерации. М., 2003.
11. Конституционное (государственное) право: справочник / Под ред. В.И. Лафитского. М., 1995.
12. Конституция Российской Федерации: Энциклопедический словарь / В.А. Туманов, В.Е. Чиркин, Ю.А. Юдин и др. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1997.

13. *Петрухин И.Л.* Проблема судебной власти в современной России // Государство и право. 2000. № 7.
14. *Баглай М.В.* Конституционное право Российской Федерации. М., 1997.
15. *Авдеенкова М.П., Дмитриев Ю.А.* Конституционное право Российской Федерации: Курс лекций. 2-е изд-во, перераб. и доп. М., 2004.
16. *Дмитриев Ю.А., Черемных Г.Г.* Судебная власть в механизме разделения властей и защите прав и свобод человека // Государство и право. 1997. № 8.
17. *Лазарева В.А.* Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики. Дисс... докт. юрид. наук. М., 1999.
18. Судебная власть / Под ред. *И.Л. Петрухина*. М., 2003.
19. *Краснов Ю.К.* Государственное право России. История и современность, М., 2002.
20. Комментарий к Конституции Российской Федерации. М., 2002.

ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

УДК 349.6

Мисник Г.А.

ПРОБЛЕМЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ЭКОЛОГИЧЕСКИЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Статья посвящена исследованию законодательства и правоприменительной практики по вопросам противодействия экологическим преступлениям. Автор отмечает высокую латентность данных деликтов и низкую эффективность ответственности за них, анализирует причины этого и предлагает направления совершенствования уголовно-правовой охраны природы.

The article is devoted to legislation and law enforcement to fight environmental crimes. The author notes the high latency, and the low efficiency of responsibility for them, analyzes the reasons for this and suggests directions for the improvement of criminal law protection of nature.

Ключевые слова: экологические преступления, природный объект, эффективность, уголовная ответственность, загрязнение среды, опасность причинения вреда.

Keywords: environmental crime, natural object, efficiency, criminal liability, pollution, risk of injury.

Тенденция экологизации уголовного законодательства в Российской Федерации, очевидно проявившая себя с середины 90-х годов прошлого столетия, не принесла ожидаемых результатов в части

охраны природных объектов, о чем свидетельствуют статистические данные о росте числа экологических преступлений (табл. 1).

Таблица 1

Состояние и динамика зарегистрированных экологических преступлений в России [1, с. 168, 169]

	2000	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Экологические преступления.							
Из них по отдельным видам:	14818	33491	41881	41242	44883	46607	29153
нарушения правил охраны окружающей среды при производстве работ	5	21	127	29	11	6	2
нарушения правил обращения с экологически опасными веществами и отходами	26	78	113	84	42	40	21
загрязнение вод	18	26	38	32	28	19	19
загрязнение атмосферы	7	13	37	20	7	9	4
загрязнение морской среды	3	9	26	13	11	10	12
нарушения законодательства РФ о континентальном шельфе и об исключительной экономической зоне РФ	11	53	70	26	17	24	19
порча земли	10	13	83	27	27	24	24

незаконная добыча (вылов) водных биологических ресурсов	6333	15146	19259	18025	15841	17407	13644
незаконная охота	728	1083	1397	1292	1186	1560	1540
незаконная рубка лесных насаждений	7514	14641	16281	19128	23802	24932	20826
уничтожение или повреждение лесных насаждений	142	2320	4386	2487	3824	2461	2925
нарушения режима особо охраняемых природных территорий и природных объектов	18	70	44	62	70	96	110

Приведенные данные свидетельствуют о преимущественном применении тех статей УК РФ, которые охраняют ресурсный потенциал страны: незаконное занятие рыбным промыслом, незаконная охота, незаконная рубка лесных насаждений. Статьи же, имеющие исключительно экологическую направленность (нарушение правил охраны окружающей среды при производстве работ, загрязнение атмосферы), применяются значительно реже.

Между тем особую опасность представляют преступления, которые посягают на порядок охраны окружающей среды. По мнению большинства ученых, статистика зарегистрированных правонарушений не отражает фактический уровень преступности в данной области. Экологическая преступность обладает высокой степенью латентности [2]. На наш взгляд, в целях повышения эффективности уголовной ответственности за экологические преступления в правоприменительной практике необходимо учитывать особенности его объекта, своеобразие реальных и потенциальных последствий деяния.

В широком смысле понятие «экологические преступления» охватывает все виды преступлений, предметом посягательства которых выступает окружающая природная среда. Данные преступления классифицируются на две основные группы:

1) смежные составы экологических преступлений. Непосредственным объектом противоправного посягательства в этих составах выступают отношения собственности, отношения в сфере обеспечения экологической безопасности и др.;

2) собственно экологические преступления, предусмотренные гл. 26 УК РФ. Непосредственным объектом данной группы преступлений являются отношения по поводу охраны природной среды.

В зависимости от объективных признаков преступления выделяют: а) материальные составы

экологических преступлений, связанные с причинением реального вреда природной среде; б) формальные составы, предусматривающие ответственность за создание «угрозы» причинения вреда природной среде.

В литературе предлагалось вывести формальные составы из сферы уголовной ответственности, повысив взамен размер административной ответственности. Однако, учитывая масштабы возможного экологического вреда, в законодательстве закреплён ряд формальных составов преступлений, таких как незаконная охота (ст. 258 УК), нарушение законодательства РФ о континентальном шельфе (ст. 253 УК) и др.

Общим предметом экологического преступления признаётся окружающая природная среда в целом. Данный предмет присутствует во всех составах экологических преступлений. Наряду с общим предметом выделяют родовые предметы уголовно-правовой охраны, к числу которых относятся: 1) здоровье и жизнь человека; 2) состояние отдельных видов природных ресурсов и природных комплексов; 3) порядок пользования отдельными природными объектами.

Родовой предмет присущ определенным группам преступлений. Например, родовой предмет преступления против здоровья человека отличается от родового предмета экологических преступлений в узком его значении.

В целом на основе норм УК РФ 1996 г. произведена криминализация многих видов общественно опасного экологически значимого поведения [3, с. 42–43]. В частности, сформулированы новые составы экологических преступлений: нарушение правил обращения экологически опасных веществ (статья 247), нарушение правил охраны окружающей среды при производстве работ (статья 246), порча земли

(статья 254), нарушение режимов особо охраняемых территорий и объектов (статья 262).

Действующее уголовное законодательство имеет широкую сферу действия. Им вынужденно охватывается разнообразная хозяйственная деятельность: размещение, строительство, сельскохозяйственное производство, опасные виды работ. Такое положение определяет тесную взаимосвязь уголовного и смежного экологического законодательства. Большинство диспозиций уголовно-правовых норм имеет бланкетный характер и отсылает к нормам специального экологического законодательства, устанавливающего правила использования и охраны природных объектов.

В то же время квалификация экологических преступлений в отдельных сферах природопользования затруднена в силу отсутствия в бланкетном законодательстве полновесной регламентации специфических признаков предмета противоправного посягательства и объективной стороны преступления. Наиболее характерными являются проблемы применения уголовной ответственности в сфере отношений, связанных с использованием земель и недр. Покажем это.

Уголовная ответственность за нарушение земельного законодательства наступает при совершении деяния в форме порчи земли. Порча земли – это отравление, загрязнение или иная порча земли вредными продуктами хозяйственной или иной деятельности вследствие нарушения правил обращения с удобрениями, стимуляторами роста растений, ядохимикатами и иными опасными химическими или биологическими веществами при их хранении, использовании и транспортировке, повлекшие причинение вреда здоровью человека или окружающей среде. Порча земли вследствие нарушения иных правил, не указанных в ч. 1 ст. 254 УК, образует административное правонарушение [4]. Основным объектом предусмотренного ст. 254 УК преступления следует считать отношения экологической безопасности в сфере землепользования.

Экологическая безопасность с учетом содержания ст. 1 ФЗ от 10 января 2002 г. «Об охране окружающей среды» может быть определена как состояние защищенности жизненно важных интересов человека от возможного негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности, чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, их последствий. Применительно к этому составу пре-

ступления необходимо обратить внимание на предмет преступления. Несмотря на многозначность слова «земля», в юридической литературе высказываются мнения, что речь идет о поверхностном почвенном слое. При этом акцент делается либо на плодородности этого слоя, либо на функциях (эта позиция представляется более точной), которые этот слой призван выполнять (экологические, экономические, рекреационные и др.).

Практика показывает, что наиболее распространенные нарушения в этой сфере – нарушения условий хранения удобрений и ядохимикатов, а также превышение установленных нормативов их использования. У преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 254, два ряда последствий. Первый – непосредственно приближенные к деянию. Это отравление, загрязнение или иная порча земли вредными продуктами хозяйственной или иной деятельности.

Второй ряд последствий образуют такие результаты преступного деяния, как причинение вреда здоровью человека или окружающей среде. Именно наступление этих последствий – критерий отграничения преступления, предусмотренного ст. 254 УК, от административного проступка, ответственность за который установлена ч. 2 ст. 8.6 КоАП «Порча земель». Самым тяжкими преступлениями являются порча земли в зоне экологического бедствия или в зоне чрезвычайной экологической ситуации, а также порча земли, повлекшая по неосторожности смерть человека. В зависимости от тяжести совершенного преступления наказание дифференцируется от штрафа в размере до 200 тысяч рублей до лишения свободы на срок до пяти лет.

В настоящее время повсеместно совершаются преступные отравления, загрязнения или иная порча земли вредными продуктами хозяйственной или другой деятельности. Экологи утверждают, что состояние земель в России является угрозой ее национальной безопасности [3, с. 398]. Однако норма уголовного закона об ответственности за порчу земли почти не действует. Как отмечают специалисты в области земельного права, количество возбужденных уголовных дел за земельные преступления измеряется десятками, а количество привлеченных за них к ответственности лиц – единицами [5]. Описанную порочную практику наглядно демонстрируют данные проведенного Н.П. Мелешко [6, с. 262] исследования (табл. 2), охватывающие 1997–2010 годы.

Таблица 2

	1997		1998		1999		2000		2001		2002		2003	
Преступления –	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.
Нарушение законодательства Российской Федерации о континентальном шельфе и об исключительной экономической зоне Российской Федерации ст. 253 УК РФ	0	0	3	1	5	2	11	7	28	5	37	34	56	33
Порча земли - ст. 254 УК РФ	3	1	6	2	7	2	10	4	4	2	13	2	21	9
Нарушение правил охраны и использования недр - ст. 255 УК РФ	3	3	1	1	0	0	0	1	1	0	1	0	2	1
	2004		2005		2006		2007		2008		2009		2010	
Преступления - статья УК РФ	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.	Зарегист. преступ.	Выявлено лиц, совершивш преступ.
Нарушение законодательства Российской Федерации о континентальном шельфе и об исключительной экономической зоне Российской Федерации ст. 253 УК РФ	60	25	53	33	70	49	26	28	17	15	24	25	19	17
Порча земли - ст. 254 УК РФ	12	5	13	2	83	21	27	2	27	5	24	5	24	4
Нарушение правил охраны и использования недр – ст. 255 УК РФ	12	1	15	0	10	9	8	5	2	0	2	0	0	0

Государственное реагирование в обсуждаемой плоскости с очевидностью направлено на усиление ответственности за нарушение законодательства Российской Федерации об охране окружающей среды и обеспечение неотвратимости наказания за экологические преступления и иные правонарушения [7]. Составы преступлений в области недропользования классифицируются на две группы: 1) нарушение правил охраны и использования недр (ст. 255 УК РФ) и 2) нарушение законодательства РФ о континентальном шельфе и об исключительной экономической зоне Российской Федерации (ст. 253 УК РФ).

Предметом преступления, предусмотренного ст. 255 УК РФ, являются недра, а также площади залегания полезных ископаемых, то есть часть земной и водной поверхности, под которой выявлены полезные ископаемые.

Объективную сторону данного преступления образуют: 1) деяние в форме действия либо бездействия, состоящее в нарушении правил охраны и использования недр при проектировании, размещении, строительстве, вводе в эксплуатацию и эксплуатации горнодобывающих предприятий или подземных сооружений, не связанных с добычей полезных ископаемых, а также самовольной застройке площадей залегания полезных ископаемых; 2) общественно опасные последствия в виде причинения значительного ущерба; 3) причинная связь.

Нарушения правил охраны могут выражаться в форме затопления, пожаров, снижающих качество полезных ископаемых, в загрязнении недр, непринятии мер по обеспечению наиболее полного извлечения полезных ископаемых, в других формах.

Признаки самовольной застройки площадей залегания полезных ископаемых устанавливаются в соответствии с требованиями, содержащимися в ст. 25 Закона РФ «О недрах». Согласно данной норме проектирование и строительство населенных пунктов, промышленных комплексов и других хозяйственных объектов разрешается только после получения заключения федерального органа управления государственным фондом недр или его территориальных подразделений об отсутствии полезных ископаемых в недрах по участкам, подлежащим застройке. Застройка площадей залегания полезных ископаемых допускается с разрешения указанных органов только при условии обеспече-

ния возможности извлечения полезных ископаемых или доказанности экономической целесообразности застройки.

Соблюдение общеобязательных правил застройки площадей залегания полезных ископаемых при отсутствии указанного разрешения не устраняет незаконности застройки. Данный состав является материальным, поскольку в качестве его обязательного признака законодатель предусмотрел наличие значительного ущерба. Последствия в виде значительного ущерба связаны с нарушением экологического состояния объектов и могут выражаться в выведении из эксплуатации месторождений, затруднении эксплуатации месторождений в других неблагоприятных последствиях, которые оцениваются судом с учетом конкретных обстоятельств дела.

Разграничение данного преступления с административным правонарушением, предусмотренным ст. 8.9 КОАП РФ, проводится по объективной стороне деяния, а именно – по наступлению последствий в виде значительного ущерба.

В ст. 253 УК РФ выделены два состава преступления:

1) Незаконное возведение искусственных островов, установок или сооружений на континентальном шельфе Российской Федерации, незаконное создание вокруг них или в исключительной экономической зоне Российской Федерации зон безопасности, а равно нарушение правил строительства, эксплуатации, охраны и ликвидации возведенных искусственных островов, установок или сооружений и средств обеспечения безопасности морского судоходства (ч. 1 ст. 253 УК РФ);

2) Исследование, поиск, разведка, разработка природных ресурсов континентального шельфа Российской Федерации или исключительной экономической зоны Российской Федерации, проводимые без соответствующего разрешения (ч. 2 ст. 253 УК РФ).

Родовым объектом названных преступлений являются общественные отношения в области охраны суверенных прав РФ на континентальный шельф и его естественные богатства. Непосредственным объектом является порядок деятельности по освоению континентального шельфа и исключительной экономической зоны, использованию их ресурсов.

Деяние, предусмотренное в ч.ч. 1 и 2 ст. 253, не включают наступления общественно опасных по-

следствий. Преступление считается оконченным в момент совершения деяния. Разграничение данного преступления с административно наказуемыми нарушениями проводится по объективной стороне деяния. Формулировка уголовно-правовой нормы в части определения объективной стороны деяния исключает дублирование административно-правовых норм. Так, если в УК предусмотрена ответственность за осуществление исследований, разведки и разработки ресурсов континентального шельфа без специальных разрешений, то в КОАП сформулированы составы правонарушений, характеризующиеся нарушением условий лицензии, действующих стандартов и норм, определяющих правила исследования и разработки недр (ст. 8.10 и ст. 8.11 КОАП РФ), а также нарушением правил захоронения отходов и иных материалов на континентальном шельфе РФ.

Анализ правоприменительной практики показал, что противодействие экологическим преступлениям является неэффективным. Основным направлением правоохранительной деятельности в данной сфере остается борьба с незаконным использованием природных ресурсов. Преступления, характеризующиеся разрушением экологических систем, посягающие на установленный порядок охраны окружающей среды, выявляются редко и еще реже расследуются. Об этом свидетельствует значительный разрыв между числом выявленных правонарушений и количеством расследованных уголовных дел данной категории. Почти по 60% выявленных фактов совершения экологических преступлений уголовные дела не возбуждается [8].

В значительной степени данная ситуация объясняется несовершенством экологического законодательства, в котором отсутствует определенность и в вопросах персонификации ответственности в сфере природопользования. Приведенные данные свидетельствуют о необходимости совершенствования норм, определяющих статус природопользователя, на основе конкретизации в законодательстве и правоустанавливающих документах объема обязанностей природопользователя по охране природных объектов.

Предложения по совершенствованию законодательства об экологических преступлениях в последнее время слышны все более. Особо следует

обратить внимание и согласиться с мнением А.И. Бойко [9, с. 236 – 240] о необходимости повышения санкций за экологические преступления. Несоразмерность уровня ответственности за посягательства (включая покушение) на отдельную личность (ст. 277 УК РФ) и посягательства на жизни и здоровье сотен и тысяч граждан при совершении экологических преступлений является поводом для серьезных и критических размышлений.

Литература

1. Охрана окружающей среды в России. 2010: Стат. сб. / Росстат. М., 2010.
2. Лопашенко Н.А. Экологические преступления. СПб., 2002; Жевлаков Э.Н., Суслова Н. Экологическая преступность в Российской Федерации в 1990–2000 гг. // Уголовное право. 2000. № 3; Дубовик О.Л. Глава XI // Уголовное право России. Особенная часть / Под ред. А.Н. Игнатова, Ю.А. Красикова. М., 1998.
3. Дубовик О.Л. Экологические преступления. М., 1998 г.
4. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Ю.В. Грачева, Г.А. Есаков, А.К. Князькина и др. / Под ред. Г.А. Есакова. 4-е изд. М.: Проспект, 2012. (СПС «Консультант Плюс».)
5. Сухова Е.А. Теоретические и практические проблемы уголовной ответственности за земельные преступления // СПС «Консультант Плюс».
6. Мелешко Н.П. Статистические данные о состоянии преступности в 1997–2010 годы по России. Криминологически проблемы Управления социальными процессами в современной России // ученые записки ИУБиП. Ростов-на-Дону. 2012.
7. См.: «Основы государственной политики в области экологического развития Российской Федерации на период до 2030 года» (утв. Президентом РФ 30.04.2012). СПС «Консультант Плюс».
8. Кочергин Г.М., Костыря Е.А., Минаев В.В. Криминологическая характеристика незаконной рубки лесных насаждений в контексте проблем противодействия экологической преступности // Российский следователь. 2012. № 14.
9. Бойко А.И. Экологический манифест криминалиста // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012 № 2 (3).

ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРЕДМЕТА ПРОКУРОРСКОГО НАДЗОРА НА ДОСУДЕБНЫХ СТАДИЯХ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

В статье анализируется предмет прокурорского надзора за органами дознания и предварительного следствия. Предлагаются пути совершенствования надзорной деятельности.

The article gives an analysis of the subject of supervisory powers of the Public Prosecution Service bodies. The ways of improvement of this supervision activity are proposed.

Ключевые слова: Прокурор, предмет, пределы надзора прокуратуры, полномочия прокурора, Закон о прокуратуре

Key words: Prosecutor, subject, limits of prosecutorial supervision, powers of the prosecutor, Law «On Public Prosecution Service».

Согласно закону «О прокуратуре РФ» прокурор осуществляет надзор за исполнением законов (выделено мною. – А.Ж.) органами, осуществляющими дознание и предварительное следствие (глава 3 Закона, ст. 30 Закона). Предметом надзора является соблюдение прав и свобод человека и гражданина, установленного порядка разрешения заявлений и сообщений о совершенных и готовящихся преступлениях, проведение расследования, а также законность решений, принимаемых органами дознания и предварительного следствия (ст. 29 Закона).

В соответствии с ч. 1 ст. 37 УПК РФ прокурор является должностным лицом, уполномоченным в пределах компетенции, предусмотренной настоящим Кодексом, осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью (выделено мною. – А.Ж.) органов дознания и органов предварительного следствия.

Таким образом, согласно Закону «О прокуратуре РФ» предметом прокурорского надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства является исполнение законов органами дознания и предварительного следствия, а согласно УПК РФ – процессуальная деятельность этих органов.

Если ранее, отмечается в юридической литературе, прокурора интересовала лишь деятельность, связанная с исполнением законов, то теперь его внимание должно быть направлено на всякую (!)

процессуальную деятельность и ее оценку с точки зрения соответствия закону. Последняя формулировка более правильно отражает существо предмета надзора, однако на практическую деятельность прокуроров она, по-видимому, никак не повлияет [1, с. 6]. Указание на «всякую» процессуальную деятельность неправильно, поскольку законодатель конкретен в ее определении – это процессуальная деятельность только органов дознания и предварительного следствия.

Поскольку процессуальная деятельность в уголовном судопроизводстве урегулирована законом – УПК РФ, возникает вопрос: не тождествен ли предмет прокурорского надзора в этих законах, несмотря на различие в терминологии? Ведь ст. 29 Закона «О прокуратуре РФ», несмотря на отсутствие в ней термина «деятельность», указывает на осуществление надзора «за соблюдением установленного порядка ... проведения расследования» и т.д., что реализуется не иначе, как в форме процессуальной деятельности. Тем не менее, на этот вопрос, полагаем, следует дать отрицательный ответ.

Первое, что обращает на себя внимание, так это использование законодателем в главе 3 Закона «О прокуратуре РФ» слова «законов» во множественном числе. Из этого следует, что предметом надзора является соблюдение соответствующих требований не только к процессуальной деятель-

ности, установленных Уголовно-процессуальным кодексом РФ, но и иных законов.

Однако согласно УПК РФ «порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается настоящим Кодексом, основанным на Конституции Российской Федерации» (часть 1 ст. 1); «порядок уголовного судопроизводства, установленный настоящим Кодексом, является обязательным для судов, органов прокуратуры, органов предварительного следствия и органов дознания, а также иных участников уголовного судопроизводства» (часть 2, ст. 1).

Из того положения, что «порядок уголовного судопроизводства», состоящего из досудебного и судебного производства по уголовным делам (п. 55 ст. 5 УПК РФ), устанавливается одним законом – УПК РФ (ст. 1 УПК РФ), можно было бы сделать вывод, что указание в Федеральном законе «О прокуратуре РФ» об осуществлении прокурором надзора «за исполнением законов» органами, осуществляющими дознание и предварительное следствие, не соответствует действующему правовому регулированию прокурорского надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства. Но такой вывод преждевременен, поскольку сам УПК РФ в этом вопросе противоречив. Так, в названии ст. 1 УПК РФ – «Законы, определяющей порядок уголовного судопроизводства», слово «законы», как и в Законе «О прокуратуре» РФ, употреблено во множественном числе, что не позволяет однозначно утверждать о противоречии сравниваемых норм.

Второе. Сравнительный анализ содержания правовых норм, определяющих предмет прокурорского надзора на досудебных стадиях уголовного процесса, свидетельствует о том, что в ст. 37 УПК РФ он сформулирован в общем виде – надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия, а в главе 3 Закона «О прокуратуре РФ» он конкретизирован указанием на соблюдение прав и свобод человека и гражданина, установленного порядка разрешения заявлений и сообщений о совершенных и готовящихся преступлениях, проведения расследования, а также законность решений, принимаемых органами дознания и предварительного следствия.

Третье. Указание в УПК РФ на осуществление прокурором надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного

следствия приводит к выводу о том, что предметом прокурорского надзора не является иная осуществляемая этими органами деятельность, не являющаяся процессуальной. Правомерна ли такая постановка вопроса?

Если исходить из того, что любая деятельность и, соответственно, составляющие ее действия, производимые органом дознания и предварительного следствия, ввиду их закрепления в процессуальном законе – УПК РФ, являются процессуальными, то наличие у них непроцессуальной деятельности или действий исключается. В таком случае постановка указанного вопроса несостоятельна. Другой возможный подход, который мы разделяем, состоит в том, что наличие в УПК РФ норм, предусматривающих возможность совершения той или иной деятельности или действий, само по себе не является безусловным основанием считать их процессуальными, а служит лишь условием для этого. Тогда поставленный нами вопрос вполне правомерен. Какие признаки характеризуют деятельность как процессуальную?

Ответ на этот вопрос дается через понятие «процессуальная форма», под которой понимается специфическая разновидность правовой формы государственной деятельности, сущность которой состоит в том, что она создает детально урегулированный, устойчивый, юридически определенный, строго обязательный, стабильный правовой режим производства по уголовному делу, отвечающий задачам судопроизводства и его принципам [2, с. 61].

В этом определении дана общая характеристика процессуальной формы деятельности властных субъектов уголовного судопроизводства, но не приводятся ее признаки. Для установления последних следует привести позицию Конституционного суд Российской Федерации, изложенную в Постановлении от 16 марта 1998 г. п 9-п «По делу о проверке конституционности статьи 44 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР и статьи 123 Гражданского процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами ряда граждан».

Положения статьи 44 УПК РСФСР и статьи 123 ГПК РСФСР содержали общую норму, в соответствии с которой в отдельных случаях в целях наиболее полного и объективного (быстрого и правильно) рассмотрения дела, а равно в целях наилучшего обеспечения воспитательной роли судебного разбирательства по решению председателя вышестоя-

щего суда (его заместителя) гражданское или уголовное дело до начала судебного разбирательства могло быть передано из одного суда, которому оно подсудно, в другой (такой же) суд.

Отмечая, что ст. 44 УПК РФ и ст. 123 ГПК РФ позволяют решать вопрос о передаче дела из одного суда в другой произвольно, поскольку процессуальный закон не требует при передаче дела вынесения мотивированного судебного акта, Конституционный суд РФ указал, что принимающий соответствующее решение руководитель вышестоящего суда, действуя не как судья, а как должностное лицо, фактически освобождается от обязанности устанавливать и оценивать наличие законных оснований для изменения подсудности дела, а граждане лишаются возможности судебного обжалования такого решения. При этом решения указанных в них должностных лиц об изменении подсудности являются окончательными.

По смыслу статей 59 – 61 УПК РСФСР и статей 17 – 21 ГПК РСФСР вопрос об устранении судьи из процесса рассматривается судом в открытом судебном заседании с исследованием необходимых обстоятельств и завершается вынесением соответствующего судебного решения. При этом предполагается возможность обжалования такого решения. Передача дела в другой суд в случае устранения судьи из процесса не может рассматриваться как нарушение права, предусмотренного статьей 47 (часть 1) Конституции Российской Федерации, поскольку подсудность и в таком случае в конечном счете предопределена не усмотрением правоприменителя, а законом (указанными в нем точными основаниями).

Конституционный Суд РФ отметил, чтобы исключить произвольный выбор суда или судьи, закон, допуская такую передачу, должен закреплять и ее надлежащий процессуальный механизм (в том числе определять уровень и территориальное расположение суда, в который дело может быть передано; судебную инстанцию, которая могла бы подтвердить наличие оснований для передачи), а также обеспечивать право на обжалование соответствующего решения, принимаемого в виде судебного акта.

Конституционный суд пришел к выводу, что установленное статьей 44 УПК РСФСР и статьей 123 ГПК РСФСР регулирование оснований и порядка изменения подсудности, соответственно, уголовных и гражданских дел не исключает возмож-

ности решения вопроса о передаче дела в тот или иной суд произвольно, на основании субъективных представлений должностных лиц, действующих вне рамок судебной процедуры. Тем самым создается нормативная предпосылка для нарушения закрепленных Конституцией Российской Федерации принципов и положений, относящихся к осуществлению правосудия.

В приведенной позиции Конституционного Суда РФ, по нашему мнению, дан анализ содержания указанных норм с позиции их соответствия требованиям процессуальности, что позволяет прийти к следующим выводам.

Деятельность властных субъектов уголовно-процессуального производства является процессуальной при условии ее обеспечения надлежащим процессуальным механизмом, содержащим основания совершения определенных действий, их оформления в виде правового акта, а также возможности обжалования. Последний признак, характеризующий процессуальность следственного или иного действия, – возможность его обжалования, – является, по нашему мнению, факультативным, т.е. обязательным только для определенных процессуальных действий.

Деятельность и действия правоприменителей, законодательно допускающая возможность произвольного установления и оценки ими наличия оснований для их осуществления, реализуемая по усмотрению и не предусматривающая обжалование, не может рассматриваться как процессуальная.

Так, непроцессуальной, по нашему мнению, является деятельность по организации расследования уголовных дел. Такая деятельность в целом не требует подробного процессуального регулирования, в связи с чем в УПК РФ она формулируется в самом общем виде. Примером этого являются положения п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК РФ, наделяющего следователя правом самостоятельно направлять ход расследования; требования п. 3 ч. 1 ст. 39 УПК РФ о праве руководителя следственного органа давать следователю указания о направлении расследования и производстве отдельных следственных действий. Организация расследования, по мнению А.В. Дулова, представляет собой процесс его упорядочения и оптимизации путем определения и конкретизации целей, определения сил, средств и планирования их использования, создания условий для качественно-го производства следственных действий [3, с. 48–

49]. Соглашаясь с этим определением, полагаем необходимым внести в него уточнение: организацию расследования правильнее именовать не процессом, а деятельностью следователя по созданию условий – далее по тексту.

УПК РФ не исключает надзора прокурора за организацией следователем расследования преступления. Так, прокурор уполномочен рассматривать жалобы на бездействие дознавателя и следователя (ст. 123 УПК РФ). Такое неудовлетворительное состояние расследования по уголовным делам, как правило, является результатом ненадлежащей организации расследования, в связи с чем именно этот вопрос становится предметом прокурорского надзора при разрешении таких жалоб.

При рассмотрении и удовлетворении прокурором жалобы на нарушение разумных сроков уголовного судопроизводства в ходе досудебного производства по уголовному делу прокурор выносит соответствующее постановление, в котором должны быть указаны процессуальные действия, осуществление которых необходимо для ускорения рассмотрения дела, и сроки их осуществления (ч. 2.1 ст. 124 УПК РФ – введена Федеральным законом от 30.04.2010 N 69 – ФЗ). Таким образом, предметом прокурорского надзора в указанных случаях является деятельность по организации расследования.

О состоянии деятельности по организации расследованию прокурор может судить и по резуль-

татам завершеного расследованием уголовного дела, изучение которого показывает состояние планирования расследования, проверки следственных версий, качество проведения следственных действий и т.д. Это свидетельствует об осуществлении прокурором надзора за организацией расследования уголовного дела, который реализуется, как правило, в опосредованной форме.

С учетом изложенного полагаем, что определение предмета прокурорского надзора за органами дознания и предварительного следствия, сформулированное в законе «О прокуратуре» РФ – надзор за исполнением законов, в большей степени соответствует предназначению прокурорского надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства и действующему правовому регулированию, поскольку предусматривает его осуществление как за процессуальной деятельностью указанных органов, так и за организацией ими расследования уголовных дел.

Литература

1. Синельщиков Ю. Полномочия прокурора в досудебном производстве по новому УПК // Законность. 2002. № 3.
2. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Под ред. П.А. Лупинской. М., 2001.
3. Дулов А.В. Тактические операции при расследовании преступлений. Минск, 1979.

УДК 343.24

Джагрунов А.А.

ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ ОПРЕДЕЛЕНИЕ НАКАЗАНИЯ: ИСТИННЫЕ И МНИМЫЕ ПРЕТЕНЗИИ В НАУКЕ

В данной статье приводится анализ нормативного определения наказания с точки зрения содержащихся в нем признаков, обращается внимание на некоторые неточности, предлагается альтернативный вариант нормативного определения наказания.

This article analyzes the legislative definition of punishment in terms of attributes contained in it, draws attention to some inaccuracies, suggested alternative legislative definition of punishment.

Ключевые слова: уголовный закон, понятие наказания, легальные признаки наказания, государственное принуждение, обвинительный приговор

Keywords: *criminal law, the concept of punishment, legal signs of punishment, government coercion, guilty verdict.*

Согласно ст. 43 Уголовного кодекса Российской Федерации наказание есть мера государственного принуждения, назначаемая по приговору суда и применяемая к лицу, признанному виновным в совершении преступления, а по содержанию – заключающаяся в лишении или ограничении прав и свобод этого лица. Бесспорно, приведенную в Кодексе формулировку нельзя назвать исчерпывающей, отражающей в полной мере сущность этого уголовно-правового института, за что она и подвергается критике в научной литературе [1, с. 65]. Но поскольку речь идет о норме уголовного закона, вопрос заключается в том, насколько обоснованны негативные оценки законодательного текста. Ведь наличие «легитимного» определения играет положительную роль для науки уголовного права в целом и практики применения уголовного наказания, в частности. В развитие данного тезиса добавим, что официальная дефиниция должна отличаться от своих научных «собратьев», коих великое множество. Это обусловлено тем, что доктринальный подход к изучению какого-либо феномена и его текстуальному выражению всегда будет более объемным, чем в исполнении парламента. Необходимо помнить и о том, что законодатель «скован» соображениями целесообразности и эффективности при даче каких-либо дефиниций. Еще важно отметить, что в самой науке уголовного права вряд ли появится более или менее единое, общепризнанное определение наказания.

Итак, если критике законодателя за неточности дефиниции наказания быть, то спокойной и ответственной.

На сегодняшний день в законодательном определении наказания, по мнению автора, действительно имеются некоторые неточности, выявить которые логично посредством анализа признаков, содержащихся в этом определении. Парламентом в определении, приведенном в ч. 1 ст. 43 УК РФ, отражены в качестве атрибутивных свойств наказания те обязательные требования, которым оно должно соответствовать, условия, при соблюдении которых оно и является наказанием с точки зрения закона. В научной литературе они обычно именуются признаками, а число их разнится от автора к автору, но общее содержание с некоторыми оговорками совпа-

дает. Поскольку нами анализируются свойства, содержащиеся именно в законодательном определении, наиболее подходящим представляется термин «легальные признаки наказания». Исходя из нормативной дефиниции можно выделить следующие легальные признаки наказания:

1. Наказание – мера государственного принуждения.

Это свойство давно воспринято отраслевой наукой. И.Я. Фойницкий видел в наказании принуждение, применяемое к учинившему преступное деяние. Оно может принимать различные формы психического и физического воздействия на личность [2, с. 9]. С.И. Курганов также пишет: «Прежде всего, наказание есть принуждение, его назначение и исполнение осуществляется вопреки воле осужденного» [3, с. 10].

Весьма интересной представляется позиция В.К. Дуюнова, который, высказывая мнение о том, что наказание возможно и без принуждения, отсылает к главному герою романа Ф. Достоевского – Родиону Раскольникову, который, как известно, раскаявшись в совершенном преступлении, добровольно и с радостью принимает наказание [4, с. 38].

Взгляд В.К. Дуюнова критикует В.И. Зубкова: «Данная точка зрения, по нашему мнению, не является бесспорной, более того, неправильна по существу и не может быть приемлема. Прежде всего, пример из художественной литературы для решения проблемы в законодательстве является некорректным, как бы и ни был велик Достоевский; все-таки это авторский вымысел и он далек от нашей криминальной действительности. Кроме того, автор данной позиции, мягко говоря, путает деятельное раскаяние с тем, когда лица, будучи привлеченными к уголовной ответственности, раскаиваются, сожалеют о случившемся, просят наказать их помягче, обещают больше не совершать преступлений и т.д. При этом они не желают и не просят сами, чтобы их наказывали, также не сами отдают себя в руки правосудия. Если было бы столь все просто, как утверждает В.К. Дуюнов, государству было бы очень легко бороться с преступностью» [5, с. 37].

Надо сказать, что мнение В.К. Дуюнова, на наш взгляд, не является таким уж ошибочным. На самом деле, в судебной практике часто встречаются

случаи, когда лицо, совершившее преступление, добровольно является в органы полиции с повинной, всячески способствует расследованию совершенного преступления, а затем ходатайствует о рассмотрении уголовного дела в порядке, предусмотренном главой 40 УПК РФ (в особом порядке принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением). Затем ему назначается наказание в виде лишения свободы, и приговор осужденным не обжалуется. Если представить, что в дальнейшем такой осужденный не допускает нарушений режима содержания в учреждении ФСИН РФ (что также встречается нередко), полностью отбывает назначенное ему наказание, то действительно можно утверждать, что принуждение как таковое не имело места. Другое дело, что сам порядок отбывания наказания, так или иначе, сопряжен с принуждением, а наиболее ярко это проявляется при отбывании лишения свободы. Но в этом случае речь идет уже не об уголовно-правовых отношениях, а об уголовно-исполнительных. С учетом изложенного полагаем, что позиция В.К. Дюнова имеет право на существование.

Вместе с тем необходимо отметить, что государственное принуждение как признак наказания следует понимать несколько иначе. Наказание всегда будет представлять собой государственное принуждение – как в случае с примером, приведенном В.К. Дюновым и В.И. Зубковой, так и в случае с примером автора. Принудительный характер наказания не зависит от желаний и волеизъявлений лица, которому оно назначается, безотносительно к тому, готов ли он его претерпеть или не готов, раскаивается ли он искренне в совершенном преступлении и желает, чтобы его наказали, или старается всеми правдами и неправдами смягчить свою участь.

2. Наказание назначается приговором суда.

В соответствии с ч. 1 ст. 118 Конституции РФ правосудие в нашей стране осуществляется только судом. Никакие иные государственные органы не наделены такими полномочиями. В определении, приведенном в ч. 1 ст. 43 УК РФ, речь идет о приговоре суда. Более точным представлялось бы указание на обвинительный приговор суда. Кроме того, формулировка «мера государственного принуждения, назначаемая по приговору суда», создает впечатление, будто само наказание назначается на основании приговора, но позже, отдельно от него, каким-то самостоятельным документом. С учетом

двух этих замечаний более предпочтительной является следующая формулировка: «Наказание есть мера государственного принуждения, назначаемая обвинительным приговором суда». Есть и еще один немаловажный момент. В соответствии с п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 389.26 УПК РФ суд апелляционной инстанции вправе внести изменения в не вступивший в законную силу приговор суда первой инстанции по основаниям, предусмотренным ст. 389.15 УПК РФ, в части назначенного осужденному наказания, при этом как в сторону его смягчения, так и в сторону усиления, но без отмены приговора в целом. Предыдущая редакция уголовно-процессуального закона также предоставляла суду кассационной инстанции такое право (ст. 379), однако в отличие от ныне действующей редакции суд кассационной инстанции не мог усилить назначенное осужденному судом первой инстанции наказание, а мог лишь в соответствии с ч. 3 ст. 387 отменить назначение осужденному более мягкого вида исправительного учреждения, чем предусмотрено уголовным законом, и назначить ему вид исправительного учреждения в соответствии с требованиями уголовного закона.

Так, кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам Ростовского областного суда от 15 декабря 2010 года изменен приговор Первомайского районного суда г. Ростова-на-Дону в отношении Чумаченко Д.Ю., осужденного по ч. 1 ст. 228 УК РФ к 1 году 6 месяцам лишения свободы с отбыванием в колонии-поселении. Изменяя приговор, судебная коллегия указала: «...при назначении наказания суд, приведя в приговоре ряд смягчающих наказание обстоятельств, не принял во внимание состояние здоровья Чумаченко Д.Ю., а также наличие у него родителей-пенсионеров, которым он оказывал материальную помощь. В связи с этим судебная коллегия считает необходимым смягчить назначенное Чумаченко Д.Ю. наказание» [6].

Возникает логичный вопрос: каким судебным актом определено в данном случае наказание осужденному? Приговором суда первой инстанции или определением суда кассационной инстанции? Понятно, что в данном случае вышестоящим судом вносятся изменения в приговор нижестоящего суда, но ведь фактически осужденному придется отбывать наказание, назначенное не приговором, а кассационным определением. Налицо некое противоречие. На это обращает внимание и В.И. Селиверстов, отмечая, что существуют различные

институты замены наказания более мягким как на стадии назначения наказания, так и его отбывания. В результате этого непосредственным основанием для отбывания конкретного вида наказания является не приговор, а например, акт помилования или акт об амнистии. С учетом этого В.И. Селиверстов предлагает следующее доктринальное определение уголовного наказания: «Наказание представляет собой меру государственного принуждения, применяемую к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключающуюся в предусмотренных Уголовным кодексом РФ и Уголовно-исполнительным кодексом РФ лишении или ограничении прав и свобод этого лица. Основанием применения наказания является приговор либо изменяющее его определение или постановление суда, вступившее в законную силу, а также акт помилования или акт об амнистии» [7, с. 302].

В целом замечания В.И. Селиверстова верны, однако наряду с институтами замены наказания более мягким существуют также институты замены наказания более строгим. Например, в соответствии со ст. 74 УК РФ суд вправе по представлению органа, осуществляющего контроль за поведением условно осужденного, принять решение об отмене условного осуждения и исполнении приговора в части наказания, назначенного судом первой инстанции, в случае злостного неисполнения таким лицом в течение испытательного срока возложенных на него обязанностей, либо если условно осужденный скрылся от контроля.

Так, Воробьев С.В. был осужден приговором Октябрьского районного суда г. Ростова-на-Дону от 20.08.2012 года по ч. 1 ст. 228 УК РФ к 1 году лишения свободы, а с применением ст. 73 УК РФ – условно с испытательным сроком 1 год. Воробьев судом обязан в период испытательного срока не менять постоянное место жительства без уведомления специализированного государственного органа, осуществляющего контроль за исправлением осужденного, и не реже 1 раза в месяц являться в данный орган на регистрацию. 13.09.2012 года Воробьев поставлен на учет в филиал по Первомайскому району г. Ростова-на-Дону ФКУ УИИ ГУФСИН России по Ростовской области.

С момента постановки на учет Воробьев на регистрацию в УИИ не являлся, сведений о своем местонахождении не представлял. В результате постановлением Первомайского районного суда

г. Ростова-на-Дону от 28.12.2012 года условное осуждение Воробьеву отменено, он направлен в колонию-поселение для отбывания наказания, назначенного приговором Октябрьского районного суда г. Ростова-на-Дону [8].

И все же следует отметить, что генеральным правовым актом, инициирующим все последующие возможные правоотношения, является приговор. Первоочередная роль приговора прослеживается в последующем в процессе замены назначенного наказания как более мягким, так и более строгим. Но наиболее ярко это выражено все же по отношению к возможности замены назначенного приговором наказания на более строгое либо в случае отмены условного осуждения. Так, суд в случае допущения осужденным к лишению свободы условно, исправительным работам, ограничению свободы и т.д. нарушений условий и порядка отбывания наказания по представлению органа, осуществляющего за ним надзор, не назначает ему нового наказания; он вправе лишь отменить условное осуждение, заменить исправительные работы либо ограничение свободы лишением свободы, но в тех границах (сроках), что были установлены приговором, в соответствии с правилами, установленными соответствующей статьей Общей части Уголовного кодекса, регламентирующей тот или иной вид наказания, независимо от того, какие нарушения и в каком количестве допустил осужденный. До недавнего времени сказанное в равной мере относилось и к порядку пересмотра приговоров, не вступивших в законную силу, поскольку суд кассационной инстанции был не вправе вынести новый приговор.

Отдавая должное резонным замечаниям В.И. Селиверстова, в целом приведенный им вариант доктринального определения наказания нельзя, по мнению автора, признать предпочтительным в силу его чрезмерной казуистичности. Включение в доктринальное определение наказания «второстепенных» элементов, производных от приговора, на наш взгляд, приведет к необходимости бесконечного расширения законодательной дефиниции, включения в него новых признаков, обусловленных внесением изменений в уголовно-процессуальный закон.

3. Наказание носит строго персонифицированный, личный характер – оно применяется к лицу, признанному виновным в совершении преступления. Известные нам из гражданско-правовой сферы институты коллегиальной или субсидиарной ответ-

ственности здесь неприменимы. Наказание всегда привязано к личности преступника. В то же время необходимо отметить, что факт назначения и применения наказания к конкретному лицу не исключает причинения определенных страданий иным лицам. В первую очередь речь идет о родственниках, членах семьи осужденного. На практике, при рассмотрении уголовных дел в судебные заседания практически всегда приходят близкие родственники подсудимых, особенно если последние содержатся под стражей. В итоге для родственников весь процесс рассмотрения дела, который может растянуться на месяцы и даже годы, превращается в длительную психотравмирующую ситуацию, апогеем которой становится момент провозглашения судом приговора; тем более нужно учесть, что в среднем 97 – 99% приговоров обвинительные, а самый распространенный вид наказания в правоприменительной практике – лишение свободы. Разумеется, вышесказанное не является критикой российской судебной практики, а лишь выражает мысль о том, что уголовное наказание, применяемое к строго определенному лицу, практически всегда сказывается и на членах семьи этого лица, причиняет им определенные страдания. Но обусловлено это в первую очередь спецификой человеческих отношений, самой природой человека.

4. Наказание заключается в предусмотренных Уголовным кодексом РФ лишении или ограничении прав лица, признанного виновным в совершении преступления.

Сущность данного признака заключается в том, что определенный вид наказания может применяться судом только в том случае, если он предусмотрен Уголовным кодексом. Это прослеживается и в ч. 1 ст. 3 УК РФ: «Преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только настоящим Кодексом». В данном случае словосочетание «преступность деяния, а также его наказуемость» означает примерно следующее: «что является преступлением и как, каким наказанием наказывается его совершение».

Следует отметить, что и в данном признаке наказания, выделенном из текста закона, имеется неточность. Нам известно, что некоторые виды наказаний, предусмотренных ст. 44 УК РФ, могут применяться только в качестве основных, некоторые – в качестве как основных, так и дополнительных (например, штраф, лишение права занимать

определенные должности или заниматься определенной деятельностью), а некоторые (лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград) – только в качестве дополнительных. Возьмем для примера санкцию ч. 2 ст. 292 УК РФ – «служебный подлог», которая предусматривает наказание в виде штрафа, принудительных работ либо лишения свободы в качестве основного и лишения права занимать определенные должности и заниматься определенной деятельностью – в качестве дополнительного вида наказания. Представим, что судом назначено наказание в виде 2-х лет лишения свободы с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью сроком на 3 года. Теперь обратим внимание на дополнительный в данном случае вид наказания.

В узком смысле осужденный лишен права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, но в широком смысле имело место лишь ограничение его права на труд, гарантированное статьей 37 Конституции РФ. Выходит, что в отношении нашего осужденного имело место и лишение, и ограничение его прав и свобод. Против данного вывода можно возразить, указав на то, что исходя из самих названий видов наказаний имели место два лишения (свободы и права занимать определенные должности и заниматься определенной деятельностью). Но суть состоит в том, что лишение свободы как вид наказания нельзя толковать в узком и широком смысле; если же говорить об ограничении свободы, то здесь налицо самостоятельный вид наказания. Необходимо учитывать и то, что лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью как вид наказания может применяться самостоятельно. Отсюда более универсальной является следующая формулировка обсуждаемого признака наказания: «заключается в предусмотренных настоящим Кодексом лишении и (или) ограничении прав и свобод этого лица».

Автором приведены четыре признака уголовного наказания, которые содержатся непосредственно в его легальном определении. Несомненно, как уже отмечалось, приведенное законодателем определение не является исчерпывающим и всеобъемлющим. Уголовное наказание как правовая категория гораздо шире, но в данный момент речь идет о законодательном определении, ориентированном на

правоприменителя, на суд. И надо признать, что оно является довольно удачным, поскольку содержит в себе необходимый минимум признаков или условий, при наличии и соблюдении которых наказание будет наказанием в его правоприменительном смысле. Резюмируя все вышеизложенное, с учетом приведенным автором замечаний, законодательное определение наказания, по нашему мнению, необходимо изложить следующим образом: «Наказание есть мера государственного принуждения, назначаемая обвинительным приговором суда лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключающаяся в предусмотренных настоящим Кодексом лишении и (или) ограничении прав и свобод этого лица».

Естественно, приведенное нами модифицированное определение наказания также не является исчерпывающим и универсальным. Оно представляет собой именно пример частично усовершенствованной законодательной дефиниции. И вообще приходится признать необходимость сосуществования легального и доктринального определения наказания. Разумеется, такое деление носит номинальный характер, поскольку любая правовая норма (а законодательное определение наказания как раз и представляет собой норму закона), во-первых, должна изначально представлять собой результат научной деятельности, а во-вторых, она будет подвергаться научному анализу и критике. В то же время научное определение наказания всегда будет нести на себе отпечаток личных, субъективных убеждений того или иного ученого, его правосознания, присущих ему стереотипов. Как справедливо отмечает А.Г. Безверхов, «охватить в законе общее понятие уголовного наказания принципиально невозможно. В таком случае пришлось бы привести в данном нормативном источнике все возможные определения его» [9, с. 16].

Перед законодателем же стоит другая задача – ему нужно определение, понятное каждому правоприменителю, лаконичное и эффективное, лишенное влияния частного мнения. К тому же трудно себе представить, чтобы в современном отечественном уголовном законе содержалось определение, «пытающееся» охватить в себе все грани уголовного наказания. Такой шаг привел бы как минимум к

двум негативным последствиям. Первое заключается в том, что такое определение в научной среде вызвало бы бесконечно долгую череду дискуссий и споров, а кроме того, подверглось бы гораздо большей критике, чем нынешнее законодательное определение. Второе заключается в том, что российский законодатель в Уголовном кодексе 1996 года в принципе не практикует использования пространных определений. Напомним содержащееся в ст. 14 УК РФ понятие преступления: «Преступлением признается виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания». Разве данное определение раскрывает сущность преступления, скажем, как социального явления? Разве в нем приведены какие-либо воззрения из области философии права? Нет! Оно, как и дефиниция наказания, лаконично, эффективно и ориентировано на правоприменителя. Оба эти ключевых законодательных определения более подчинены требованиям целесообразности, а не научности.

Литература

1. *Арямов А.А.* Общетеоретические основы учения об уголовном наказании: Дис. ...докт. юрид. наук. СПб., 2004.
2. *Фойницкий И.Я.* Учение о наказании в связи с тюремноведением. М., 2000.
3. *Курганов С.И.* Наказание: Уголовно-правовой, уголовно-исполнительный и криминологический аспекты. М., 2008.
4. *Дуюнов В.К.* Проблемы уголовного наказания в теории, законодательстве и судебной практике. Курск, 2000.
5. *Зубкова В.И.* Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. М., 2002.
6. Архив Первомайского районного суда г. Ростова-Дону. Уголовное дело № 1-518/10.
7. Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под общ. ред. *В.И. Радченко*. М., 2004.
8. Архив Первомайского районного суда г. Ростова-Дону. Материал № 4-89/12.
9. *Безверхов А.Г.* О законодательном закреплении дефиниции уголовного наказания // Российская юстиция. 2010. № 12.

О «МОГУЩЕСТВЕ» И «КОВАРСТВЕ» РАССУДОЧНОГО МЫШЛЕНИЯ: РАЗМЫШЛЕНИЯ В РАМКАХ ДИСКУССИИ ОБ ОПРЕДЕЛЕНИИ ОБЩЕГО ПОНЯТИЯ ПРАВА

Редакция журнала с удовлетворением отмечает, что публикация статьи «Размышления о праве» получила интересный для анализа читательский отклик в виде статьи проф. С.А. Зинченко «О сущности права», опубликованной в № 4 журнала «Северо-Кавказский юридический вестник» за 2012 г.

В настоящем номере публикуются размышления автора статьи, положившей начало данной дискуссии («Северо-Кавказский юридический вестник», № 3 за 2012 г.).

Научная критика как особый жанр научной литературы хотя и имеет определенные традиции в отечественной научной литературе, но концептуально не сложилась как особое направление юридических исследований. Дискуссия по поводу публикации главного редактора журнала «Северо-Кавказский юридический вестник» «Размышления о праве» оправдана как акция, направленная на преодоление стереотипа: «ты не прав», «прав я», сформулировавшегося, можно сказать, на совершенно ненаучной основе. По своей сущности научная критика не есть способ определения, кто прав или неправ. Она должна быть направлена на разработку и качественное, профессиональное использование научно-исследовательских технологий, определение их допустимости при исследовании конкретных проблем. Она включает анализ процедур, связанных с определением предмета исследования, отработкой конкретных концепций и технологий самого исследования, принципов и правил изложения полученного научного результата. Хотелось бы, чтобы начавшаяся дискуссия приобрела такую направленность и такое содержание, чтобы быть плодотворной.

Нельзя забывать, что этот жанр возможно более сложен, чем обычное научное исследование уже хотя бы потому, что в качестве обязательного усло-

вия содержит в себе недопустимость оценок личности исследователя, сосредоточение исключительно на технологических аспектах исследования, представляющих собой границу, переход за которую означает использование других творческих жанров.

Такое пожелание ко всем будущим участникам дискуссии необходимо высказать по следующим причинам.

Во-первых, изложенные предельно общие требования к научной критике требуют высокого исследовательского потенциала и обширного концептуального знания затрагиваемых проблем, получающих профессиональное отражение при составлении научных текстов. Разумеется, это очень жесткое, но необходимое требование, которое на первое время, возможно, придется несколько смягчить.

Во-вторых, дискуссия должна дать материал, свидетельствующий о становлении жанра «научная критика», что составляет одну из задач дискуссии, поэтому желательны публикации на эту тему и предпочтительно из истории правовой мысли.

В-третьих, редакция предпочла бы не выступать в роли судьи, решающего соответствие конкретного представленного текста изложенным выше требованиям. Поэтому представлялось бы желательным «заведомое» соответствие текста предъявленным требованиям, чтобы избежать необходимости решать и другую проблему в том случае, если текст будет явно не соответствовать этим требованиям.

В начавшейся дискуссии по поводу возможности универсального определения общего понятия права необходимо установить исходные методологические основания. Одним из первых таких оснований является выяснение объективных возможностей метода определения понятий. Рационалистическое мышление исходит из предпосылки,

абсолютизирующей возможности метода определения понятий, полагая, что это единственный способ познания действительности, установления подлинной сущности изучаемых явлений. Оно не учитывает того, что то, что происходит в мышлении, в котором логика, опирающаяся на систему понятий, является лишь одним из способов упорядочения мышления, не обязательно происходит во всей остальной действительности. Да и многие мыслительные процессы не могут быть охвачены «прокрустовым ложем» логики.

Эти особенности мышления уже достаточно изучены отдельными учеными. Можно сослаться, в частности, на выдающегося отечественного ученого-юриста Н.Н. Алексеева, который убедительно проанализировал ограничения, присущие рассудочному мышлению, свойственному отраслевым юридическим наукам, вследствие которых, по его мнению, в их рамках невозможно формулировать общие определения права.

В силу данной особенности эти науки, предмет которых, по его мнению, является лишь установленное в законе и его интерпретация, выявив по правилам рассудочного мышления противоречие, «разрешают» его простым отбрасыванием одной стороны противоречия и объявлением другой его стороны абсолютной истиной.

Именно господством рассудочного метода в правоведении, опирающегося на «четкое» разграничение понятий, можно объяснить глубокую антагоничность точек зрения по поводу определения понятия права, существующую в современной отечественной юридической науке.

Рассудочное мышление, исходя из своей самодостаточности, изгоняет из своего арсенала противоречие, опираясь на абсолютизацию метода определения понятий. Образно говоря, таким способом оно отказывается, как минимум, от половины полученного человеческого знания, создавая иллюзию полноценности только другой его половины.

Из сказанного следует только то, что необходимо понимать реальные возможности метода определения понятий, которые, несомненно, надо использовать в процессе правового познания, не забывая о том, что только этим методом нельзя всесторонне характеризовать такое многогранное явление, как право. Здесь особенно важно подчеркнуть, что дать общее определение права перечислением юридических явлений или их комплексов, как это делают

сторонники «узкой» или «широкой» трактовки права, можно только, опираясь на метод проб и ошибок, тоже имеющий своих сторонников, но вряд ли являющийся самым эффективным научным методом в общественных науках. И одной из причин явно недостаточной эффективности юридической науки является ее устремленность к разработке автономной от человека юридико-технической реальности. Ее реальный поворот к полному обслуживанию процессов формирования подлинной правовой реальности, в конечном итоге, имеет целью создание социально комфортного, нравственного и духовно богатого, экономически устойчивого, психологически стабильного мира человеческого правопорядка.

Последовательно возникавшее и часто воспроизводившиеся представления о сущности права как справедливости, затем как о свободе, равенстве и ответственности, во-первых, являются выражением социального опыта, через который осознавалась недостаточность каждого отдельного из этих принципов для выражения многогранной и развивающейся сущности права, в том числе в ее социальном и мысленном выражении. При изолированном их рассмотрении теряется их несовместимость, неоднократно отмечавшаяся разными исследователями (А-де-Токвиль, Г. Гегель, Н.Н. Алексеев и другие), что в годы революционных потрясений у разных народов четко и весьма негативно проявлялось в социальной практике.

Можно утверждать, что принципы справедливости, свободы и равенства в их обособлении друг от друга продемонстрировали свою несостоятельность в качестве полного выражения сущности права. В процессе исторического развития они прошли проверку, «перетирались» друг о друга. Целостное право возникало в «местах» их взаимной «притирки», взаимопроникновения, формирования гомеостатического мира права, что и обуславливало бесконечность их существования в правовом сознании и проявления в социальной практике. Без так понимаемого обоснования содержания права, проявляющегося и в его сущности, невозможно представить себе и современное право. Утверждения о том, что справедливость, свобода, равенство, ответственность не имеют отношения к его сущности и потому не должны включаться в ее определение, ведут к «опустошению» права, формированию теории, очищенной от права, сводящей его к искусственному миру юридических масок и фикций.

Классическая, профессионально выполненная попытка «очистить» право от «идеологий» и «мифологий», в том числе справедливости, свободы, равенства, выразившаяся в разработке «чистого» учения о праве, убедительно подтверждает эту простую истину [1].

Вряд ли можно согласиться и с утверждением, что компонентами свободы являются справедливость, равенство, ответственность. Во-первых, в работах А-де-Токвиля, Н.Н. Алексеева, Г. Кельзена, не говоря уже о Платоне, Аристотеле, Гегеле, эти понятия тщательно проанализированы, здесь вполне обоснованы не только их несовпадение, противоречивость, но иногда даже несовместимость. В частности, это обстоятельство Г. Кельзен рассматривает как одну из причин недопустимости их использования в чистой теории права. Поэтому общее определение права не может сводить право к одному из них, но, опираясь на сам процесс их утверждения в истории политико-правовой мысли и неудачные попытки изолированно реализовать их в социальной практике разных эпох, мы неизбежно приходим к выводу, что право реально формировалось на исторических «стыках» этих принципов, в результате «шлифовки» их (взаимодействия) социальной практикой.

Здесь представляется уместным отметить, что упомянутый выше бесспорный авторитет и пока не превзойденный классик позитивистской теории права, охарактеризовавший свободу, равенство и в особенности справедливость после детального, рассудочного анализа как «лукавство вечной иллюзии», ярко продемонстрировал бессилие такой методологии перед неуклонно воспроизводящимся могуществом этих принципов и неизбежное лукавство самой теории «чистого» права, которое обязательно проявляется при соприкосновении с реальной действительностью. тщательно очищая право от свободы, равенства и справедливости, она заставляет полностью верить, что оно чистое и очень чистое.

Как говорится, игра не стоит свеч: менять наверняка не иллюзию (как это показал, например, Н.Н. Алексеев) или, по крайней мере, хорошую иллюзию на очень лукавую и очень плохую.

Этим доказывается и то, что даже рассудочное мышление, по определению строгое и бескомпромиссное, способно упорно настаивать на собственном лукавстве и собственной иллюзорности.

В нашем случае общее определение права не обособляется от особенного и единичного, а рассматривается в неразрывном единстве с ними, что означает, что и в единичном и в особенном присутствует всеобщее и во всеобщем присутствует единичное и особенное. Таким образом, определение права на этих трех уровнях строится на единстве общего, отдельного и единичного. Отдельные определения единичного, особенного и общего, отражающие их специфику, даются с учетом меры права, адекватной этому уровню. При обособленно общем определении права эта мера может быть выражена преимущественно через его главные принципы.

При обособленно особенном определении права, в зависимости от содержания конкретного особенного – особенности права данного народа или другой общности либо особенного правового института и т.п., в сравнении с другими институтами, восходящими (или причастными) к общим принципам права... При обособленно единичном определении права внимание акцентируется на свойствах и признаках конкретного правового или юридического феномена с учетом их «пронизанности» (причастности) общими принципами права. В этом случае, например, определение юридической нормы не должно ограничиваться только ее связанностью с государством по происхождению и реализации, общеобязательностью, а обязательно соотноситься со свободой, справедливостью, равенством и ответственностью как общими принципами права, присутствующими в любом элементе его структуры.

В этом случае ограниченность метода определения понятий предельно сужается, и мы получаем возможность в системе подобных определений права практически исчерпать возможности «логические познаваемого» в этой сфере. Это, конечно, не исчерпывает всего богатства права, для постижения которого надо использовать другие способы познания, что позволяет выразить сущность права в той мере, в которой она доступна человеческому сознанию вообще и отдельному исследователю, в частности.

К данной позиции примыкает и тезис о методологической упречности для понятия сущности права, позволяющий непосредственно связывать его с уровнем социокультурного развития. В нашем тексте, относящимся к данному положению, очевидно речь идет не о структуре понятия сущности права, а о праве как социальном явлении, определяемом

через диалектические категории всеобщего, особенного и единичного, как реальном воплощении свободы, справедливости, равенства и ответственности, которые, реализуясь, как подчеркивал Н.Н. Алексеев, перестают быть просто абстрактными принципами, превращаясь в реальные социальные блага. И в этом смысле они имеют содержание и форму, которые определяются объективно достигнутым уровнем социально-культурного развития, что не означает претензии формулировать общее определение права на основе только цивилизационного подхода к праву.

Еще труднее согласиться с аксиоматически сформулированным в этой связи выводом: «В сущностном определении права как всеобщности содержания представляет его форма, которая и реализует эту сущность» (с.14).

Во-первых, в отзыве отсутствует авторское определение «права как всеобщности содержания». Поэтому остается непонятным, какое содержание и какой формой представленное право реализует его сущность. Нормативистская теория права не оперирует диалектическими понятиями, а формально-логическими, рассудочными понятиями весьма проблематично определить сущность права. Как правило, профессиональные нормативисты выступают против применения в юриспруденции философских понятий, относя их к «идеологическим», призванным скрывать или искажать действительность [1, с. 4-5].

Рассудочное, нормативистское мышление, пытаясь оперировать диалектическими понятиями, склонно упрощать их содержание и взаимодействие, нередко сбиваясь к эклектике, не способной обеспечить познание целостного мира права во всем многообразии его проявлений, которое выступает как одно из важных условий высокого качества жизни современного человека.

Ключевой вопрос данной статьи – о возможности общего определения права через диалектические категории всеобщего, особенного и единичного, – видимо, станет предметом последующих обсуждений этой проблемы.

Кроме того, как минимум, спорным является тезис о реализации сущности права только через его форму. В теории права существуют понятия «формы права» и «реализации права», которые содержательно «разводятся» в том числе и на формально-логической основе. Вряд ли обоснован-

но переносить обязанность «реализации» сущности права, условно говоря, только на его форму, отражающую преимущественно его структуру.

Такая абсолютизация роли «формы права» в процессах реализации его сущности является временно игнорированием массы других способов реализации права через его функции, юридическую деятельность, юридические технологии, наконец, через принципы права, которые даже в формально-юридическом аспекте могут реализовываться в порядке «прямого действия».

Интересным представляется достаточно сложный вопрос о целесообразности совмещения формационного и цивилизационного подхода к исследованию права, который обсуждается в юридической науке. В сугубо абстрактном мышлении можно совместить все, а при большом желании не совместить ничего. В исследовательской практике, к сожалению, мы часто сталкиваемся с ситуацией «мух и котлет».

Каждый подход имеет свои задачи и свои способы их решения. Его использование зависит от особенностей предмета исследования. Специфика подхода и метода исследования должны быть адекватны этим особенностям предмета исследования. Формационный подход, как это уже обосновано в научной литературе, несовместим с цивилизационным подходом по существенному различию исследовательских установок, особенностям применяемых при его использовании средств и приемов. Это не означает запрета на применение формационного подхода. Как отмечают В.А. Бачинин и В.П. Сальников, методология, обслуживающая этот подход, перешла «из разряда универсальных в группу правомерных аналитических средств», не утративших «научно-теоретической легитимности», и «при необходимости может быть востребована любым исследователем для решения конкретных познавательных задач» [2].

Одновременно следует отметить, что и цивилизационный подход в правовых исследованиях не заменяет и не может заменить всю систему сложившейся методологии научного познания, и с этой точки зрения он тоже не является универсальным. Очевидно другое, есть весьма важные, но практически пробельные с точки зрения их изучения сферы правового развития общества, полномасштабное познание которых не может быть осуществлено без применения данного подхода. Его необходимость

со всей очевидностью обнаруживается на высоких уровнях познавательной деятельности.

Трудно согласиться и с критическим отношением к категории меры, уместность включения которой в общее определение права подвергнута сомнению. В нашем понимании мера в данном определении как раз не сводится к ее трактовке в рамках соотношения категорий количества и качества, хотя правовые явления могут изучаться и с этой точки зрения. Как отмечал С. Франк, «назначение слова не исчерпывается его функцией быть обозначением понятий: слово одновременно есть орудие осмысляющего духовного овладения опытом в его сверхлогическом конкретном существе» [3, с. 78], что в данном случае позволяет преодолеть ограниченность метода определения понятий и отразить конкретность права в предельно возможном обобщенном виде.

Термин «мера» в данном определении является обозначением *целостности*, *«полносоставности»* права, включающим как «количество и качество» права, в снятом виде содержащееся в его принципах: свободе, справедливости, равенстве и ответственности и в более конкретизированном виде – в «особенном» и «единичном» в праве.

Эти особенности «меры», разумеется, не могут подробно описываться в общем определении права, но при необходимости, в конкретном процессе познания мера может отражать целостность права на отмеченных выше трех уровнях его осмысления, опирающуюся не на обособление, а на взаимопроникающее их взаимодействие, которое может быть выражено на «сверхлогическом» уровне, как это

делается в поэзии и религии, но не запрещено и в науке, хотя, как говорится, «не всем дано».

Движение от критики существующего знания к более совершенному и необходимому долгое время обеспечивалось почти исключительно рассудочным мышлением, что сформировало в нашем сознании образ его могущества. Однако уже давно назрела необходимость осознать и его коварство, проявляющееся в торможении правового мышления, уже давно стремящегося вырваться из его «железных» объятий, в формировании новых и поддержании старых иллюзий о праве за счет создания недееспособных образов, заменяющих собственно право разнообразными, более или менее удачными его суррогатами. Ведь речь идет о качестве человеческой жизни, в которой суррогаты воспринимаются в лучшем случае как неизбежное зло, которого не должно быть, или быть как можно меньше. Настает время господства правовых ценностей, которое имеют тенденцию, реализуясь, превращаться в социальные блага, являющиеся неотъемлемой частью высокого качества жизни.

Литература

1. Кельзен Г. Чистое учение о праве / Перевод С.В. Лёзова, Ю.С. Пивоварова. Отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. М., 1987.
2. Бачинин В.А., Сальников В.П. Правовая реальность в контексте мировой цивилизации и культуры: методология причинного анализа. СПб., 1999.
3. Франк С. Реальность и человек. М., 2007.

ПЕРСОНАЛИИ

АЛЕКСАНДРУ ИВАНОВИЧУ БОЙКО - 60 ЛЕТ!



А.И. Бойко - известный в России и за рубежом исследователь уголовно-правовой науки. Научные форумы, международные конференции, симпозиумы, конгрессы - все осилено, основательно научно представлено Александром Ивановичем.

Об Александре Ивановиче можно говорить как об очень интересном «южном» человеке.

В 1975 г. окончил Ростовский государственный университет, юридический факультет, в 1981 г. в Киевском государственном университете им. Т. Г. Шевченко защитил кандидатскую диссертацию по теме «Проблемы эффективности наказаний без изоляции осужденных от прежней социальной среды», в 1991 г. стал доцентом.

В 1995-1997 гг. - начальник кафедры государственно-правовых дисциплин РЮИ МВД РФ, с 03.03.1997 г. по 01.09.2003 г. - начальник юридического факультета Ростовского филиала Российской таможенной академии. С 2003 года – заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин СКАГС, ЮРИФ РАНХиГС.

8 сентября 2008 года в МГУ им. М.В. Ломоносова защитил докторскую диссертацию по теме «Системная среда уголовного права», 30 января 2009 года решением Президиума ВАК заведующему кафедрой уголовно-правовых дисциплин

СКАГС присуждена ученая степень доктора юридических наук.

А.И. Бойко является членом редакционной коллегии журналов «Библиотека криминалиста» и «Северо-Кавказский юридический вестник».

Попытки сформировать основные направления научной деятельности Александра Ивановича будут безуспешными, охватить и узко обозначить их невозможно. Только по проблеме системного анализа уголовного права выпущен целый трехтомник «Система и структура уголовного права». Всего из-под пера А.И. Бойко вышло свыше 200 печатных работ. Наиболее значимые из них: «Контрабанда: история, социально-экономическое содержание и ответственность» (СПб., 2002), «Классификация преступлений и ее значение в современном праве» (Ростов-на-Дону, 2003), «Преступное бездействие» (СПб., 2003), «Международное и российское уголовное право» (Ростов-на-Дону, 2003), «Римское и современное уголовное право» (СПб., 2004), «Уголовная политика» (Ростов-на-Дону, 2008).

А чего стоит интерес к нравственным и религиозным основам уголовного права: «Память и уголовное право» (Ростов-на-Дону, 2005), «Нравственно-религиозные основы уголовного права» (Ростов-на-Дону, 2007), «Мировые религии о преступлении и наказании» (Москва, 2013).

А уж если студент подготовится по необычному в изложении, казуистике «Репетиториуму по Общей части уголовного права» (СПб., 2005), то любовь к предмету будет пожизненной прививкой.

Работая, А.И. Бойко непреклонен, но колено-преклонен, уважение и ответственность перед «отраслевой гвардией», элитой уголовно-правовой науки позволили ему посвятить научные труды Н.Ф. Кузнецовой, Б.В. Волженкину.

Язык и стиль его публикаций и выступлений необычен и востребован. География публикаций и выступлений обширна, в России вряд ли найдется город, не зараженный его злословием, за рубежом не только выступления, но и сотрудничество: Армения, Беларусь, Украина, Казахстан, Словакия.

Пишет, не оглядываясь на власть, не подстраиваясь под мнение, язык оригинальный, смелый, задиристый.

Как ученый, профессор А.И. Бойко - редкий креативщик, он поражает своей оригинальностью и

оптимизмом. Непокойный, из своего маленького города пытающийся влиять на мировоззрение современников и повышать планку моральных стандартов в правовой отрасли.

Александр Иванович – яркая личность с прекрасными человеческими качествами, работой с ним гордятся коллеги, дружбой дорожат видные ученые.

Поздравляя А.И. Бойко, пожелаем ему научной плодовитости, сохранения высочайшей работоспособности, воплощения его творческих планов и сохранения заслуженного признания научной средой. Пользуясь Вашим же, Александр Иванович, выражением, спасибо за «труженичество» и сотрудничество.

Так держать, Александр Иванович!

Коллектив юридического факультета
Южно-Российского института-филиала РАНХ и ГС

Паламарчук А.Б.

КОНКУРС КНИГ, ПОСВЯЩЕННЫХ КАВКАЗУ

19 марта 2013 г. в Южном федеральном университете состоялся VI международный конкурс научных работ по проблемам Кавказа и южно-российского регионоведения. Среди многочисленных работ, представленных на конкурсе, заметное внимание привлекло многотомное (издано уже 11 томов) издание, подготовленное в течение нескольких лет коллективом Центра правовых исследований Южно-Российского Института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы «Антология памятников права народов Кавказа».

В связи с этим диплома первой степени был удостоен директор Центра правовых исследований, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ Шапсугов Дамир Юсуфович – руководитель и научный редактор этого фундаментального проекта, объединивший для этого группу видных ученых Северного Кавказа и Южного региона.

Цель данного издания – показать, что Кавказ на протяжении своей истории всегда привлекал внимание различных государств, был центром взаимодействия развитых культур: арабской, греческой, римско-византийской, восточной, татаро-монгольской, русской в купе с правовым опытом народов Кавказа. Это стало мощным источником правового развития на Кавказе.

Памятники права народов Кавказа свидетельствуют о высоком уровне правовой культуры на Кавказе. Однако в исследованиях истории правового развития народов Кавказа остается еще мно-

го белых пятен. До сих пор отсутствует целостное ее изложение, не определено ее место во всеобщей истории права.

Сложно сейчас давать оценку концепции исторического развития Кавказа, поскольку отсутствует сконцентрированный в одном издании необходимый информационный материал по этой проблеме. Это и обусловило необходимость создания «Антологии памятников права народов Кавказа». Ее издание будет способствовать восстановлению объективной (основанной на подлинных документах) истории государства и права народов Кавказа, поскольку в «Антологии...» предполагается максимально полная публикация материалов, отражающих государственно-правовое развитие народов Кавказа с древнейших времен до современности.

«Антология...» состоит из четырех частей: «Памятники права народов Северного Кавказа», «Памятники права Армении, Грузии, Азербайджана».

Уже изданы тома, посвященные «Памятникам права черкесов (адыгов) (в 5 томах), народов Дагестана, донского казачества (в 2 томах), калмыков, Карачая, Балкарии». Готовятся к изданию памятники русского права, памятники права Осетии, Чечни, Ингушетии, Кубанского и Терского казачества, Армении, Грузии, Азербайджана, абхазского народа.

Планируется написание и издание учебника «История государства и права народов Кавказа» с введением соответствующего курса в юридических вузах.

*Баранов П.П.,
Овчиев Р.М.*

НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКАЯ РАБОТА СТУДЕНТОВ: ИЗУЧАЕМ ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

На кафедре конституционного и муниципального права уже становится традицией в преддверии 12 декабря (Дня Конституции) проведение различных научно-студенческих мероприятий. Не стал исключением и текущий 2012 год.

30 ноября 2012 г. кафедра организовала и провела научно-студенческую конференцию на тему: «Развитие идей конституционализма в России». В этом мероприятии приняли участие около 70 студентов юридического факультета и факультета ГМУ.

В докладах студентов на конференции всесторонне были проанализированы многие проблемы конституционного права: историко-правовые предпосылки зарождения и развития науки конституционного права, теоретическое обоснование российского самодержавия и идей эволюционных государственных преобразований в отечественной государственно-правовой мысли, теории утопического социализма, особенности и генезис идей официального конституционализма, история создания и функционирования института Государственной Думы в России и др. Лучшими были признаны доклады: «Систематизация российского законодательства под руководством М.М. Сперанского и его либеральные проекты» (докладчики – студенты гр. 534 ЮР В.В. Астахова и М.А. Миронова, научный руководитель – д.ю.н., профессор П.П. Баранов); «Соотношение понятий «государственное право» и «конституционное право» (докладчики – студент гр. 413 ЮБ Бондаренко К.В., научный руководитель – к.ю.н., доцент Малиненко Э.В.); «Трансформация избирательного процесса в Российской Федерации» (докладчик – студент гр. 422 ГМУБ Е.Б. Чебанян, научный руководитель – к.ю.н., старший преподаватель Р.М. Овчиев). Специально был отмечен очень хороший доклад студенток гр. 534 ЮР Ю.А. Пономаревой и А.Ю. Кузнецовой на тему «Тенденции и перспективы развития современного конституционно-го права в мировом измерении» (научный руководитель – к.ю.н., доцент Н.В. Звез-

дова). С содержательными докладами выступили студенты: О.В. Бабенко (гр. 534 ЮР), Е.Г. Горкуша (гр. 534 ЮР), Е.С. Гришина (гр. 412 ЮБ), А.Ю. Кузнецова (гр. 534 ЮР), А.Е. Рящев (гр. 534 ЮР).

5 декабря 2012 года кафедрой конституционного и муниципального права была организована для студентов коллективная интеллектуальная игра – викторина «Что, где, когда?» по вопросам конституционного права. В этом мероприятии, которое вызвало огромный интерес как у непосредственных участников, так и у всех поддерживающих своих товарищей студентов 1-го и 2-го курсов юридического факультета. Всего в этой игре-викторине приняли участие около 70 студентов. Непосредственные участники игры были разделены на три команды. Вопросы, задаваемые участникам команд, были связаны не только с конституционным законодательством, но и интересными фактами из истории конституционного права. По результатам упорной борьбы победителями была признана команда «93» (гр. ЮБ 411, капитан команды – Ярослав Волобуев), опередившая команду «77» 422 гр. ГМУБ.

12 декабря текущего года состоялась еще одна интеллектуальная викторина на знание Конституции РФ, приуроченная к 19-й годовщине принятия Основного закона России.

Преподаватели кафедры конституционного и муниципального права – инициаторы викторины – объяснили ребятам актуальность викторины, ведь Конституция является основой правовой системы любого государства, и знать ее должен каждый гражданин, независимо от возраста и рода деятельности.

В состав жюри вошли заведующий кафедрой, д.ю.н., проф. П.П. Баранов, к.ю.н., доц. кафедры Э.В. Малиненко, к.ю.н., старший преподаватель кафедры Р.М. Овчиев

В викторине приняли участие команды студентов 1-го и 2-го курсов юридического факультета. Конкурсные вопросы были составлены на основе содержания Конституции РФ, истории ее принятия,

а также федерального конституционного законодательства. Участники проявили высокую активность, хорошие знания и завидный энтузиазм.

По итогам викторины победителем стала команда 1-го курса, показавшая наиболее глубокие знания.

Особого приза зрительских симпатий удостоились студенты 2-го курса, которые продемонстрировали глубокие знания в области конституционных права, свобод и обязанностей граждан Российской Федерации.

По словам преподавателей кафедры конституционного и муниципального права, эффективность таких обучающих игр и викторин состоит в том, что подобные занятия не только повышают интерес ребят к вопросам права, но и способствуют интересному диалогу, свободному обмену мнениями и взглядами между студентами, формируют у них высокий уровень культуры ведения дискуссии.

Такие мероприятия в области научно-исследовательской деятельности студентов нашего вуза кафедра планирует проводить и в дальнейшем.

Шапсугова М. Д.

ОБ ИТОГАХ ОКРУЖНОГО ТУРА ПО ЮФО ВСЕРОССИЙСКОЙ СТУДЕНЧЕСКОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ОЛИМПИАДЫ 2013 г.

1 января 2013 года стартовала Всероссийская студенческая юридическая олимпиада 2013 г. (ВСЮО – 2013) – общероссийский конкурс знаний среди студентов-юристов, организованный Молодежным союзом юристов РФ.

ВСЮО направлена на укрепление системы юридического образования и науки, повышение престижа юридической профессии, выявление молодых талантов и укрепление профессиональных связей между признанными авторитетами в юридическом сообществе и начинающими, которые в процессе подготовки к Олимпиаде и во время прохождения туров не только расширяют свои познания, но и развивают навык состязательности, необходимый будущим юристам.

Каждый год в конкурсах ВСЮО принимают участие более 1000 вузов страны в лице своих лучших студентов. К участию во ВСЮО-2013 приглашаются студенты аккредитованных высших учебных заведений, осуществляющих подготовку по специальности «Юриспруденция».

ВСЮО-2013 проводится в личном зачете в устной форме. Конкурсанты участвуют в трех отборочных турах:

Первый тур – вузовский,

Второй тур – окружной

Третий тур – федеральный (финальный) состоится во второй половине апреля 2013 года в г. Москва, к участию в котором приглашаются конкурсанты, успешно прошедшие второй отборочный тур.

ВСЮО-2013 проводится в следующих основных номинациях:

1. Гражданское право.
2. Уголовное право.
3. Конституционное право.

По доброй традиции Окружной тур ВСЮО 2013 по ЮФО проводится на базе Южно-Российского института-филиала РАНХиГС при участии Ростовского регионального отделения Молодежного союза юристов РФ. В этом году Окружной тур состоялся 5 марта 2013, в нем приняли участие более 40 представителей из Ростовской области, Краснодарского края, Республики Адыгея. Участниками был продемонстрирован высокий уровень профессиональных знаний.

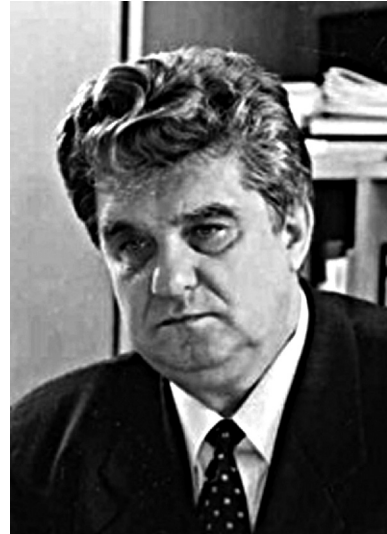
**Победителями Окружного тура по ЮФО
Всероссийской Студенческой Юридической Олимпиады-2013 стали:**

Номинация «Гражданское право»		
1 место	Донецков Евгений Сергеевич	Российская академия народного хозяйства и государственной службы Волгоградский филиал
2 место	Дашков Александр Игоревич	Краснодарский государственный университет культуры и искусств
3 место	Савченко Анна Васильевна	Кубанский государственный аграрный университет
Номинация «Конституционное право»		
1 место	Николаенко Ляна Михайловна	ЮРИФ РАНХиГС
2 место	Ивашко Елена Витальевна	Сочинский институт (филиал) РУДН
3 место	Хачемизова Замира Довлетовна	Адыгейский государственный университет
Номинация «Уголовное право»		
1 место	Голенко Георгий Дмитриевич	Кубанский государственный университет
2 место	Немашкалова Евгений Валерьевна	РАНХиГС Волгоградский филиал
3 место	Магдесян Рузанна Мнацаковна	Краснодарский государственный университет культуры и искусств

Поздравляем победителей и желаем успехов в финальном туре олимпиады!

ВЕЧНАЯ ПАМЯТЬ

ПАМЯТИ ГЕННАДИЯ ВАСИЛЬЕВИЧА МАЛЬЦЕВА



Юридическая наука нашей страны и СНГ простилась с замечательным ученым — членом-корреспондентом Российской академии наук, доктором юридических наук, профессором, заслуженным деятелем науки Российской Федерации Г.В. Мальцевым.

Геннадий Васильевич родился 28 апреля 1935 г. в с. Гулькевичи Краснодарского края. В 1957 году окончил юридический факультет Ростовского государственного университета, после чего на протяжении пяти лет работал в органах прокуратуры тогдашней Чечено-Ингушской АССР. В 1962 году он поступил в очную аспирантуру Института государства и права АН СССР, по окончании учебы в которой был зачислен на должность младшего научного сотрудника ИГПАНа. В 1966 г. под научным руководством члена-корреспондента АН СССР М.С. Строговича защитил кандидатскую диссертацию на тему «Социалистическое право и свобода личности». Став кандидатом юридических наук, он до 1972 года трудился старшим научным сотрудником в ИГПАНе, после чего перевелся в Академию общественных наук при ЦК КПСС, где прошел путь от и.о. доцента кафедры теории госу-

дарства и права до заместителя руководителя этой кафедры в период с 1976 по 1992 годы. В 1979 году защитил докторскую диссертацию на тему «Социальная справедливость и права человека». После известных политических трансформаций он был назначен директором Центра государства и права Российской академии управления (1992 – 1994 гг.), а с июля 1994 года на протяжении более полутора десятилетий неоднократно избирался заведующим кафедрой государственного строительства и права Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации. После преобразования РАГС и до последних дней Г.В. Мальцев заведовал кафедрой теории права РАНХиГС при Президенте РФ, а также по совместительству осуществлял руководство кафедрой теории и истории государства и права Международного юридического института при Министерстве юстиции Российской Федерации.

Г.В. Мальцев приобрел широкую известность в научной среде как выдающийся исследователь философско-правовых и теоретических проблем соотношения свободы личности и права, социальной справедливости, правопонимания, происхо-

ждения и социологии права, теории демократии и властеотношений, федерализма, конституционного права. Им опубликовано двести научных работ общим объемом свыше 350 п.л., в том числе полтора десятка монографий. Он стал одним из немногих мыслителей, которому удалось системно и глубоко раскрыть сущность фундаментальных оснований права: социальных, политических, нравственных, предысторических. Он является соавтором многих учебников по теории права и государства, по которым осуществляется подготовка юристов. Научная школа профессора Г.В. Мальцева подготовила двадцать докторов и восемь десятков кандидатов юридических наук, многие из которых являются ныне известными учеными и государственными деятелями.

Большой резонанс получили в научно-юридическом сообществе такие монографии Г.В. Мальцева, как: «Социалистическое право и свобода личности» (1968 г.), «Социальная справедливость и право» (1977 г.), «Иллюзии равноправия (правовое неравенство в мире капитала)» (1982 г.), «Буржуазный эгалитаризм: эволюция представлений о социальном неравенстве в мире капитала» (1984 г.), «Понимание права. Подходы и проблемы» (1999 г.), «Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики» (1999 г.), «Социальные основания права» (2007 г.), «Нравственные основания права» (2008 г.), «Месть и возмездие в древнем праве» (2012 г.).

Последняя вызвала в прошлом году очень заинтересованное и живое обсуждение в кругу уче-

ных Института государства и права РАН. Ряд трудов Г.В. Мальцева переведен на иностранные языки.

Ключевыми направлениями его научной деятельности выступают: раскрытие глубин правопонимания, исторической эволюции свободы и социальной справедливости, прав личности, синтез ретроспективных, социальных, нравственных, религиозных и обычно-правовых знаний в качестве генетических истоков права.

Видное место в публикациях Г.В. Мальцева занимают и вопросы конституционного права, в т.ч. проблемы федеративного устройства, парламентаризма, реформирования государственного аппарата и публичной службы. Им разработаны новые теоретические конструкции, относящиеся к происхождению права и государства, эволюции юридической деятельности и отдельных правовых феноменов. Им обоснована концепция организационной власти в ее соотношении с властью органической в качестве социокультурного феномена, возникновение которого приходится на поздние стадии социогенеза, а расцвет связан с цивилизацией.

Именно таким, постоянно ищущим и отыскивающим новые оригинальные решения поистине человеческих проблем, насущных вопросов истории и теории права и государства, обостренно чутким и неизменно высококультурным полемистом мы и будем помнить энциклопедически одаренного ученого – Геннадия Васильева Мальцева, многие годы активно сотрудничавшего с нами.

Редакционная коллегия

ПАМЯТИ
КИТИ ДЖЕЛАЛОВНЫ КОРКМАСОВОЙ



15 февраля 2013 г. ушла из жизни известный ученый-юрист, специалист в области конституционного права, доктор юридических наук, профессор Кити Джелаловна Коркмасова (9 февраля 1927-15 февраля 2013 гг.)

Едва достигнув возраста совершеннолетия, она поступила на юридический факультет Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, после успешного окончания которого была направлена на практическую работу в прокуратуру Дагестанской АССР. Через год она поступила в очную аспирантуру Института государства и права АН СССР, где прошла школу ИГП АН, в которую входили ведущие ученые-юристы СССР: Е. Корвин (директор института в период ее обучения в аспирантуре), академик С.В. Юшков (ее научный руководитель), Г.И. Федькин, В.Ф. Коток, И.И. Афанов, И.Д. Левин, С.Ф. Кечекьян, С.Л. Зиве, В.А. Туманов, А.И. Йойрыш, М.А. Шафир, Б.Н. Топорнин, Н.П. Фарберов, С. Покровский. По окончании аспирантуры она успешно защитила диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук и начала преподавательскую деятельность сначала в Краснодарском, а затем в Ростовском филиале знаменитого ВЮЗИ (Всесоюзного заочного юридического института). С восстановлением юридического факультета Ростовского государственно-

го университета продолжила преподавательскую и научно-исследовательскую работу в РГУ старшим преподавателем, доцентом, профессором, заведующей кафедрой, деканом юридического факультета Ростовского государственного университета.

После ухода на пенсию она продолжила свою научную и педагогическую деятельность в Институте управления, бизнеса и права.

Основной сферой ее научных интересов являлись проблемы национальной государственности и федерализма в советском и российском государстве (тема ее диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, защищенной в 1972 году в институте государства и права АН СССР).

Ее научные выводы по этой ответственной проблематике часто становились предметом бурных научных (и не только научных) споров.

В эпоху, когда в официальных документах КПСС было объявлено о решении национального вопроса в СССР, она имела мужество аргументированно доказывать поспешность этого вывода, убеждать в том, что этот вопрос решен только в той постановке и в том содержании, в котором он оставался после развала Российской империи. Разрабатывая весьма сложную проблему о критериях форм национальной государственности в СССР, она обосновывала необходимость их развития, что

находилось в явном противоречии с безусловно господствующим в советский период нашей истории взглядом на эти формы, как полностью удовлетворяющие потребностям национального развития и не нуждающихся ни в каких изменениях.

К сожалению, этот и ряд других судьбоносных для развития отечественного государства и общества научных выводов не были восприняты политической практикой, подвергались «строгой» критической оценке, но оказались пророческими в последующей истории.

Профессор К.Д. Коркмасова прожила сложную, иногда чрезвычайно сложную, но весьма яркую жизнь. В сознании нескольких поколений людей, с которыми она общалась, она оставалась и остается как умный, чрезвычайно красивый человек.

Первое впечатление, которая она производила на окружающих, было впечатление как о необычайно красивой женщине. Даже самое краткое общение с ней неизменно убеждало в ее неотразимом обаянии, переходившем в восхищение ее умом и многообразными талантами. Понятно, что эти редкие качества в таком прекрасном сочетании не могли никого оставить равнодушным, а ее способность

доброжелательно равноудаленно держаться от массы своих почитателей неизмеримо высоко поднимала ее значимость.

Её социальный статус всегда оставался высоким независимо от должностей, которые она занимала, выступая как разновидность её личных человеческих качеств. Далеко не последним среди её достоинств было сформировавшееся за долгие годы педагогическое мастерство, которым она щедро делилась со своими коллегами-преподавателями, аспирантами, студентами.

Многие выпускники юридических вузов стали её аспирантами и при её поддержке учеными.

О Кити Джелаловне можно сказать: «Уходя осталась». Её изумительный голос, талантливо воспроизводивший любые внутренние состояния души, узнаваемо звучит в сознании тех, кому посчастливилось его слышать, помогая достойно переживать всё, чем наполнена наша сегодняшняя жизнь.

Д.Ю. Шапсугов,
благодарные коллеги.

**ПАМЯТИ
САВИНА ВЛАДИМИРА ИВАНОВИЧА**



В январе 2013 года ушёл из жизни видный организатор и учёный, директор филиала Московского государственного открытого университета в г. Кропоткине Краснодарского края, доктор юридических наук, профессор Савин Владимир Иванович.

В.М. Савин известен научной общественности Юга России своими исследованиями конституционных принципов и диалектики процессов.

Велик его вклад в исследование конституционных проблем российского федерализма, им опубликовано 5 монографий по этой тематике.

В.И. Савин является автором более 50 публикаций общим объёмом около 200 п.л., в том числе десяти научных статей в журналах, входящих в перечень ВАК при Минобрнауки России. Под его

руководством подготовлено и защищено несколько кандидатских диссертаций.

Будучи патриотом Кубани, он написал интересную книгу об истории г. Кропоткина, опубликовал ряд статей по истории края.

В.И. Савин публиковался и в нашем журнале.

В памяти друзей и коллег Владимир Иванович Савин останется как исключительно отзывчивый товарищ, основатель и умелый руководитель филиала крупного негосударственного вуза, автор многих научных трудов и учебно-методических пособий.

Редакционная коллегия.

НАШИ АВТОРЫ

Акопов Леонид Владимирович – профессор кафедры административного и служебного права юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, доктор юридических наук. Тел. 88632559821.

Akopov Leonid Vladimirovich – Professor of the department of administrative and service law of the law faculty of South-Russian Institute-branch of the Presidential academy of economy and public administration. Doctor of law. Tel.: 88632559821.

Баранов Павел Петрович – заведующий кафедрой конституционного и муниципального права юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ. Тел. 88632036310.

Baranov Pavel Petrovich, the head of the department of the constitutional and municipal law of law faculty of the South-Russian Institute-branch of Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor, the Honored Science Worker. Tel.: 2-03-63-10.

Баттахов Петр Петрович – научный сотрудник сектора предпринимательского права Института государства и права РАН, кандидат юридических наук. Тел. 89266242869.

Battachov Petr Petrovich – a scientific-research worker of the sector of entrepreneurial law of Institute of state and law of the Russian Academy of Sciences, Candidate of law sciences. Tel. 89266242869

Величко Алексей Михайлович – заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук. Тел. 88632786103.

Velichko A.V. – Honoured Worker of Law of the Russian Federation, Doctor of law

Джагрунов Арслан Анатольевич – аспирант кафедры уголовно-правовых дисциплин юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Тел. 89518352801.

Djagrunov Arslan Anatolievich – a post graduate of the department of criminal law of South-Russian Institute –branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration. Tel. 89518352801.

Зинченко Станислав Акимович – заведующий кафедрой гражданского и предпринимательского права юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, профессор, доктор юридических наук. Заслуженный юрист РФ. Тел. 88632036301.

Zinchenko Stanislav Akimovich, the head of the department of civil and entrepreneurial law of the South-Russian Institute-branch of Presidential Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation. Tel.: 2-03-63-01.

Закирова Светлана Андреевна – аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Тел. 89508479779.

Zakirova Svetlana Andreevna – a post-graduate of the department of civil and entrepreneurial law of the law faculty of South-Russian Institute-branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration. Tel. 89508479779.

Жабкин Антон Сергеевич – аспирант кафедры процессуального права юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Тел. 88632036364.

Zhabkin Anton Sergeevich – a post-graduate of the department of the processional law of the law faculty of South-Russian Institute-branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration. Tel. 88632036364.

Медведев Станислав Николаевич – заведующий кафедрой гражданского права и процесса юридического факультета Ставропольского государственного университета, доктор юридических наук, профессор. Тел. 89286346438.

Medvedev Stanislav Nicholaevich, the head of the department of civil law and process of Stavropol State University, Doctor of Law, Professor.
Tel.: 89286346438.

Мисник Галина Анатольевна – заведующая кафедрой земельного и экологического права юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, профессор, доктор юридических наук. Тел. 89281809467.

Misnik Galina Anatolievna – the head of the department of the land and ecological law of law faculty of the South-Russian Institute-branch of Russian academy of national economy and public administration under the President of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor. Tel.: 89281809467.

Мясникова Елена Владимировна – аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Тел. 88632036301.

Myasnikova Elena Vladimirovna – a post-graduate of the department of civil and entrepreneurial law of South-Russian Institute-branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration. Tel. 886320363301.

Овчиев Руслан Михайлович – старший преподаватель кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, кандидат юридических наук. Тел. 89289045783.

Ovchiev Ruslan Michailovich – senior teacher of the department of constitutional and municipal law of the law faculty of South-Russian Institute-branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Candidate of legal sciences. Tel. 89289045783.

Супатаев Мурат Абды-Касимович – ведущий научный сотрудник сектора теории права и государства ИГП РАН, кандидат юридических наук. Тел. 89250252060.

Supataev Murat Abdy-Kasimovich – a leading researcher of the sector of law and state of IGP of the Russian Academy of Sciences, Candidate of legal sciences. Tel. 892502520060.

Тарасова Анна Евгеньевна – доцент кафедры гражданского и предпринимательского права юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, кандидат юридических наук. Тел. 88632036301.

Tarasova Anna Evgenievna – Assistant Professor of the department of civil and entrepreneurial law of South-Russian Institute-branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, ...

Фоминская Мария Дмитриевна – доцент Ставропольского института кооперации (филиала) Белгородского университета кооперации, экономики и права, кандидат юридических наук. Тел. 89624400148.

Fominskaya Maria Dmitrievna – Assistant Professor of Stavropol Institute (branch) of Belgorod university of cooperation, economics and law, Candidate of legal sciences. Tel. 89624400148.

Шансугзов Дамир Юсуфович – директор Южного филиала Института государства и права РАН, директор центра правовых исследований, главный редактор журнала «Северо-Кавказский юридический вестник», заведующий кафедрой теории и истории права и государства юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

Профессор, доктор юридических наук. Заслуженный юрист РФ. Тел.: 2-44-12-95.

Shapsugov Damir Yusufovich, Director of Southern Branch of the Institute of State and Law of Russian Academy of Sciences. Head of the department of the theory and history of law and state of South-Russian Institute-branch of Presidential Academy of the National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation, Professor, Doctor of Law, Honored Lawyer of the Russian Federation, Editor-in-Chief of the magazine "Yuridichesky Vestnik". Tel.: 2-44-12-95.

Шансугова Мариетта Дамировна – председатель Ростовского отделения молодежного союза юристов РФ, старший преподаватель кафедры гражданского и предпринимательского права юридического факультета Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Тел. 88632036301.

Shapsugova Marietta Damirovna, the chairman of Rostov department of youth union of lawyers of the Russian Federation, chief teacher of the department of civil and entrepreneurial law of South-Russian Institute-branch of Presidential Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation. Tel.: 203-63-01.

Шкель Федор Евгеньевич – аспирант кафедры менеджмента Южно-Российского института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Тел. 89034724040.

Shkel Fedor Evgenievich – a post-graduate of the department of management of South-Russian Institute-branch of the Russian Presidential Academy of the National Economy and Public Administration, Tel. 89034724040.

***СЕВЕРО-КАВКАЗСКИЙ
ЮРИДИЧЕСКИЙ ВЕСТНИК***

2013, № 1

Сдано в набор 20.02.2013. Подписано в печать 27.02.2013.
Гарнитура Таймс. Формат 60х84 1/8. Печать офсетная. Усл. печ. л. 15.5.
Бумага офсетная № 1. Тираж 250 экз.
Заказ № 332.

Южно-Российский институт-филиал Российской академии
народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации
344002, г. Ростов-на-Дону, ул. Пушкинская, 70

Отпечатано в типографии «Альтаир»
г. Ростов-на-Дону, пер. Ахтарский, 6.
Телефон: (863) 234-19-67.

Правила для авторов

1. Статья, направляемая в журнал, должна сопровождаться представлением от учреждения, в котором выполнена работа, двумя рецензиями ученых или специалистов в соответствующей области и подписана автором.
2. К статье прилагаются на отдельном листе:
 - сведения об авторе: фамилия, имя, отчество, место работы, должность, ученая степень, звание, домашний, служебный и электронный адреса, телефоны;
 - название статьи на английском языке;
 - аннотация на русском и английском языках (не более 6 строк);
 - индекс УДК;
 - ключевые слова на русском и английском языках (6-8 слов).
3. Статья должна быть набрана в соответствии с правилами компьютерного набора.
4. Статья представляется в редакцию на электронном и бумажном носителях, идентичных по содержанию.
5. Шрифт Times New Roman, кегль 14, межстрочный интервал полуторный, поля 2,5 по периметру страницы.
6. Таблицы должны иметь заголовки, в них допускаются только общепринятые сокращения.
7. Литература приводится в порядке упоминания в конце статьи. В тексте должны быть ссылки в квадратных скобках (номер работы в списке литературы и страница).
8. Плата с аспирантов за публикацию не взимается.

Примеры оформления литературы

Для книг: *Добрынина Л.Ю.* Вексельное право России. М., 1998.

Для журналов: *Гобов А.К.* О признаках ценной бумаги // Законодательство и экономика. 2009. № 2.

Для диссертационных работ: *Юрина Т.С.* Проблемы теории права в трудах Р.О. Халфиной: Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003.

Статьи направлять по адресу: 344002, г. Ростов-на-Дону, ул. Пушкинская, 70;
тел.: (8-863) 2-03-63-89; 2-55-95-53 (каб. 302), (8-863) 2-55-98-19 (каб. 711);
e-mail: yurvestnik@skags.ru