

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РФ
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«ВОРОНЕЖСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ



*Юбилей
Конференции
Форумы*



ПРАВОВОЙ АКТ: ИЗ АРХАИКИ В XXI ВЕК



*Материалы Первой
ежегодной международной
научно-практической конференции
(Воронеж, 30 июня 2021 г.)*

В ы п у с к 13

Воронеж
Издательский дом ВГУ
2021

Серия основана в 2003 г.

Редакционная коллегия серии:

- М. О. Баев, д-р юрид. наук, проф.;
П. Н. Бирюков, д-р юрид. наук, проф.,
Т. М. Бялкина, д-р юрид. наук, проф.;
Д. В. Зотов, канд. юрид. наук, доц.;
С. Н. Махина, д-р юрид. наук, проф. (отв. редактор);
Е. И. Носырева, д-р юрид. наук, проф.;
С. В. Передерин, д-р юрид. наук, проф.;
О. С. Рогачева, д-р юрид. наук, проф.;
М. В. Сенцова (Карасёва), д-р юрид. наук, проф.;
Ю. Н. Старилов, д-р юрид. наук, проф. (отв. редактор);
Г. В. Стародубова, канд. юрид. наук, доц.;
В. В. Трухачев, д-р юрид. наук, проф.

П68 **Правовой акт : из архаики в XXI век : материалы Первой ежегодной международной научно-практической конференции (Воронеж, 30 июня 2021 г.) / под ред. Ю. Н. Старилова, С. Н. Махиной ; Воронежский государственный университет. – Воронеж : Издательский дом ВГУ, 2021. – 296 с. – (Юбилей, конференции, форумы ; вып. 13). ISBN 978-5-9273-3415-5**

Данный выпуск в серии «Юбилей, конференции, форумы» – результат Первой ежегодной международной научно-практической конференции, организованной кафедрой теории и истории государства и права и Научно-образовательным центром юридической антропологии и конфликтологии юридического факультета Воронежского государственного университета. Научное издание содержит статьи, в которых учеными обсуждается концепция правового акта в контексте ее исторического развития и современного воплощения в правотворчестве и правоприменении. Различные подходы к анализу сущности правового акта, его отдельных видов и их функционального назначения в механизме правового регулирования, прослеживание тенденций исторической преемственности позволяют расширить представление о месте и роли правовых актов в современной юридической системе России и зарубежных стран.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов высших учебных заведений, государственных и муниципальных служащих, практикующих юристов и всех интересующихся проблемами теории и истории государства и права.

УДК 340.1
ББК 67.0

ISBN 978-5-9273-3415-5

© Воронежский государственный университет, 2021
© Оформление, оригинал-макет. Издательский дом ВГУ, 2021

СОДЕРЖАНИЕ

<i>Старилов Ю. Н.</i> От надлежащего качества правового акта к надлежащему качеству публичного управления (приветственное слово декана юридического факультета Воронежского государственного университета).....	7
<i>Махина С. Н.</i> О некоторых проблемах и перспективах развития правовых актов в современном мире	11
АНТРОПОЛОГИЯ ПРАВОВЫХ АКТОВ	19
<i>Честнов И. Л.</i> Антропологическая программа исследования правовых актов	19
<i>Павлов В. И.</i> Антрополого-правовая методология и ее значение для развития теории правотворчества.....	25
<i>Денисенко В. В.</i> Антропология правового акта: деонтологический подход и коммунитаризм.....	31
ИСТОРИОГРАФИЯ ПРАВОВЫХ АКТОВ	38
<i>Романовская В. Б., Безносова Я. В.</i> Элементы юридической техники в архаичных правовых актах	38
<i>Сорокина Ю. В.</i> Общность социальных институтов и правовых форм у германцев и восточных славян	43
<i>Ломакина И. Б.</i> Правовой обычай из архаики в XXI век	54
<i>Малиновская Н. В.</i> Интерпретация древних правовых актов как механизм конструирования правовой реальности.....	62
<i>Демичев А. А.</i> Судебные уставы 1864 года как новация в законотворчестве Российской империи.....	69
<i>Шкаплеров Ю. П.</i> О некоторых проблемах, порожденных нормативным регулированием в досудебном уголовно-процессуальном производстве Российской империи во второй половине XIX в.....	75
<i>Борисова И. Д.</i> Специфика нормативных договоров между советской Россией и странами Ближнего Востока 1919–1922 гг.	81
<i>Алексеева Т. А.</i> Правовые акты президента Второй Испанской республики: виды и обеспечение их законности.....	90
ПРАВОВОЙ АКТ КАК СОЦИАЛЬНЫЙ РЕГУЛЯТОР	97
<i>Раззоков Б. Х.</i> О природе правовых актов третьего уровня правотворчества.....	97
<i>Ильин А. В.</i> Основной закон России и социальная справедливость	105
<i>Мальшева Н. И.</i> Правовой акт в свете идеи справедливости.....	113
<i>Сазонникова Е. В.</i> Правовые акты и краеведение	119
<i>Палеха Р. Р.</i> Правовой акт и правовой договор: общее и особенное	125
КОНЦЕПТ ПРАВОВОГО АКТА В ЮРИДИЧЕСКОЙ ДОКТРИНЕ.....	130
<i>Михайлов А. М.</i> Юридический позитивизм и место нормативного правового акта в системе источников права	130

CONTENTS

<i>Касаткин С. Н.</i> «Вторичные правила» и институционализация правопорядка: модель «происхождения права» в учении Герберта Харта	137
<i>Костенникова Е. А.</i> Развитие концепции естественного права в христианской доктрине	144
<i>Скрынникова М. В.</i> Соотношение доктрин общей теории права, конституционного и административного права в вопросах построения теории правовых актов	152
<i>Соломко З. В.</i> Нормативный правовой акт как абстрактная форма права (к проблеме возрождения правовой архаики)	159
<i>Соловьёва А. А.</i> Трансформация правовых актов	166
СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВОВЫХ АКТОВ	174
<i>Кузьмина О. В., Поцелуев Е. Л.</i> Законодательная техника Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации	174
<i>Шатковская Т. В.</i> К вопросу о понятии «пробел в праве» в условиях цифровизации правовой реальности	189
<i>Поцелуев Е. Л.</i> Источники уголовного права ФРГ в начале XXI века	196
<i>Илюхина В. А.</i> Кодифицированные правовые акты Российской Федерации и Республики Армения в ракурсе компаративистики	216
<i>Гриценко В. В.</i> Правовые акты Президента Российской Федерации как основополагающие правовые акты управления в условиях развития цифровой трансформации	223
<i>Васев И. Н.</i> Общие правила разрешения временной (темпоральной) коллизии норм права	231
<i>Серегина В. В.</i> Спасет ли качество правовых актов принятие «Закона “о законах”»?	245
<i>Завьялова И. С.</i> Нормативный правовой акт и институт оценки регулирующего воздействия: российский и зарубежный опыт	249
<i>Леженин А. В.</i> К вопросу о содержании в законах и подзаконных актах норм силового государственного вмешательства, не основанных на принципах права	254
<i>Панченко К. С.</i> Правовая толерантность в юридических актах	261
4 <i>Парасоцкая М. А.</i> Национальный проект как источник права	267
<i>Сапрыкина И. А.</i> Фактическая основа правоприменительных актов в налоговом праве	271
<i>Шелестов Д. С.</i> Проблемы учета (регистрации) и доступности муниципальных правовых актов в практической деятельности юриста	278
<i>Лаврёнов Н. А.</i> Согласительные процедуры как инструмент создания правового акта	285
<i>Черкасова Е. Г.</i> Правовое регулирование искусственного интеллекта	290

<i>Starilov Yu. N.</i> From proper quality of legal act to proper quality of public administration (welcome by Dean of Law Faculty of Voronezh State University)	7
<i>Makhina S. N.</i> To some problems and perspectives of the development of legal acts in the modern world	11

ANTHROPOLOGY OF LEGAL ACTS	19
<i>Chestnov I. L.</i> Anthropological program for the study of legal acts	19
<i>Pavlov V. I.</i> Anthropological legal methodology and its significance for the development of the theory of lawmaking	25
<i>Denisenko V. V.</i> Anthropology of a legal act: deontological approach and communitarianism	31

HISTORIOGRAPHY OF LEGAL ACTS	38
<i>Romanovskaya V. B., Beznosova Ya. V.</i> Elements of legal technique in archaic legal acts	38
<i>Sorokina Yu. V.</i> Similarity of social institutes and legal forms of Germans and Eastern Slavs	43
<i>Lomakina I. B.</i> Legal custom from the archaic to the 21th century	54
<i>Malinovskaya N. V.</i> Interpretation of ancient legal acts as a mechanism of construction of legal reality	62
<i>Demichev A. A.</i> Judicial statutes of 1864 as an innovation in the lawmaking of the Russian Empire	69
<i>Shkaplerov Yu. P.</i> About some problems, caused by the normative regulation in pre-trial criminal proceedings of the Russian Empire in the second half of the 19th century	75
<i>Borisova I. D.</i> Specifics of regulatory agreements between Soviet Russia and the countries the Middle East 1919–1922	81
<i>Alexeeva T. A.</i> Legal acts of the president of the Spanish Second republic: types and ensuring their legality	90

LEGAL ACT AS A SOCIAL REGULATOR	97
<i>Razzokov B. H.</i> On the nature of legal acts third level of lawmaking	97
<i>Iljin A. V.</i> Fundamental law of Russia and social justice	105
<i>Malysheva N. I.</i> Legal act in the perspective of the idea of justice	113
<i>Sazonnikova E. V.</i> Legal acts and local history	119
<i>Palekha R. R.</i> Legal act and legal contract: general and special	125

THE CONCEPT OF A LEGAL ACT IN JURIDICAL DOCTRINE	130
<i>Mikhailov A. M.</i> Legal positivism and the position of a normative legal act in the system of sources of law	130

<i>Kasatkin S. N.</i> “Secondary rules” and institutionalization of legal order: a model of “origin of law” in Herbert Hart’s doctrine	137
<i>Kostennikova E. A.</i> Developing the concept of natural law in Christian doctrine.....	144
<i>Skrynnikova M. V.</i> Correlation of doctrines of general theory of law, constitutional and administrative law in the construction of the theory of legal acts.....	152
<i>Solomko Z. V.</i> Normative legal act as an abstract form of law (to the problem of the revival of the legal archaic)	159
<i>Solovyova A. A.</i> Transformation of legal acts.....	166
MODERN PROBLEMS OF THEORY AND PRACTICE OF LEGAL ACTS REALIZATION.....	174
<i>Kuzmina O. V., Potseluev E. L.</i> Legislative Technique of Criminal Procedure Code of the Russian Federation	174
<i>Shatkovskaya T. V.</i> On the issue of the concept of “gap in law” in the context of digitalization of legal reality	189
<i>Potseluev E. L.</i> Penal legislation sources in the Federal Republic of Germany at the turn of the 21st century.....	196
<i>Iliukhina V. A.</i> Codified legal acts of the Russian Federation and the Republic of Armenia from the perspective of comparative studies	216
<i>Gritsenko V. V.</i> Legal acts of the President of the Russian Federation as fundamental legal acts of management in the context of the development of digital transformation.....	223
<i>Vasev I. N.</i> General rules of temporary collision resolution.....	231
<i>Seregina V. V.</i> Will the adoption of the “Law on laws” save the quality of legal acts?	245
<i>Zavyalova I. S.</i> Regulatory legal act and institute of regulatory impact assessment: Russian and foreign experience	249
<i>Lezhenin A. V.</i> To the question of the content of norms of forceful State intervention, that are not based on the principles of law, in laws and subordinate acts	254
6 <i>Panchenko K. S.</i> Legal tolerance in juridical acts	261
<i>Parasotskaia M. A.</i> National project as a source of law	267
<i>Saprykina I. A.</i> Actual basis of administrative enactments in tax law.....	271
<i>Shelestov D. S.</i> Problems of accounting (registration) and the availability of municipal legal acts in the practical activity of the lawyer.....	278
<i>Lavryonov N. A.</i> Conciliation procedures as a tool for creating a legal act....	285
<i>Cherkasova E. G.</i> Legal regulation of artificial intelligence	290

**ОТ НАДЛЕЖАЩЕГО КАЧЕСТВА ПРАВОВОГО АКТА
К НАДЛЕЖАЩЕМУ КАЧЕСТВУ ПУБЛИЧНОГО УПРАВЛЕНИЯ
(приветственное слово декана юридического факультета
Воронежского государственного университета)**

Ю. Н. Старилов

Воронежский государственный университет

Аннотация: приветствуя участников конференции, автор затрагивает проблемы формирования правового акта надлежащего качества; акцентирует внимание на ситуациях конфликтности правовых актов и, в том числе, административных актов; подчеркивает, что решение данной проблемы возможно путем совершенствования законодательства и достижения надлежащего уровня правового регулирования, чему, в свою очередь, должна способствовать активная деятельность научного сообщества.

Ключевые слова: правовой акт, конфликты правовых актов, административный акт, административные процедуры, надлежащее качество правового акта.

**FROM PROPER QUALITY OF LEGAL ACT
TO PROPER QUALITY OF PUBLIC ADMINISTRATION
(welcome by Dean of Law Faculty of Voronezh State University)**

Yu. N. Starilov

Voronezh State University

Abstract: welcoming the participants of the conference, the author affects the problems of formation of the legal act of proper quality; emphasizes the situations of conflict potential of legal acts, including the administrative acts; underlines that solution of this problem can be reached by development of legislation and achieving the proper level of legal regulation of administrative acts, due to the activity of science community.

Key words: legal act, conflict of legal acts, administrative act, administrative procedures, proper quality of a legal act.

Глубокоуважаемые коллеги! От имени всего юридического факультета приветствую участников нашей конференции, поставившей на обсуждение четкий и актуальный вопрос о сущности и назначении правового акта.

Международная научно-практическая конференция «Правовой акт: из архаики в XXI век» являет собой начало долгого, плодотворного пути по исследованию различных вопросов глубокой научной проблематики, которые будет ставить основанный на юридическом факультете Воронежского государственного университета Научно-образовательный центр юридической антропологии и конфликтологии (НОЦ ЮрАиК). Факультет приветствует инициативу НОЦ ЮрАиК и кафедры теории и истории государства и права по организации взаимодействия научного сообщества на созданной дискуссионной площадке «Из архаики в XXI век» и выражает глубокую уверенность в плодотворности сотрудничества и

рождении новых, интересных и перспективных форматов научного взаимодействия.

Первая ежегодная международная научно-практическая конференция открывает цикл мероприятий, посвященных эволюции, анализу современного состояния и перспектив дальнейшего развития основополагающих категорий правовой реальности. Ее цель – многоаспектное исследование правового акта как центрального элемента правовых систем современности в ракурсе юридического, исторического, философского, филологического, экономического и других научно-практических направлений познания, что позволит модернизировать теорию правовых актов и усовершенствовать правотворческую и правоприменительную практику.

Значение данного исследовательского начинания трудно переоценить, поскольку лишь тот правовой акт, качество которого может быть оценено как надлежащее, соответствующее потребностям современного мироустройства, способен сделать надлежащей и модель правового регулирования. Последняя, в свою очередь, является основой и гарантией надлежащего, качественного публичного управления, необходимого для развития формы государственности, соответствующей характеристикам правовой, демократической, социальной.

Очевидно, что формирование правового акта надлежащего качества не может быть осуществимо без глубинного понимания сущности правового акта, его юридической природы и назначения как социального регулятора. И в этой связи весьма важно исследовать правовой акт с самых разных ракурсов – от исторической ретроспективы до современного состояния и проблем, от национальных особенностей и опыта до сравнительно-правовых обобщений. Весьма положительно, что в ходе конференции планируется обсудить широкий круг вопросов, раскрывающих парадигму развития, социальную ценность, назначение, общие и отраслевые проблемы института правовых актов, такие как:

- концепт правового акта как источника и формы права;
- антропология правового акта;
- правовой акт как предмет междисциплинарных исследований;
- правовые акты современности в ракурсе компаративистики;
- международная коммуникация как парадигма осмысления правового акта и проблемы создания «наднационального» правового пространства;
- аксиология правового акта;
- правовой акт как средство конструирования юридической реальности;
- конфликтология правовых актов;
- проблемы корреляции и коллизионности правовых актов в системах отраслевого правового регулирования;
- правовой акт в судебной практике и интерпретации;
- диагностика и предупреждение дефектов правового акта;
- механизм реализации правового акта;

- обеспечение законности правовых актов;
- экспертные оценки правового акта и проблемы их реализации;
- юридическая техника создания и правовые технологии обеспечения правового акта;
- цифровые технологии, искусственный интеллект, правовые акты и концепция цифрового законодательства.

Важно отметить и такой аспект: правовой акт в любой его форме имеет целью обеспечение благополучия общества, решение проблем и споров, поддержание функционирования государственного механизма, но, к сожалению, иногда именно правовые акты способны породить юридические конфликты. В этом смысле и закон как особый правовой акт, обладающий высшей юридической силой и регулирующий наиболее значимые общественные отношения, также не составляет исключения. Известны случаи, когда принятая норма закона являет собой так называемую «законодательную ошибку», содержит противоречия и тем самым порождает конфликт, имманентно присущий данному законодательному акту. На правоприменительном уровне отдельные акты и решения, в числе которых и судебные решения, также способны приводить к разочарованию субъектов права в эффективности защиты их прав и законных интересов и функционировании правоприменительной системы в целом.

Административные акты также способны породить юридические конфликты, вынуждающие как исследователей, так и законодателя искать соответствующие пути их разрешения. Когда мы говорим о концепции административного акта как особой разновидности правового акта, нельзя не вспомнить немецкую школу административного права.

В настоящее время институт административного акта находится на высоком уровне развития во многих современных государствах и особенно в тех из них, в которых на конституционном уровне провозглашен их статус правового государства. Но зарождение концепции административного акта происходило в XIX веке, в трудах таких выдающихся немецких профессоров, как, например, Отто Майер. И все дореволюционные труды российских правоведов, посвященные проблематике административного акта, развивались под мощным идеологическим воздействием немецкой школы.

Примечательно, что общетеоретический концепт правового акта имеет важнейшее значение и для отраслевых наук и практики. Например, одной из актуальных проблем современного административного права является проблема административных процедур, выступающая предметом исследования во многих диссертационных работах. Следует подчеркнуть, что проведение данных исследований невозможно без анализа проблематики такого вида правового акта, как административный акт. И данный вопрос получает в них заслуженное и обстоятельное рассмотрение. Нормы административного акта, по сути, пронизывают все проектируемое в будущем законодательство об административных процедурах. И принять такое – новое для российской правовой действительности законодательство – безусловно, немаловажная задача. Но еще более важно

в данном случае само стремление законодателя поднять до надлежащего уровня правового регулирования законодательства об административных актах. На этом пути, конечно, многое еще предстоит сделать, и большая роль в этом принадлежит научному сообществу, способствующему развитию новых законодательных инициатив, постановке проблемных теоретических вопросов, поиску решений практических задач, моделированию направлений развития правового акта надлежащего качества как основы надлежащего качества публичного управления.

Желаю участникам конференции множества интересных суждений, плодотворной научной дискуссии и продолжения конструктивного взаимодействия в будущем!

Воронежский государственный университет

Старилов Ю. Н., доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, декан юридического факультета, заведующий кафедрой административного и административного процессуального права

E-mail: juristar@vmail.ru

Voronezh State University

Starilov Yu. N., Doctor of Legal Sciences, Professor, Honoured Scientist of Russian Federation, Dean of the Law Faculty, Head of the Administrative and Administrative Procedural Law Department

E-mail: juristar@vmail.ru

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ И ПЕРСПЕКТИВАХ РАЗВИТИЯ ПРАВОВЫХ АКТОВ В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

С. Н. Махина

Воронежский государственный университет

Аннотация: в статье анализируются проблемы доктринальных концепций правового акта. Подчеркивается, что правовой акт в силу своей интернациональной и универсальной природы нуждается в дополнительных исследованиях, в том числе с позиций антропологии, историографии, конфликтологии. В дополнительном регулировании нуждается проблема юридической природы регламента как специфического правового акта, а также изменение подходов к исследованию правовых актов в условиях цифровизации.

Ключевые слова: правовой акт, конфликты правовых актов, юридический конфликт, цифровизация правовых актов, мировая юстиция, административный регламент.

TO SOME PROBLEMS AND PERSPECTIVES OF THE DEVELOPMENT OF LEGAL ACTS IN THE MODERN WORLD

S. N. Makhina

Voronezh State University

Abstract: in the article the problems of doctrinal approaches to the legal act are analyzed. The author underlines, that legal act needs to be deeply researched due to its international and universal nature from the positions of anthropology, historiography, conflictology. The problem of legal nature of an administrative order as a specific legal act needs to be additionally regulated, as well as changing approaches to legal acts research in conditions of digitalization.

Key words: legal act, conflict of legal acts, legal conflict, digitalization of legal acts, peace courts, administrative order.

Поступила в редакцию 20 июля 2021 г.

Правовой акт как явление эволюционного развития социальной общности для современного мироустройства переоценить просто невозможно. На протяжении тысячелетий выражение правил разумного, компромиссного сосуществования индивидов именно в форме правового акта постепенно становилось неотъемлемой частью человеческого бытия, а в настоящее время является его прочной основой. В Основных правовых актах государств закрепляются основополагающие параметры внутринациональных ценностей, в международных правовых актах – общие принципы и направления взаимодействия народов. То есть, какой бы уровень действительности мы не анализировали, вывод будет однозначен и неоспорим – во всех сферах жизнедеятельности общим мериллом ориентиров развития социума выступает правовой акт.

При этом важно определиться с назначением правового акта. С одной стороны, оно очевидно – регулирующее воздействие. С другой – концепт

назначения правового акта несоизмеримо шире, поскольку любое регулирование, тем более юридическое, не имеет целью регулирование ради регулирования. Выступая основным социальным регулятором, правовой акт «преследует» более глобальную цель – определение ключевых элементов мироустройства, позволяющих существовать и эволюционировать народам и территориям, а в конечном счете – индивиду, человеку. То есть, базовая цель, основное назначение любого правового акта неизбежно связаны с человеческим измерением, организацией пространства вокруг и для человека, структурированием и обеспечением его потребностей.

В этом ракурсе антропологические исследования правовых актов приобретают особую значимость, что в той или иной мере и в том или ином значении постулируется многими правоведами. Так, в коллективной монографии «Социокультурная антропология права»¹, вышедшей под редакцией петербургских ученых Н. А. Исаева и И. Л. Честнова, весьма объемно представлены суждения авторского коллектива о предмете этого познавательного направления, которым определяется «“человеческое измерение” права в контексте культуры». И поскольку «право» и «правовой акт» – неразрывно связанные категории, обобщенно определяемые друг через друга (бесспорно, что при этом концепт «право» более широк), при антропологическом исследовании феномена правового акта весьма позитивно опираться на предложенные авторами структурно-исследовательские элементы, «практики, которыми человек конструирует и воспроизводит правовую систему»². Представляется, что построение современной доктрины правового акта возможно лишь при его должном осмыслении в контексте не только собственной эволюции и исторической антропологии права, но и социокультурной антропологии, парадигм правовой идентичности, правовой аккумуляции и преемственности права, правового мультикультурализма и др.

Особо следует остановиться и на таком аспекте: правовой акт есть категория интернациональная, не имеющая границ, значимая для всех (или практически всех) современных государств. Более того, процессы мировой интеграции и глобализации ставят задачу взаимодействия правовых систем и выработки общих начал правового регулирования в различных сферах жизнедеятельности. Поэтому дальнейшее изучение феномена правовых актов, развитие теории и практики их реализации в XXI веке, конструирование национальных и наднациональной правовых систем вне сравнительно-правовых исследований опыта зарубежных стран представляется непродуктивным.

Становление категории «правовой акт» в планетарном масштабе шло разными путями, обусловленными особенностями становления различных моделей государственности, спецификой формирования национального сознания, правосознания, культуры и ментальности. Тем не менее

современная практика показывает уникальную общность представлений о регулирующем воздействии правовых актов, их обеспечении и формах реализации. Означает ли это, что правовой акт в современном мире может и должен рассматриваться как универсальное средство взаимодействия народов и государств? Представляется, что ответ однозначно положительный. Любые намерения, договоренности, политические решения становятся легитимными лишь при условии их должного юридического оформления в какой-либо форме правового акта – декларации, конвенции, пакта, договора, соглашения, ордонанса, закона и т.д. И из этого рассуждения следует вывод – перед современной теорией правового акта встает задача выработки общих технико-юридических приемов и правил формирования правовых документов, создания универсальных правовых конструкций, свободных от неоднозначной интерпретации и приемлемых для правового регулирования в пределах различных правовых систем. Универсализация юридической техники – важное направление развития современной теории правового акта, ее «вырастания»/произрастания из рамок национальных концепций в наднациональную доктрину.

Безусловно, данное утверждение несколько спорно. Юридические техники и технологии разных стран, отражающие историко-культурные традиции разных народов, иногда обладают существенными различиями. Тем не менее, правовая практика показывает, что государства в рамках межгосударственных объединений создают правовые акты на основе определенных универсальных конструкций, идентично интерпретируемых и в определенной степени единообразно реализуемых в пределах собственных территорий.

В этом ракурсе категория правовых актов – уникальное явление межличностной, межкультурной, межгосударственной, международной коммуникации, позволяющее сохранять и глубоко исследовать культурный пласт, связанный со становлением правосознания, правовой культуры, правовых ценностей как отдельных общностей и народов, так и человечества. В правовых актах отражается эволюция представлений о государстве, его назначении, структуре его геополитических потребностей и интересов, а также о месте человека в социуме, мире, о формах и пределах реализации своих частных прав и свобод. Поэтому представляются объективно обусловленными следующие два положения:

- в базовый инструментарий теории правовых актов должны включаться не только технико-юридический, но и аксиологический, антропологический и историографический подходы;
- сама современная доктрина правового акта должна иметь своим содержанием два уровня – наднациональный (общая теория правового акта) и национальный (частные теории правового акта).

Однако без конфликтологических исследований теория правового акта любого уровня «упустит» ряд важнейших аспектов, касающихся назначения и характеристики юридической природы правовых актов. Конфликт – это основа прогрессивного динамического развития социума. И в правовой материи, отраженной в исторической линейке правовых актов,

¹ См.: Социокультурная антропология права : коллективная монография / под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. СПб. : Алеф-Пресс, 2015. 840 с.

² Там же. С. 2.

эта парадигма проявляется наиболее отчетливо: меняются эпохи, происходят преобразования (и нередко кардинальные) в государственном строительстве отдельных стран, в их взаимодействии и взаимосвязях, и все это, можно сказать, задокументировано в правовых актах.

Кроме того, конфликт эволюции государственных систем, зафиксированный правовыми документами, – это не единственная плоскость правовой конфликтологии (в частности, конфликтологии правовых актов). Современные системы права, несмотря на общую целевую направленность на преодоление различных типов и видов социальных конфликтов, установление некоего социально-приемлемого компромисса, тем не менее, сами по себе конфликтны, в них прослеживаются:

- конкурентность и коллизийность как отдельных правовых норм, так и правовых актов;
- конфликты правовой интерпретации;
- аксиологические конфликты;
- и многие другие.

Очевидно, что правоведы будут находиться в вечном поиске наиболее действенных и эффективных технологий разрешения и юридических конфликтов, и конфликтов правовых актов. Поэтому думается, что качественная модернизация теории правового акта без учета конфликтологического компонента не возможна.

Говоря о значении историографического подхода, хочу отметить еще и такой аспект: как показывает практика, исследование исторической ретроспективы нередко приводит к современному реформированию правовых систем на основе возрождения ранее полученного положительного опыта. Ярчайший пример – возрождение в Российской Федерации института мировой юстиции. Так, в ходе судебной реформы 1864 года были приняты «Судебные уставы», которые вводили в судебную систему Российской Империи новые суды – мировые. Мировая юстиция представляла собой максимально приближенную к населению, обособленную замкнутую систему, построенную на началах выборности, всесловности, независимости и несменяемости судей в пределах выборного срока, гласности и состязательности. Просуществовав с определенными реорганизационными изменениями (существенное сокращение в 1889 г. и возрождение в 1912 г.) чуть более 50 лет, мировая юстиция была упразднена Декретом о суде от 24 ноября 1917 года. Спустя семьдесят лет мировая юстиция вновь вошла в правовое поле нашего, уже имеющего новую форму государства – 17 декабря 1998 г. был принят Федеральный закон «О мировых судьях в Российской Федерации».

Что касается национальных доктрин правового акта, то, думается, в каждой из них есть свои нерешенные проблемы, которые негативно влияют не только на юридическую теорию, но и непосредственно на правовую практику. В частности, современная российская правовая система, ее структура и содержание имеют множество нерешенных вопросов. Яркий пример – отсутствие в нашей стране акта, который часто условно называют «Законом о законах». Эта проблема находится в стадии своей разработ-

ки уже не одно десятилетие³, хотя отсутствие нормативно установленной видовой определенности и иерархии правовых актов порождает весьма много сложностей. Например, так ничем и не закончившаяся многолетняя научная дискуссия о критериях отнесения того или иного по своей организационной форме акта к категории нормативного правового акта. Отсутствие четкой концепции в юридической науке по этому поводу – это одна из причин отсутствия «Закона о законах», что на практике приводит к не самым удачным вариантам преодоления этого доктринального и нормативного пробелов. Здесь имеются в виду довольно новые для правовой системы нашей страны правовые акты – административные регламенты. Поскольку в единственном правовом ориентире для определения нормативности правового акта – Постановлении Правительства РФ «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти...»⁴ – дается исчерпывающий перечень форм нормативных актов⁵, среди которых нет «административного регламента», то, очевидно, что относить его к нормативным актам нельзя.

Однако дискуссия в научной среде о свойствах нормативности административных регламентов преимущественно завершена, хотя и несколько вразрез с нормативными положениями. Теоретики права склонны рассматривать этот вид правового акта именно как нормативный.

А как решается практиками этот вопрос? Чтобы придать административным регламентам некую нормативно обусловленную обязательность, процедура введения их в действие искусственно усложняется – административный регламент вводится в действие, как правило, положением или приказом⁶. И тем не менее, вопрос о форме *самого* регламента оста-

³ См., например: 1) *Пиголкин А. С., Казьмин И. Ф., Рахманина Т. Н.* Инициативный проект закона «О нормативно-правовых актах Российской Федерации» // Государство и право. 1992. № 7. С. 76–86; 2) Проект Федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации»: подготовлен Минюстом России (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 26.12.2014) (разработка проекта прекращена) [Электронный ресурс]. URL: <http://regulation.gov.ru>; 3) Проект Федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации» / рук. авт. коллектива Т. Я. Хабриева, Ю. А. Тихомиров. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2021. 96 с.

⁴ Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации: постановление Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1009 (ред. от 20.07.2021).

⁵ Согласно п. 2 Правил «Нормативные правовые акты издаются федеральными органами исполнительной власти в виде постановлений, приказов, правил, инструкций и положений. Издание нормативных правовых актов в виде писем, распоряжений и телеграмм не допускается». [Электронный ресурс]. URL: <https://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=391654&dst=100027#xW9NlqSxT3PO7zN6>

⁶ См., например: Об утверждении Административного регламента исполнения Министерством внутренних дел Российской Федерации государственной функции по осуществлению федерального государственного надзора за соблюдением участниками дорожного движения требований законодательства Российской Фе-

ется открытым, а некоторые органы государственной власти оформляют административные регламенты в форме приложений к нормативным актам – положениям и приказам. Казалось бы, в отсутствие правовой определенности выход, пусть и структурно сложный, но все же найден. Но при этом возникают вопросы в другой плоскости. Например, при оспаривании административного регламента или его отдельных положений в суде, в порядке административного судопроизводства, что же все-таки оспаривается: нормативный акт (то есть положение или приказ, утвердивший этот регламент) или же ненормативный акт – административный регламент? Это вопрос принципиальный, поскольку правила оспаривания по Кодексу административного судопроизводства РФ нормативных и ненормативных актов различны, как различны и правовые последствия признания таких актов полностью или в части противоречащими законодательству.

Осложнится проблема отнесения административных регламентов к категории нормативных/ненормативных правовых актов при переходе к электронным административным регламентам⁷, который представляется неизбежным и вполне логичным в рамках реализации концепции формирования электронного государства.

Но и это еще не все сложности. Ввиду отсутствия четких доктринальных представлений по целому ряду аспектов, в отсутствие правовых актов федерального уровня, субъекты Российской Федерации создают собственные, в содержании которых – ими же разработанные юридические понятия, категории, конструкции⁸. В правовой истории России в 90-х годах прошлого столетия уже был аналогичный, раскачивающий единство правового пространства России, период, который преодолевался длительно и сложно.

Это всего несколько из многочисленных отечественных проблем, казалось бы, древнейшего и, следовательно, максимально глубоко разработанного правового института – института правовых актов. И здесь нельзя не удивиться некоторому парадоксу: в огромном количестве стран аналогичные проблемы уже давно разрешены, например, законодатель-

дерации в области безопасности дорожного движения : приказ МВД России от 23 августа 2017 г. № 664 (в ред. от 21.12.2017). [Электронный ресурс]. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_280037/

16

⁷ Электронный административный регламент (ЭАР) – административный регламент, полностью реализованный с применением информационно-коммуникационных технологий (ИКТ). ЭАР предполагает формальное описание административных процедур, пригодное для непосредственной интерпретации и исполнения средствами информационно-коммуникационных технологий // Официальный сайт Административная реформа в РФ, Министерство экономического развития Российской Федерации. [Электронный ресурс]. URL: ar.economy.gov.ru

⁸ Так, например, в 2009 г. Кабинетом Министров Чувашской Республики было принято Постановление от 25 декабря 2009 г. № 437 «Об утверждении Порядка разработки электронных административных регламентов предоставления государственных услуг». [Электронный ресурс]. URL: http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?doc_itself=&infostr=xO7q8+z17fIg7vLu4fDg5uDl8vH/IO3lIOIg7+7x6+Xk7eXpIPDl5ODq9ujo&backlink=1&nd=150019267&page=1&rdk=0#I0

ство о правовых актах разработано, успешно реализуется не одно десятилетие⁹, однако возможности компаративистики российской наукой используются в процессе восполнения российских пробелов и коллизий явно недостаточно.

Вместе с тем жизненные реалии не дают времени замедляться, поскольку бурное развитие общественного бытия ставит новые задачи, которые правовой доктрине еще только предстоит осмыслить и предложить модельные варианты решений. Например, проблемы цифровизации правовых актов, вопросы их алгоритмизации, создание цифрового законодательства и подключение к формированию более эффективных моделей правового регулирования искусственного интеллекта. В этой связи справедлива мысль А. А. Карцхия, указывающего, что «цифровые технологии создают новую реальность (в частности, “цифровую экономику”, цифровое кибер-пространство), отличную от того физического мира, в котором мы живем. Цифровые технологии формируют новую технологическую среду, в которой действует такой социальный феномен, как право. Более того, цифровые технологии начинают диктовать свои условия, к которым необходимо адаптировать правовые институты... Влияние современной технологической революции (“цифровой революции”) распространилось и на систему права, как на национальном, так и на международном уровне»¹⁰.

Пока трудно более-менее уверенно предполагать, насколько масштабными будут изменения и адаптация правового акта как социального регулятора цифровой эпохи. Однако какими бы они ни были, все они должны базироваться на собственной методологической основе, которая пока не предложена правовой наукой. И снова соглашусь с А. А. Карцхия, к сожалению, не вполне обосновывающим, но все же ставящим очень значимую проблему: в настоящее время формируется потребность создания самостоятельного неоклассического правового направления, использующего не только классические институты и правовые конструкции частного или публичного права.

Методологию исследований и формирования цифрового права, цифрового правового акта современной юридической доктрине еще только предстоит разрабатывать. Здесь следует отметить, что, помимо выдвигания общих концептов, в правовой науке стали появляться и более содержательные исследования. Например, в работе «Цифровое право: методология исследования» О. Л. Солдаткина пишет: «Цифровое право – это новая форма существования правовой системы, получаемая в процессе глубокого проникновения информационно-коммуникационных технологий в общественную жизнь, имеющая цифровую природу и характеризу-

⁹ См., например: Закон о нормативных правовых актах ФРГ, принятый 24 марта 1998 г. [Электронный ресурс]. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013602&pos=5;-106#pos=5;-106; О нормативных правовых актах : закон Республики Беларусь от 17 июля 2018 г. № 130-З. [Электронный ресурс]. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=H11800130>

¹⁰ Карцхия А. А. Цифровая трансформация права // Мониторинг правоприменения. 2019. № 1 (30). С. 25–28.

17

ющаяся изменениями по сравнению с классическим правом всех структурных элементов (субъект, взаимодействие субъектов, объект, права человека), а также работы юриста и всей юридической системы, включая законотворчество, правоприменение и т.д. Помимо этого, представляется, что в связи с формированием информационного общества и цифрового права новое звучание получает вопрос о применении дополнительных специфических методик исследования. Цифровизация – процесс по сути своей технический, соответственно, логичным выглядит «заимствование» и некоторых научных методов»¹¹. И далее автор исследует методику системного анализа в правовой среде.

Примечательно и то, что в цифровую эпоху перед доктриной правового акта ставятся вопросы не только адаптации, но и существенного обновления базовых концептов назначения и правовой природы правовых актов¹², их терминологического и категориального аппарата¹³, юридических техник и технологий, систематизации актов. И здесь уместно возвратиться к началу нашего научного обзора – развитию основ мировой (международной) универсализации, объективная потребность в которой диктуется цифровой универсальностью.

Таким образом, подытоживая, можно констатировать, что доктрина правовых актов нуждается в серьезных преобразованиях, модернизации и, безусловно, более интенсивном развитии сразу в двух плоскостях – национальной и наднациональной. И можно полагать, что научный потенциал разных стран, обмен правоведов опытом, формирование новых научных концептов и идей, их активное обсуждение внутри государств и на международных научных площадках позволят сделать правовые акты мощным и эффективным средством развития моделей государственности, отвечающих современным требованиям и вызовам.

¹¹ Солдаткина О. Л. Цифровое право : методология исследования // Правовая политика и правовая жизнь. 2019. № 3. С. 147–150.

¹² См., например: Коломинова А. В. Юридическая природа и обусловленность цифрового права // Цифровая наука : электронный журнал. 2021. № 4. [Электронный ресурс]. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/yuridicheskaya-priroda-i-obuslovlennost-tsifrovogo-prava>

¹³ См., например: Треушников И. А., Грязнова Е. В. Цифровое право : проблемы формирования категориального аппарата // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2021. № 2 (54). С. 131–135.

Воронежский государственный университет

Махина С. Н., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета, руководитель Научно-образовательного центра юридической антропологии и конфликтологии

E-mail: svetlana_mahina@mail.ru

Voronezh State University

Makhina S. N., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Theory and History of State and Law Department of Law Faculty, Head of Scientific and Educational Center of Legal Anthropology and Conflictology
E-mail: svetlana_mahina@mail.ru

АНТРОПОЛОГИЧЕСКАЯ ПРОГРАММА ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВЫХ АКТОВ

И. А. Честнов

Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры Российской Федерации

Аннотация: в статье показаны перспективы социокультурной антропологии права в исследовании правовых актов. Такая программа предполагает изучение конструирования правового акта, его закрепления в юридической форме и реализации. Методологией антропологического изучения правовых актов является включенное наблюдение.

Ключевые слова: социокультурная антропология права, правовой акт, включенное наблюдение.

ANTHROPOLOGICAL PROGRAM FOR THE STUDY OF LEGAL ACTS

I. L. Chestnov

St. Petersburg Law Institute (Branch) of the University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation

Abstract: in article shown the perspectives of socio-cultural anthropology of law in the study of legal acts. This program involves the study of the construction of a legal act, its consolidation in legal form and implementation. The methodology of the anthropological study of legal acts is the included observation.

Key words: socio-cultural anthropology of law, legal act, included observation.

Поступила в редакцию 12 июля 2021 г.

Правовой акт – важный, если не важнейший, элемент правовой реальности. Право существует прежде всего в действиях людей – носителей статуса субъектов права, некоторая часть которых является индивидуальными правовыми актами; многие действия любого человека нормируются в нормативных правовых актах. Поэтому для юридической науки правовой акт является одним из приоритетных объектов исследования.

Современная юридическая наука, как, впрочем, и наука как таковая, пребывает в состоянии «полипарадигмальности»: в ней сосуществуют конкурирующие подходы в описании и объяснении права. Одним из таких новых и перспективных подходов является антропологический. О том, каковы его перспективы в изучении правовых актов, и пойдет речь в данной статье. Однако прежде чем излагать данный предмет, необходимо, хотя бы в общих чертах, ответить на вопрос о том, что такое антропология права (точнее – представить авторское видение антропологической программы исследования права)¹.

¹ См. подробнее: Социокультурная антропология права. Коллективная монография / под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. СПб. : Алеф-Пресс, 2015.

Антропология права возникла в сер. XIX в. как составная часть «общей антропологии», именовавшейся в то время этнологией или этнографией, и преследовала сугубо утилитарную цель – дать практические юридические рекомендации чиновникам метрополии по эффективному управлению колониями. Изучение правовых феноменов (представленных преимущественно обычным правом) народов колоний, находящихся, как представлялось, на более низкой ступени цивилизации, и было основным объектом антропологии права.

Особую популярность и новый импульс развития антропология (и, соответственно, антропология права) получает в сер. XX в., после крушения «мировой системы империализма». Обретение независимости колониями сделало насущной задачу формирования ими своих правовых систем и особо актуальной проблему аккультурации нормативного правового материала, октроируемого им бывшими метрополиями. Одновременно общая гуманизация мировоззрения привела к осознанию того, что культура стран третьего мира является не «отставшей», а иной. Для изучения «иной культуры», включая право, требуются приемы и методы, отличающиеся от традиционной – позитивистской методологии. Более того, после «пионерских» работ К. Гирца с конца 60-х гг. развитие антропологии привело к переосмыслению методологии социогуманитарных наук, что не могло не сказаться на методологии правоведения.

Необходимо заметить, что существует несколько «антропологий»: философская, биологическая, социальная, культуральная. Философская антропология является составной частью философских доктрин и осмысляет экзистенциальные вопросы бытия человека в мире. В то же время, если в учении И. Канта философская антропология достаточно четко выделяется как относительно самостоятельное направление или часть его философского учения, то у Ж.-П. Сартра или М. Хайдеггера провести такое различие между, например, онтологией и антропологией уже невозможно. Биологическая антропология и ее продолжение в эволюционной эпистемологии акцентируют внимание на генезисе человека в контексте общих эволюционных процессов. Социальная антропология акцентирует внимание на человеческом измерении социального мира, а культуральная – на процессах аккультурации человека. Каждое из этих направлений, несомненно, имеет право на существование и перспективы своего развития. В принципе, эти подходы или направления можно представить в виде их взаимодополнительности: философские и биологические основания преломляются в социокультурную конкретику. Однако возможно и самостоятельное их существование как отдельных научных (и учебных) дисциплин. К современной постклассической юриспруденции ближе всего социокультурная антропология, сформировавшая «человекомерную» онтологию и соответствующую методологию описания социальности. Как утверждал К. Гирц, социальный мир (и в этом антропология сближается с социальной феноменологией) – это не люди, их действия, предметы, которыми они оперируют, и последствия действий, а значения и смыслы, приписываемые людям, действиям, предметам и

последствиям действий. Адекватное же изучение таковых осуществляется методом включенного наблюдения, т.е. с позиции действующих акторов в соотношении с позицией внешнего наблюдателя, или «насыщенного описания».

В этой связи возникает сложный, требующий специального рассмотрения, вопрос о соотношении социокультурной антропологии и социологии. Полагаю, что само по себе размежевание этих дисциплин не так уж и значимо в теоретическом смысле (хотя важно для институционализации социокультурной антропологии). В принципе, если социолог применяет методологию включенного наблюдения (или насыщенного описания), то он проводит социокультурное антропологическое исследование (как это делали, например, представители социологии знания, погружаясь в лабораторию – проводя в ней «полевое исследование» с использованием антропологических методик). Так, изучение П. Бурдые кабилских крестьян – это скорее антропологическое предприятие (как он сам считал), а основанный на той же методологии анализ поля университетского образования – это, как считается, скорее социология, а, по большому счету, и то, и другое – социально-антропологическое (или антрополого-социальное, антрополого-культуральное) исследование². Стоит заметить, что сегодня антропология (именно социокультурная ее версия) используется не только при исследовании культур «экзотических» народов, но и для анализа субкультур постсовременного социума, включая их нормативно-правовую регуляцию.

Социокультурная антропология права – это постклассическое «человекомерное» измерение правовой реальности³. При этом предполагается, что человек, а не структура (например, норма права) – это основание правовой системы общества, которая конструируется и воспроизводится практиками людей, социализированных в соответствующей правовой культуре. Любой правовой институт, включая норму права, с точки зрения социокультурной антропологии права характеризуется «человеческим измерением»: в формальном его – института – выражении как абстрактные свойства человека вообще (во многих конституционных принципах) или более конкретные качества, требуемые нормой права для, например, государственного служащего; при реализации института в правовом порядке – в действиях людей «из плоти и крови» (по терминологии Б. Мелкевика), носителей статуса субъектов права. Эти два момента – формальный и деятельностный – взаимодополняют друг друга: институт (и правовой институт) существует или действует в социолого-антропологическом смысле только если реализуется в практиках, включающих ментальные, психические представления о юридически должном и значимом конкретных

² См.: Бурдые П. Начала. Choses dites : пер. с фр. М. : Социологос, 1994. С. 19–20, 143 и др.

³ «Человекомерность» – главный признак антропологии права, по мнению В. И. Павлова. Павлов В. И. Антропология права в контексте юридической, философской и религиозной традиций : история формирования: монография. М. : Юрлитинформ, 2021. С. 29–30.

людей (в противном случае можно говорить о «мертворожденной» норме или институте). С другой стороны, официальное провозглашение юридической значимости необходимо для мотивации (хотя она не сводится только к осознанию и осмыслению формальности права, а включает потребности, интересы и ценности) юридической практики.

Все вышеизложенное имеет прямое отношение к антропологии правовых актов. Исследование правовых актов (далее речь пойдет преимущественно о нормативных правовых актах) с позиций социокультурной антропологии права – это программа, отличающаяся от позитивистского подхода, предполагающего акцент на юридической форме правового акта и моменте его формального действия – официального вступления в силу, распространенности на соответствующий круг лиц и на определенную территорию. При этом термин «действие права» выражает свойственную юридическому позитивизму реификацию практически всех понятий правоведения⁴, наделяемых правосознанием самостоятельным бытием, включая производство желаемого эффекта. Предполагается, что само по себе вступление федерального закона через десять дней после официального опубликования (по общему правилу) приведет к изменениям в обществе. Между тем, в нашем лучшем из миров, смею надеяться, действуют только люди и исключительно их действия порождают социальные последствия. Силы природы, которые, конечно, тоже вызывают последствия, порой весьма значимые, не «действуют», а совершаются, так как слово «действие» всегда предполагает актора, совершающего действие. «Структуры не выходят на улицы», заметил в 1968 г. Р. Барт. Поэтому «действие» и «действенность» или «действительность», «валидность» права – это действия людей, носителей статуса субъектов права в соответствии или вопреки тому, что сформулировано в нормах права (соблюдение, исполнение или использование запретительной, обязывающей или управомочивающей информации, содержащейся в нормативных предписаниях). При этом для такого рода действий людей важно, чтобы правовой акт вступил в юридическую силу, но сама по себе эта «юридическая сила» остается «бессильной», если не мотивирует, всегда вместе с другими моментами социально-психологического механизма правового регулирования, действия людей.

Позитивная часть программы социокультурной антропологии правовых актов включает, как представляется, три основных аспекта: конструирование акта, его официальное закрепление и реализацию. Собственно говоря, сама по себе процедурность юридических актов ближе к социологии права и достаточно давно ею изучается, однако если этот механизм исследовать с позиций методологии включенного наблюдения, то это и будет антропологическая программа.

Первый момент – конструирование правового акта – предполагает выявление того, кто, как и почему производит правовую инновацию.

⁴ Замечу, что без реификации невозможно научное исследование как таковое. «Социальный мир, – утверждал П. Бурдьё, – все более и более населяется реифицированной социологией». Бурдьё П. Указ. соч. С. 87. Однако в юридическом позитивизме эта процедура избыточно гипертрофирована.

Достаточно сложным в этой связи является вопрос: кто «на самом деле» выступает субъектом правотворчества? Депутаты парламента, их консультанты-эксперты, лоббисты или, как утверждает Г. А. Гаджиев, конституционные принципы? Можно ли говорить, что законодателем в социологическом смысле являются внешние факторы, вынуждающие или обуславливающие необходимость принятия того или иного юридического акта? Пояснительные записки, прилагаемые к законопроекту, дают кое-какую небезынтересную информацию, но окончательного ответа при этом получить не удастся. Только метод включенного наблюдения может прояснить, как именно происходило конструирование правового акта. Поэтому можно вслед за П. Бурдьё утверждать, что «неотъемлемо инновационным фактором» является «расхождение между ожиданиями и достижениями»⁵, помещенное в исторический и социокультурный контекст. Последний включает не только социальные и природные факторы, влияющие на принятие решений, но и ожидания населения.

Этот момент – роль населения, интенций народных масс, нуждается в специальном изучении (для чего требуется специальное исследование). Сейчас же замечу, что с позиций постклассической эпистемологии не существует «объективных» оснований для правовой политики, например, для криминализации или декриминализации каких-либо деяний. Как справедливо показали в 90-е гг. представители Копенгагенской школы международных отношений, разработавшие интересную и оригинальную постструктуралистскую теорию «секьюритизации», любое деяние или событие может быть оценено как вредное или полезное – все зависит от позиции «наблюдателя». Поэтому важно не пытаться найти критерии «объективности» общественной опасности (особенно если их и не существует именно как «объективных критериев»), а выяснить, как происходит формирование представлений об опасности пандемии, кибератак или нарушений локдауна.

Антропологический аспект официального провозглашения правового акта обращает внимание не на форму акта (что само по себе важно для формально-юридического анализа акта), но дополняет формальность акта его «герменевтической культуральностью» – как акт воспринимается автором, адресатом и наблюдателем (представителями основных социальных групп, образующих репрезентативную структуру данного социума). Что хотел сказать автор акта, производя «официальную номинацию социального мира», – его «видение и делание»⁶, как это воспринимается основными социальными силами в обществе, – образует содержание борьбы в поле права. Победитель в такой символической борьбе (результаты которой всегда имеют не только символические последствия) приобретает право официального представительства своей точки зрения как универсальной – право классифицировать, категоризировать и квалифи-

⁵ Бурдьё П. Указ. соч. С. 75.

⁶ «Описание социального мира образует власть над социальным миром», – утверждал вслед за Аристотелем П. Бурдьё. Бурдьё П. Указ. соч. С. 143.

цировать социальный мир, в основном через определение позиций людей, наделяя их статусом субъектов права.

Реализация права с антропологической точки зрения предполагает соединение мотивации акторов со структурными их ограничениями и возможностями⁷. Принципиально важную роль в этом процессе играют габитусы – системы производства практик и одновременно диспозиции или схемы восприятия, оценки практик⁸. Полагаю, что так понимаемый габитус близок юридическим фреймам и скриптам – образцам типичных правовых ситуаций и поведения в них, формируемых в процессе социализации. Знания и умения, навыки поведения в магазине, в отношении с полицейским, работодателем, при получении необходимых документов и т.д. составляют юридическую повседневность, с которой сталкивается каждый и которая образует важный объект антропологического изучения. Замечу, что анализ юридической повседневности касается, как это не покажется парадоксальным, также изучения правовых актов. Правовой акт, например, процессуальный кодекс, действует на практике не сам по себе: нормы УПК не говорят о том, как, например, эффективнее провести следственное действие. Такое знание можно обнаружить в криминалистических рекомендациях, но они, в свою очередь, должны быть итериоризированы в умения и навыки, образующие содержание обычных практик. Очевидно, что это же относится к реализации и оформлению индивидуальных правовых актов.

Полагаю, что все вышеизложенное наглядно свидетельствует о перспективности социокультурной антропологии права как научно-исследовательской программы как таковой и в исследовании правовых актов, в частности. Создание Научно-образовательного центра правовой антропологии и конфликтологии при Воронежском государственном университете, можно надеяться, придаст новый импульс развитию этой программы.

⁷ «Дуальность структуры», по Э. Гидденсу, состоит в том, что они не только ограничивают свободу человека, но и предоставляют возможности.

⁸ См.: Бурдые П. Указ. соч. С. 193.

АНТРОПОЛОГО-ПРАВОВАЯ МЕТОДОЛОГИЯ И ЕЕ ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ РАЗВИТИЯ ТЕОРИИ ПРАВОТВОРЧЕСТВА

В. И. Павлов

Академия Министерства внутренних дел Республики Беларусь

Аннотация: рассматривается антропология права как современное направление правовых исследований. Описывается методология антропологии права, раскрывается значение антрополого-правовой методологии для развития теории правотворчества. Обосновывается возможность использования антрополого-правовой методологии для решения проблемы стабильности и эффективности законодательства.

Ключевые слова: право, антропология права, правотворчество, методология, конфигурация законодательства.

ANTHROPOLOGICAL LEGAL METHODOLOGY AND ITS SIGNIFICANCE FOR THE DEVELOPMENT OF THE THEORY OF LAWMAKING

V. I. Pavlov

Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Belarus

Abstract: the anthropology of law is considered as a modern direction of legal research. Described of the methodology of anthropology of law, the significance of anthropological-legal methodology for the development of the theory of lawmaking is revealed. The possibility of using anthropological-legal methodology to solve the problem of stability and efficiency of legislation is substantiated.

Key words: law, anthropology of law, lawmaking, methodology, configuration of legislation.

Поступила в редакцию 12 июля 2021 г.

Антропология права как направление правовых исследований в русскоязычной общеправовой теории начала разрабатываться в начале 2000-х гг. Одним из первых проблематику антропологии права обозначил А. И. Ковлер в первом учебном издании по антропологии права. В Европе история юридической антропологии систематически была изложена во второй половине 80-х гг. прошлого столетия французским правоведом Норбером Руланом в работе «Юридическая антропология» («Anthropologie juridique», 1988). В 1999 г. эта работа была переведена на русский язык.

Направление правовых исследований, которое было начато Н. Руланом и А. И. Ковлером, является лишь одной линией антрополого-правового анализа, сконцентрированного на познании юридико-этнографического материала. Безусловно, этот материал связан с главным объектом антрополого-правового анализа – с действующим в правовой реальности человеком, однако отражает только одну его сторону. Кроме анализа этнической, национально-культурной специфики действия права у разных народов, в разных государствах, в разных регионах мира большое значе-

ние имеют и общеметодологические вопросы, связанные с пониманием человека юридического, его эпистемологической модели, как она представлена в правоведении в целом. Ведь важно заметить, что в тех правовых порядках, которые ориентированы на западные правовые стандарты, используется антрополого-правовая модель рационалистического типа, выработанная в эпоху Нового времени. У этой модели множество плюсов и преимуществ, однако есть и недостатки, которые в общем и обусловили интерес к антропологической проблематике. Универсальная и единственная модель человека в праве рационалистического типа стала одной из причин кризиса человеческого измерения права на Западе, выразившегося, прежде всего, в трансформации и деформации нравственных ориентиров и идеологизации правового дискурса (проблема соматических прав человека, политизация концепции прав человека и т.п.). Кроме того, дальнейшее развитие и распространение практически по всем регионам мира западных антрополого-правовых стандартов в конце XX – начале XXI столетия вызвало отторжение в незападных и близких к ним правовых порядках.

Еще в 60-х гг. XX в. в западной гуманитаристике начали говорить о кризисе субъекта, т.е. новоевропейской, картезианско-кантианской антропологической модели. Отчасти это интеллектуальное движение коснулось и правовых исследований, что выразилось в появлении новых методологических подходов к пониманию человека юридического: идеи феноменологии, юридической герменевтики, структурализма, фундаментальной онтологии, а также антропологии стали привлекать внимание ученых-юристов. В русскоязычном правоведении, наряду с вышеупомянутыми работами Н. Рулана и А. И. Ковлера, появились исследования антрополого-правовой проблематики на новой методологической платформе. Концентрированно эти идеи представлены в работах, инициированных профессором И. Л. Честновым – «Социокультурная антропология права» (2015) и «Постклассическая онтология права» (2016). Хотя следует отметить, что сегодня в русскоязычном правоведении одновременно разрабатывается несколько антрополого-правовых подходов, в том числе и автором настоящей статьи.

Как уже отмечено выше, в антропологии права как направлении развития фундаментальной юриспруденции ставится цель познания форм присутствия человека в правовой реальности с последующей концептуализацией данных форм в общетеоретических понятиях и категориях, а также в праве в целом как человекомерном явлении. Поскольку переосмысление традиционной концепции субъекта права и элементов традиционного юридического дискурса, связанных с понятием субъекта права, означает одновременно и переосмысление новоевропейских методологических установок относительно понимания человека юридического, постольку антропология права может быть отнесена к постклассическим (или неклассическим) правовым концепциям.

Перспективы развития антропологии права как постклассической правовой концепции определяются разработкой модели человека в пра-

ве и инструментальных средств работы с ним в правовой реальности. В связи с этим антрополого-правовой подход основывается на методологических позициях, в соответствии с которыми: а) юридический дискурс является и должен быть антропологически ориентированным; б) сам человек в праве должен рассматриваться не только как субстанциальное образование в форме классического субъекта права, но с точки зрения его правового существования в совокупности всех юридически значимых антропологических проявлений.

Особенность авторского антрополого-правового подхода в плане построения общих способов познания правовой реальности состоит в том, что правовая реальность в соответствии с принципом человекомерности аналитически разделяется на две составляющие, или, два уровня: антропологический и нормативный. Первый уровень составляют те элементы права, которые непосредственно основаны на модели человека либо непосредственно связаны с ним. В частности, это сами понятия человека в праве (субъекта права), правового сознания, правовых ценностей, правового мышления, правовой культуры и т.д. Второй уровень – это те элементы правовой реальности, которые в той или иной степени отделены, автономизированы от действующего в праве человека и представляют собой институционально оформленные элементы: нормативная система права (источники права), юридическая техника, правотворческий процесс, институты ответственности и все то, что конструируется и функционирует как не человекомерное, а институциональное образование.

Говоря о методологической позиции выделения двух составляющих правовой реальности, следует сказать не только о продуктивности, но и об условном характере такой аналитической процедуры. В соответствии с современными философскими представлениями о реальности известно, что мир как таковой неизменно связан с интерпретационной деятельностью человеческого сознания, т.е. с человеком, поэтому всякий элемент мира представляет собой для человека текст – т.е. ментально воспроизведенный образ. С этой точки зрения и нормативный правовой акт, и юридическая техника, и любой правовой институт, в том числе уполномоченный государственный орган и осуществляемая им юридическая процедура связаны и зависят от человека, от конкретных людей. Тем не менее с позиции специфического языка юриспруденции считаем целесообразным говорить о возможности выделения двух упомянутых выше уровней правовой реальности.

Правотворческая деятельность и как ее следствие – принятие нормативного правового акта (иного источника права) в этой связи выступает установленной процессуальной процедурой с четко регламентированными законодательством этапами. Сам же нормативный правовой акт является отделенным от лица, субъекта права письменным документом установленной формы со своей структурой и нормативным содержанием. Иными словами, правотворчество относится к институциональному, а не антропологическому уровню правовой реальности, хотя и здесь можно

вести речь об определенных антрополого-правовых аспектах. Ниже остановимся на одном из таких аспектов.

Известно, что любая национальная правовая система стремится к стабильному и эффективному развитию, означая, что нормативный массив развивается в плановом порядке и максимально долго регулирует общественные отношения, не вызывая постоянной смены нормативно-регулирующих, вызывая доверие и оправдывая ожидания граждан. Такой традиционный подход к правовому регулированию всегда являлся приоритетным, и с ним была связана идея качества нормативного правового акта. Частая же смена законодательства, внесение в него постоянных дополнений и изменений обычно рассматривается как дефект правотворческой деятельности, пусть иногда и вынужденный. Сама система законодательства представляется как иерархический порядок, в котором изменение акта высшей юридической силы влечет и изменение актов низшей юридической силы относительно одного и того же предмета правового регулирования. Внесение изменений и дополнений в акты законодательства низшей юридической силы (постановления государственных органов, инструкции, приказы и т.д.) влечет несогласование с актами высшей юридической силы и нередко может создавать ситуации правовой неопределенности. Внесение же изменений и дополнений в акты высшей юридической силы вынуждает изменять и меньшие по юридической силе акты.

Современные процессы в социальной реальности носят постоянно интенсифицирующийся характер, что во многом связано с ускорением социального времени в связи с развитием технологий. Многие отношения переносятся из актуальной в виртуальную реальность. Следовательно, законодатель должен своевременно и адекватно регламентировать те социальные отношения (в том числе осуществляющиеся в виртуальной реальности), которые являются юридически значимыми. А таких немало. В контексте проблемы стабильности и эффективности права возникает вопрос: каким образом поддерживать временную адекватность развития права при постоянной необходимости его нормативного обновления, чтобы не допустить, во-первых, проблемы заюридизированности общественных отношений и, во-вторых, проблемы утраты ценностно-правовых основ развития национального правового порядка?

Полагаем, что ответом на вопрос может быть подход, согласно которому правовое регулирование можно представить не только посредством традиционного подхода к позитивному праву как строго иерархической системе, отраженной в системе законодательства, а по принципу дополнительности как конфигурации законодательства, конфигурации различных правовых средств. Под конфигурацией мы понимаем архитектуру, состав, характеристику и организацию связи между различными правовыми средствами, разделяющимися на основные и периферийные.

Место основного средства в конфигурации принадлежит ценностно-правовому ядру национального права. Оно содержит базовые правовые основания аутентичных юридически значимых антропологических

практик, аутентичных – в смысле свойственных данному обществу и его культуре на определенном историческом этапе развития. Ценностно-правовое ядро может быть отражено в принципах права, правовых ценностях на уровне Конституции (точнее – в практике толкования и формулирования конкретных правовых положений конституционными судами), Концепции правовой политики и т.д. Ядро отвечает за качественный аспект национальной правовой системы. Оно означает, что законодатель должен в полной мере количественно обеспечивать выражение и закрепление ценностно-правовых параметров функционирования и развития национального права. Антрополого-правовой аспект здесь выражается в том, что правовые ценности, закрепленные в виде правовых норм, правовых положений, должны рассматриваться не как юридические абстракции, а как идеальные для правового порядка юридические антропологические практики. В условиях активного социального конструирования через масс-медиа в этом процессе роль активных социальных публично-правовых агентов сложно переоценить, в первую очередь, конструктивную роль государства, а также и институтов гражданского общества. Безусловно, эти субъекты не могут, на наш взгляд, положиться на инерцию социального развития, которая на самом деле таковой не является. Поддержание господствующих и способствующих общему благу антропопрактик в условиях соблюдения требования легитимности представляется важным моментом обеспечения функционирования ценностно-правового ядра.

Антрополого-правовое значение ценностного ядра конфигурации законодательства состоит в том, что его нормы всегда будут запаздывать с позиции количественных, т.е. временных показателей развития правовой системы. Но в предлагаемом подходе это нормально, ведь правовая идентичность обеспечивается именно правовыми положениями базовых ценностей правового порядка.

Динамизм и временную адекватность развития права обеспечивает правовая периферия, которая представляет собой новые комплексы правовых норм и институтов, отвечающие за регламентацию постоянно увеличивающихся социальных отношений. Периферия отвечает за количественный аспект национального права, который должен выражаться, в отличие от правового ядра, в достижении не максимально возможного, а сбалансированного, т.е. среднего количества нормативных правовых актов для эффективного правового регулирования. Но даже при увеличении нормативного массива периферии при сохранении ценностного ядра система законодательства и право в целом будут сохранять устойчивость и в то же время подвижность.

Каково отношение ценностно-правового ядра и правовой периферии? Нормативные правовые акты, составляющие правовую периферию (это, как правило, акты органов государственного управления), не должны изменять положения ценностно-правового ядра. Субъекты ведомственного правотворчества должны сопоставлять свои нормотворческие предложения с положениями ценностного ядра. Разумеется, для этого необходима соответствующая квалификация специалистов в сфере ведомственного

правотворчества, возможно, отдельно выделенный от общей юридической экспертизы институт научной экспертизы. И, напротив, в нормативные правовые акты ядра (конституционные законы, программные правовые акты в правовой системе) не должны включаться правовые положения из новых видов общественных отношений, которые предназначены для правовой периферии как количественного показателя конфигурации права. Субъекты правотворчества этих ключевых для правовой системы актов не должны гнаться за количеством и сразу же вносить изменения и дополнения в конституционные и иные важнейшие законы и другие законодательные акты программного характера. Конечно, пакетный принцип принятия нормативных правовых актов предполагает внесение изменений и дополнений одновременно в акты всех уровней – от закона до подзаконного акта, либо одномоментное принятие актов максимально возможного количества уровней правового регулирования. Однако даже в этом случае ориентиром всегда должны выступать ценностно-правовые положения в той или иной сфере правового регулирования, выступающие фундаментом для развития законодательства.

Основное внимание субъектов правотворческой деятельности, таким образом, должно быть направлено на сохранение ценностно-правового ядра в каждой сфере регулирования, в каждой отрасли права и законодательства, и сегодня это, на наш взгляд, одно из ключевых положений правовой политики. Значение же антрополого-правового подхода заключается в том, что выявление этого ядра возможно посредством отражения идеальных, желательных для правопорядка и социума антропологических практик в нормах права.

Академия МВД Республики Беларусь

Павлов В. И., кандидат юридических наук, доцент, докторант научно-педагогического факультета

E-mail: vadim_pavlov@tut.by

Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Belarus

Pavlov V. I., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Doctoral Student of the Scientific and Pedagogical Faculty

E-mail: vadim_pavlov@tut.by

АНТРОПОЛОГИЯ ПРАВОВОГО АКТА: ДЕОНТОЛОГИЧЕСКИЙ ПОДХОД И КОММУНИТАРИЗМ¹

В. В. Денисенко

Воронежский государственный университет

Аннотация: в статье рассматривается понимание антропологии правовых актов в контексте дискуссии деонтологического подхода и коммунитаризма. Характеризуется специфика современного общества позднего модерна и критика идей Просвещения. Уделяется внимание легитимации права с позиции теории коммунитаризма. Исследуется связь легитимности права и социальной ценности. Изучаются условия эффективности правового регулирования и правовой политики в контексте легитимности права.

Ключевые слова: антропология права, методы юридической науки, коммунитаризм и право, теория естественного права, принцип делиберативности.

ANTHROPOLOGY OF A LEGAL ACT: DEONTOLOGICAL APPROACH AND COMMUNITARIANISM

V. V. Denisenko

Voronezh State University

Abstract: the article considers the understanding of the anthropology of legal acts in the context of the discussion of the deontological approach and communitarianism. The specifics of the modern society of the late Modern and the criticism of the ideas of the Enlightenment are characterized. Attention is paid to the legitimation of law from the position of the theory of communitarianism. The connection between the legitimacy of law and social value is investigated. The conditions of the effectiveness of legal regulation and legal policy in the context of the legitimacy of law are studied.

Key words: anthropology of law, methods of legal science, communitarianism and law, theory of natural law, the principle of deliberation.

Поступила в редакцию 12 июля 2021 г.

Вопросы правовых актов в контексте антропологии права стали предметом активных дискуссий отечественных правоведов после выхода в 2000 г. на русском языке книги французского ученого Норбера Рулана². С тех пор на постсоветском пространстве сложился уникальный дискурс, связанный с пониманием антропологии права не просто как изучения норм архаичных обществ, как это понимают в иных странах, а более широко. В ряде публикаций происходит попытка обосновать новую научную дисциплину – социокультурную антропологию права, предметом

¹ Работа выполнена в рамках проекта: Грант РФФИ № 19-011-00796 «Делиберативность как принцип принятия публично-значимых решений: юридическое измерение».

² См.: Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов. М., 2000. 310 с.

которой выступает «человеческое измерение» права в контексте культуры»³. Причем следует отметить, что в отличие от большинства иных юридических теорий идеи правовой антропологии в широком смысле указанном выше, не получили популярности нигде за пределами отечественной науки и ближнего зарубежья. Антропологический подход рассматривается отечественными учеными в контексте правового плюрализма, при этом отрицаются единые закономерности и стандарты прав личности, которым противопоставляется уникальность культуры и обусловленность правовых текстов культурным основанием. В данной статье будет проведен анализ идей сторонников и противников культурального подхода.

Как известно, современная юридическая доктрина, лежащая в основе конституционного и международного гуманитарного права, берет истоки из эпохи Просвещения. В этот период был сформулирован деонтологический подход к праву, заключающийся в идеях универсальных стандартов для всех народов. Речь идет о таких концептах, как «общественный договор», «разделение властей», «естественные права личности». Однако, во второй половине XX века возникает критика теории классического рационализма и естественных прав человека. По словам современного немецкого правоведа О. Хеффе, «сегодня естественное право представляется настолько исчерпавшим свои возможности, что оно уже не удостоивается вообще никакого внимания, будь то даже в форме острой критики»⁴. Причина утраты своих позиций теорией естественного права видится в потере оснований этой концепцией. В качестве оснований доктрина естественного права использовала либо неизменную природу человека, либо божественный порядок (что характерно, прежде всего, для религиозных трактовок естественного права), а также рациональность, т.е. разум. Теория классической рациональности, связанная с естественным правом, это продукт эпохи Просвещения. Между тем, обоснование правил позитивного права метафизической идеологией эпохи Просвещения, концепцией о неких неизменных началах, которые действительны для всех времен и народов и с позиции которых можно оценить законы, не представляется убедительным в условиях светского сознания. Мироззренческий плюрализм и светская культура делают невозможным обращение к божественному порядку в поиске таких оснований. На это указывают как представители постмодернизма, прежде всего Ж.-Ф. Лиотар, который называет идеологии, легитимирующие власть, метанаррациями, так и автор теории коммуникативного действия Ю. Хабермас, который, не соглашаясь с тезисом о наступлении эпохи постмодерна, считает необходимым консенсуальное обоснование истины⁵. Что

³ Социокультурная антропология права : коллективная монография / под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. СПб. : Алеф-Пресс, 2015. 840 с.

⁴ Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. М., 1004. С. 117.

⁵ Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна. СПб., 1998. С. 155–156.

касается иных пониманий естественного права, то они также не могут служить обоснованием позитивного права. Философы, исследующие проблемы общественной модернизации, указывают, что утверждение исторического взгляда на природу человека и разум подрывает позиции антропологического и рационального естественного права⁶. Критике естественная теория права подвергается и представителями юридического либертариизма. Как указывает В. В. Лапаева, «отсутствие теоретического критерия, на основе которого можно выявить правовое начало в общественной жизни, проявляется в неспособности естественно-правовой доктрины дать надлежащую правовую оценку тех или иных подходов к решению актуальных проблем социальной реальности, т.е. оценить правовое качество соответствующих законов. Например, в свое время с позиций этого подхода невозможно было понять, сводился ли «факт существования рабов к позитивному праву или это различие людей на свободных и рабов было частью естественного божественного порядка? И может ли государство... посягать на этот естественный порядок и изменять его...?»⁷ В наши дни естественно-правовая теория не может дать обоснованный с правовых позиций ответ, например, на вопрос о том, является ли отмена смертной казни правовым, а, следовательно, общезначимым и общеобязательным требованием для всего международного сообщества, или это мера нравственного порядка, применение которой оправдано в условиях соответствующего уровня культурно-нравственного развития той или иной нации. И этот перечень можно продолжить, включив в него такие проблемы, как запрет абортов, легализация эвтаназии, однополые браки и т.п.»⁸.

Безусловно, обоснование позитивного права, законов моральными принципами представляется необходимым, в противном случае возникает угроза нарушения прав личности государством. Но так как в условиях современного общества легитимация через естественное право, как некое неизменное начало, не представляется убедительной, в настоящее время существуют иные теории, легитимирующие право с антипозитивистских начал. По мнению О. Хеффе, перспективной является теория справедливости: «Реабилитацию естественного права Нового времени предпочитают теперь именовать “теорией справедливости”»⁹. Наиболее известный подход к справедливости в праве – «справедливости как честности» – принадлежит Дж. Ролзу. Дж. Ролз противопоставляет свою концепцию теориям, которые носят утилитарный характер: «...в справедливости как честности не следует рассматривать склонности и предпочтения людей в качестве уже заданных, каковы бы они ни были, и затем искать наилучший способ их удовлетворения. Скорее, эти желания и устремления

⁶ См.: Бусова Н. Модернизация, рациональность и право. Харьков, 2004. С. 259.

⁷ Лапаева В. В. Типы правопонимания : правовая теория и практика. М., 2012. С. 70–71.

⁸ Там же.

⁹ Хеффе О. Указ. соч. С. 52.

ограничены изначально принципами справедливости, устанавливающими границы человеческих целей. Иными словами, в справедливости как честности концепция правильности первична по отношению к концепции блага¹⁰. Между тем, теоретическая основа теории Дж. Ролза вызывает критику по причине принадлежности к теории классического рационализма, выдвинутой Просвещением. Наиболее обстоятельная критика теории «справедливости как честности» принадлежит Аласдеа Макинтайеру, представителю такого современного философского направления, как коммунитаризм¹¹. А. Макинтайер пишет: «...блага, а с ними и единственные основания для авторитета закона и добродетелей могут быть открыты только вхождением в те отношения, которые составляют сообщества, чьи центральные узлы есть общее видение и понимание благ»¹². Коммунитаристы отстаивают обусловленность убеждений сообществом (отсюда и название этого направления), поэтому они отрицают абстрактный универсализм, в том числе и положенный в основу законов. По мнению А. Макинтайера, человек всегда выступает как представитель какого-либо сообщества: «...я гражданин того или иного города, племени, нации. Отсюда то, что есть благо для меня, есть благо для того, кто воплощает эти роли. Как таковой я унаследовал прошлое моей семьи, моего города, моего племени, моей нации и унаследовал различные долги, оправданные ожидания и обязательства. Они составляют данность моей жизни, мою моральную точку зрения. Это именно то, что придает моей жизни свойственную ей мораль»¹³. Коммунитаристы критикуют идею абстрактной личности, поскольку в основе любой морали находим так называемые моральные идеалы или сверхблага¹⁴, тесно связанные с конкретным сообществом. По мнению коммунитаристов, «...личность не выбирает цели, а скорее открывает их, будучи включенной в некий социальный контекст, разделяемый с другими»¹⁵. Следует согласиться с коммунитаристами, что при использовании универсальных принципов в духе классического рационализма происходит игнорирование общественных практик, институтов, существующих в различных сообществах. Поэтому, на мой взгляд, перспективными являются интегративные современные антипозитивистские типы правопонимания¹⁶.

¹⁰ Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. С. 41.

¹¹ Наряду с А. Макинтайером к указанному направлению относят таких философов, как М. Сэндел и М. Тейлор.

¹² Макинтайер А. После добродетели : исследования теории морали. М., 2000. С. 349.

¹³ Там же. С. 297.

¹⁴ Категория, используемая М. Тейлором.

¹⁵ Сэндел Майкл Дж. Либерализм и пределы справедливости // Современный либерализм : сборник статей. М., 1998. С. 213.

¹⁶ В качестве современных антипозитивистских теорий права следует отметить либертарную теорию права (В. С. Нерсисянц, В. В. Лапаева, Н. В. Варламова, В. А. Четвернин), а также коммуникативный подход к праву, основанный на коммуникативной рациональности в праве (Р. Алекси, Ю. Хабермас).

В последней четверти XX в. в европейской политической и философской мысли была весьма популярна идеология мультикультурализма, который «подвергает сомнению такие сакральные для философии понятия, как «всеобщность» и «универсальность», утверждая, что культурные различия имеют статус онтологических, т.е. «последних» различий и не могут быть преодолены без уничтожения носителя этих различий – конкретного народа или социальной группы»¹⁷. В отечественном правоведении также популярны идеи мультикультурности, антропологического и социокультурного подхода. В частности, И. Л. Честнов пишет: «Рационально обосновать такие морально окрашенные категории, как формальное равенство, свобода (мера свободы), справедливость, народовластие и т.д., понимаемые даже формально юридически невозможно». Справедливым в этой связи представляется утверждение А. Макинтайера, что «для окончательного разрешения рационального спора потребовалось бы обращение к такой норме или совокупности норм, чьего авторитета ни одна мыслящая личность не могла бы признать»¹⁸. Ссылка на А. Макинтайера сторонников антропологического подхода к праву не случайна, ибо главный тезис этого философа-коммунитариста состоит в следующем: «Невозможно обосновать мораль вне исторического и культурного контекста»¹⁹. Иными словами, философия коммунитаризма обосновывает признание большего значения локальных ценностей над ценностями универсальными.

Как указывает С. Г. Чукин, коммунитаристы идеям Просвещения и универсальной этике либерализма противопоставляют внимание к традиции добродетелей и партикулярную этику локальных социальных групп; вместо безликих принципов и ни к чему не обязывающих обязанностей они предлагают личную добродетель, а вместо свободы выбирать ту или иную форму справедливости – групповые проекты счастливой жизни; вместо большого гетерогенного общества – гомогенное и свободное от господства сообщество²⁰. В основе своих взглядов коммунитаристы используют взгляды Аристотеля о солидарности как самой главной добродетели среди других. Но насколько перспективна такая философско-методологическая основа для правовой политики во внутригосударственных и международных отношениях? Можно выдвинуть ряд вопросов, прежде всего – стоим ли мы на позициях Аристотеля либо поддерживаем иной взгляд на общество? У Аристотеля существовала категория фронеизис (благоразумие, рассудительность), который заключался в познании, основанном на человеческом опыте, конкретной ситуации. Фронеизис Аристотель отличал от теоретического познания (эпистема). Фронеизис

¹⁷ Чукин С. Г. Ю. Хабермас versus А. Макинтайер : к вопросу об основаниях современного философствования // Размышление о философии на перекрестке второго и третьего тысячелетий. СПб. : Санкт-Петербургское философское общество, 2002. С. 76.

¹⁸ Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 561.

¹⁹ Чукин С. Г. Указ. соч. С. 91.

²⁰ Там же. С. 95.

формируется у индивида при участии в совместной форме жизни сообщества²¹. Но в таком случае коммунитаристы, использующие позиции Аристотеля, должны, как он, отстаивать один, привилегированный образ жизни, как и греки, которые отказывали в понимании блага варварам. В современном толерантном обществе, где есть разные понимания благ, теория фронезиса Аристотеля вряд ли перспективна, ибо солидарность в трактовке коммунитаристов достижима только «...в локальных культурах, базирующихся на общей истории, языке, жизненных практиках. ...Апология “перспективы родного болота”, к которой, по сути, сводится мораль коммунитаризма, делает его бесполезным при обосновании этики большого общества»²². Неизбежным становится вывод из работ А. Макинтайера, М. Сэндела и М. Тейлора²³ о кризисе универсальных норм и призыв к традициям и обычному праву.

К чему приводят правовые отношения на основании традиционных норм, прекрасно иллюстрируют Средневековье и более ранние традиционные государства, основанные на традиционных нормах. Совершенно справедливым является следующая констатация традиционных государств и правовых систем, им присущих: «Человеческие сообщества были основаны на разнообразных принципах, результатом которых оказывался узкий круг доверия, включающий в себя семью, родственников, династию, секту, религию, расу, этничность и национальную идентичность. Просвещение осознало, что все эти традиционные источники общности были в конечном итоге иррациональными. Во внутренней политике они приводили к социальному конфликту, так как фактически ни одно общество не было гомогенным по любому из этих признаков. Во внешней политике они вели к войне, потому что общества, основанные на различных принципах, постоянно находились друг с другом на мировой арене. Только политический порядок, основанный на универсальном признании человеческого достоинства – сущностного равенства всех людей, вытекающего из их способности к моральному выбору, – может устранить эти иррациональности и привести к мирному внутреннему и международному порядку»²⁴. Поэтому, анализируя вопросы легитимности права в современном обществе, можно сказать, что в условиях информационного глобализирующегося общества идет постоянный процесс формирования единого соционормативного пространства²⁵. В этих условиях постоянно формируются новые общественные связи и нормы, заменяя старые. Этот

процесс связан с увеличением количества и специализации правовых норм, что приводит к кризисам легитимности, но это отнюдь не означает, что современное общество представляет собой совершенно разрозненный социум, в котором невозможен консенсус. Также неверным видится гипотеза о всё усиливающихся общественном и юридическом кризисах, в условиях которых необходимо вернуться к традиционным институтам. Безусловно, увеличение и специализация права, которые являются неизбежными спутниками общественной модернизации, требуют изменений процедуры легитимации, но эти изменения, на наш взгляд, означают необходимость учета общественной практики в демократических процедурах, чтобы решить проблему признания закона.

В заключение проведенного анализа можно сделать вывод, что антропологический подход в правовой науке целесообразен применительно к исследованию архаичных и традиционных обществ, однако применительно к правовой системе позднего модерна правовая система эффективна при легитимации на универсальные нормы, связанные с деонтологией. Преодолеть излишний формализм деонтологического подхода и связать универсальные стандарты с праксиологией способен принцип делиберативности при принятии публично-правовых решений.

Воронежский государственный университет

Денисенко В. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета

E-mail: vsu_vlad@mail.ru

Voronezh State University

Denisenko V. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Theory and History of State and Law Department of Law Faculty

E-mail: vsu_vlad@mail.ru

²¹ См.: *Аристотель*. Никомахова этика // Аристотель. Соч. : в 4 т. М., 1983. Т. 4. С. 180.

²² *Чукин С. Г.* Указ. соч. С. 94.

²³ См.: *MacIntyre A.* After Virtue. London, 1981; *Sandel M.* Liberalism and the Limits of Justice. Cambridge, 1982; *Taylor M.* Community, Anarchy and Liberty. Cambridge, 1982.

²⁴ *Фукуяма Ф.* Великий разрыв. С. 380.

²⁵ Подробнее см.: *Мамут Л. С.* Социальное государство с точки зрения права // Социальное правовое государство : материалы межвузовской конференции. СПб., 2003. С. 3–4.

УДК 340.149

**ЭЛЕМЕНТЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ ТЕХНИКИ
В АРХАИЧНЫХ ПРАВОВЫХ АКТАХ****В. Б. Романовская, Я. В. Безносова**

Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет им. Н. И. Лобачевского

Аннотация: в статье анализируются особенности правотворческой техники, применяемой в Древней Индии при составлении религиозно-этических и правовых трактатов – дхармашастр. Авторы исследуют эволюцию структурной организации указанных источников, рассматривают юридико-технические приемы и средства выражения содержания правового материала.

Ключевые слова: юридическая техника, Древняя Индия, дхарма, дхармашастра Ману, дхармашастра Яджнавалкьи, дхармашастра Нарады.

ELEMENTS OF LEGAL TECHNIQUE IN ARCHAIC LEGAL ACTS**V. B. Romanovskaya, Ya. V. Beznosova**National Research State University of Nizhny Novgorod
named after N. I. Lobachevsky

Abstract: the article analyzes the features of the law-making technique used in Ancient India in the preparation of religious, ethical and legal treatises – dharmashastras. The authors study the evolution of the structural organization of these sources, consider legal and technical techniques and means of expressing the content of legal material.

Key words: legal technique, Ancient India, dharma, dharmashastra of Manu, dharmashastra of Yajnavalkya, dharmashastra of Narada.

Поступила в редакцию 10 июня 2021 г.

Определенные правила и средства, используемые субъектами правотворчества при составлении нормативно-правовых актов разных видов, существовали с очень давних времен. Конечно, невозможно точно определить время и место возникновения профессиональных юридических средств и правил, универсальных для всех времен и народов. Однако сохранились очень древние правовые источники, на основании изучения которых можно с уверенностью говорить о наличии таких правил. В рамках данной статьи рассмотрим три исторических правовых памятника Древней Индии и проследим генезис и эволюцию юридической техники в архаичный период индусского государства и права.

Основными источниками права Древней Индии (если отстраниться от дискуссии о наличии права в этой стране) были дхармашастры. Это, как известно, сборники дхарм, т.е. религиозно-этических правил поведения правоверного индуса, регулирующих наиболее значимые общественные отношения. Самая известная из них – дхармашастра Ману (или как часто переводят – Законы Ману) (II в. до н.э. – I в. н.э.); менее известная,

хотя и упоминаемая в хрестоматиях по истории государства и права зарубежных стран – дхармашастра Яджнавалкьи (II–III вв. н.э.); и совсем не известная для неспециалистов – дхармашастра Нарады (V в. н.э.). Созданы они были в разные периоды истории, и между ними существует значительная временная дистанция. Однако для современного исследователя, удаленного от них на тысячелетия, эта дистанция уже не столь существенна и позволяет отнести все три дхармашастры к одной группе – древних правовых памятников права.

В отличие от более раннего текста дхармашастры Ману, текст Яджнавалкьи, а в ещё более значительной степени – Нарады, представляется более ясным и точным. Заметно изменяется его структурная организация, она становится более последовательной с точки зрения расположения правового материала, текст приобретает единство и внутреннюю логику. На наш взгляд, можно говорить о предпринимаемых составителями дхармашастр попытках применения определенных и вполне профессиональных правил создания правовых документов.

Одним из приемов юридической техники является организация правового материала посредством классификации. Во всех дхармашастрах мы встречаем разного рода перечни и классификации.

Например, шлоки (нормы) дхармашастр Ману и Яджнавалкьи содержат перечни видов воров, которых подразделяют (в зависимости от способа совершения преступления) на открытых и скрытных, перечни лиц, которые вправе выступать в качестве свидетелей, и тех, кто не может давать показания в качестве таковых (Ману, VIII. 62–67; Яджнавалкья, II. 68–71)¹. Однако наибольшее число перечней и классификаций встречается в тексте дхармашастры Нарады. Например, в зависимости от степени ритуальной чистоты, всё имущество делится в указанной шастре на белое, пестрое и черное, а каждое из них ещё на семь разновидностей (Нарада, I. 40–43)². Кроме того, в зависимости от допустимого для соответствующей варны способа приобретения имущества в собственность, оно делится на двенадцать видов (Нарада, I. 46)³. Ещё одна классификация касается судебного процесса. Судебное дело, согласно дхармашастре Нарады, «имеет четыре ступени, четыре основания и четыре средства, оно полезно четверем, затрагивает четверых, обеспечивает четыре, имеет восемь членов, восемнадцать поводов и сто разновидностей, три истока, два возможных обвинения, два входа и двоякий исход» (Нарада, I. 7,8)⁴.

¹ См.: Законы Ману / пер. С. Д. Эльмановича, проверенный и исправленный Г. Ф. Ильиным. М. : Наука, 1992. [Электронный ресурс]. URL: <http://philosophy.ru/library/asiatica/indica/samhita/manu/rus.html> (дата обращения: 05.06.2021); Самозванцев А. М. Книга мудреца Яджнавалкьи. М. : Восточная литература, 1994. С. 62.

² См.: Дхармашастра Нарады / пер. с санскрита и комментариев А. А. Вигасина и А. М. Самозванцева. М. : Восточная литература, 1998. [Электронный ресурс]. URL: https://www.indostan.ru/biblioteka/knigi/2932/4119_1_o.pdf (дата обращения: 05.06.2021).

³ См.: Там же.

⁴ См.: Там же.

Нарада выделяет одиннадцать видов свидетелей: из них пять видов являются «назначенными для данного дела» и шесть – «неназначенными» (Нарада, 1. 129–132)⁵. В отношении важных документов дхармашастра Нарады называет две классификации: в зависимости от того, кем составлен документ: документ, составленный собственноручно или другим лицом; по форме: документ, составленный без подписей свидетелей или с таковыми (Нарада, 1. 115)⁶. В торговых правоотношениях встречаем классификацию товара как предмета договора купли-продажи: «по счету (коровы, лошади, одежда), по весу (хлопок, смола, шафран), по объему (рис), в соответствии с работой (украшения, в зависимости от искусства ремесленника), красотой (рабыня) и блеском (драгоценные камни)» (Нарада, 8. 3)⁷. Дхармашастра Нарады, вслед за Ману, различает две категории воров: воры, похищающие имущество открыто, и воры, действующие скрытно (Нарада, 19. 1–5)⁸. Как и предшествующий источник, Нарада регламентирует различные виды залогов: залог, предназначенный для хранения и для пользования, срочный и бессрочный залого (Нарада, 1. 108–109)⁹, а также различает несколько видов договора хранения: открытое и закрытое, совершенное при свидетелях или без них (Нарада, 2. 5, 6)¹⁰.

В ряде случаев списки составлены так, что значимость каждого последующего элемента убывает или, наоборот, возрастает: «Судебное дело имеет четыре ступени: это дхарма, процесс, обычай и царский указ; из них каждая последующая ставится выше предыдущей» (Нарада, I. 10)¹¹; «Семьи, корпорации, союзы, уполномоченный судить, царь – это опоры правосудия; из них каждая последующая значительнее предыдущей» (Нарада, 1. 7)¹²; «Документ, свидетели и пользование суть три вида доказательств, посредством которых в деле о присвоении имущества собственник может получить имущество в свое распоряжение. Из этих трех видов доказательств, указанных по порядку, каждое предыдущее считается более важным, чем последующее» (Нарада, 1. 65, 67, Яджнавалкья, II. 22)¹³ и др.

Важным элементом юридической техники является терминология. В самой ранней дхармашастре Ману содержатся определения таких составов преступлений, как грабёж и кража: «Деяние, которое совершено в присутствии собственника и сопровождалось насилием, – грабёж,

если оно совершено в его отсутствие, – кража» (Ману, VIII. 332)¹⁴. Более поздняя дхармашастра Яджнавалкья содержит определение вклада: «То имущество, которое передается в руки другого, будучи помещенным в предмет, предназначенный для хранения, и без указания его признаков, называется вкладом» (Яджнавалкья, II. 65)¹⁵. Там же содержится ясное определение грабежа: «Грабёж известен как насильственное присвоение общего имущества» (Яджнавалкья, II. 230)¹⁶. Более развитый терминологический аппарат содержит дхармашастра Нарады. Термины формулируются в виде дефинитивных норм, т.е. их значение раскрывается непосредственно в тексте шастры: «Грабёж – это насильственное присвоение. А кража – присвоение посредством обмана» (Нарада, 14. 11)¹⁷, «Мудрые называют кражей присвоение этих видов имущества с применением всевозможных способов обмана или похищение его у спящих, опьяненных или одурманенных хозяев» (Нарада, 14. 16)¹⁸, «Сведущие люди называют прелюбодеянием связь с охраняемой женщиной в чужом доме» (Нарада, 12. 55)¹⁹, «То, что вверяется, называется залогом» (Нарада, 1. 108)²⁰, «Свидетель называется так потому, что являлся очевидцем – видел собственными глазами, слышал собственными ушами» (Нарада, 1. 128)²¹, и многое другое.

С точки зрения современного понимания юридической техники, ее важным средством является юридическая конструкция. Составители дхармашастры Нарады использовали это средство юридической техники, в частности, когда речь шла о правовом регулировании договорных отношений. Так, в конструкции договоров займа и купли-продажи выделялись такие элементы, как предмет договора, права и обязанности сторон, меры ответственности сторон (Нарада, 1, 7, 8, 9)²².

Не вдаваясь в подробный анализ содержания древних дхармашастр, укажем, что даже один текст дхармашастры Нарады свидетельствует о появлении в Древней Индии к V в. н.э. достаточно развитых представлений о юридической технике, хотя, конечно, такого термина не существовало. Этот памятник права демонстрирует первые попытки целенаправленного применения особых профессиональных юридико-технических способов и приемов в правотворческой практике древних индийцев. Особый порядок изложения поводов судопроизводства, по сравнению с ранними шастрами, выделение каждого повода в самостоятельную гла-

⁵ См.: Дхармашастра Нарады. URL: https://www.indostan.ru/biblioteka/knigi/2932/4119_1_o.pdf (дата обращения: 07.06.2021).

⁶ См.: Там же.

⁷ См.: Там же.

⁸ См.: Там же.

⁹ См.: Там же.

¹⁰ См.: Там же.

¹¹ См.: Там же.

¹² См.: Там же.

¹³ См.: Там же; Самозванцев А. М. Указ. соч. С. 159.

¹⁴ Законы Ману. URL: <http://philosophy.ru/library/asiatica/indica/samhita/manu/rus.html> (дата обращения: 08.06.2021).

¹⁵ Самозванцев А. М. Указ. соч. С. 61.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Дхармашастра Нарады. URL: https://www.indostan.ru/biblioteka/knigi/2932/4119_1_o.pdf (дата обращения: 08.06.2021).

¹⁸ Там же.

¹⁹ Там же.

²⁰ Там же.

²¹ Там же.

²² Там же.

ву, разграничение общих и специальных норм в ряде глав, абстрактный характер изложения предписаний, активное использование дефиниций и классификаций – все эти примеры дают основание для вывода о том, что идея особых правил закрепления нормативно-правового материала существовала с глубокой древности.

Национальный исследовательский Нижегородский государственный университет им. Н. И. Лобачевского

Романовская В. Б., доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета
E-mail: vera_borisovna@mail.ru

Безносова Я. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета

E-mail: sun148@mail.ru

Nizhny Novgorod National Research State University named after N. I. Lobachevsky

Romanovskaya V. B., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Department of Theory and History of State and Law of Law Faculty
E-mail: vera_borisovna@mail.ru

Beznosova Ya. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Theory and History of State and Law Department of Law Faculty

E-mail: sun148@mail.ru

ОБЩНОСТЬ СОЦИАЛЬНЫХ ИНСТИТУТОВ И ПРАВОВЫХ ФОРМ У ГЕРМАНЦЕВ И ВОСТОЧНЫХ СЛАВЯН

Ю. В. Сорокина

Воронежский государственный университет
Воронежский филиал РАНХиГС

Аннотация: данная статья посвящена выявлению общности становления государства и права у германцев и восточных славян. При использовании сравнительно-правового метода автор сопоставляет такие институты, как кровная месть, феномен дружины, система правового регулирования. В работе делается вывод об общности германских и славянских государственно-правовых институтов, что объясняется единым истоком происхождения.

Ключевые слова: государство, право, обычай, символизм, община, дружина, сравнение.

SIMILARITY OF SOCIAL INSTITUTES AND LEGAL FORMS OF GERMANS AND EASTERN SLAVS

Yu. V. Sorokina

Voronezh State University
Voronezh Branch of RANEPА

Abstract: this article is devoted to identifying the commonality of the formation of state and law among the Germans and Eastern Slavs. When using the comparative legal method, the author compares such institutions as blood feud, the phenomenon of the squad, the system of legal regulation. The work concludes about the commonality of Germanic and Slavic state and legal institutions, which is explained by a single source of origin.

Key words: state, law, custom, symbolism, community, squad, comparison.

Поступила в редакцию 5 июля 2021 г.

В современном мире Россия предстает как великая страна, имеющая огромное влияние на все мировое сообщество и мировые политические процессы. Но генезис нашего государства скрывается в древней истории – временах родового и племенного быта, зарождения протогосударства и раннего государства.

Как известно, славяне вышли из древнего единого народа индоевропейцев, от которого также произошли романские, балтийские, германские этносы. У всех этих народов, выделившихся в самостоятельные группы, наблюдается общность в форме быта, социальных институтов и в характере регулирования общественных отношений. В русской дореволюционной литературе авторы писали об общности славян и германцев как об очевидном факте, поэтому попытаемся выявить эти сходные черты.

По поводу происхождения индоевропейцев существует несколько теорий. Исследования современных ученых позволяют сделать вывод, что родина индоевропейцев – причерноморские степи. Также популярна те-

ория азиатского происхождения, в частности, ученые говорят об Индии. Основная масса индоевропейцев в середине I тыс. до н. э. стала делиться на разные ветви. Вместе с тем есть предположение, что такие этносы, как греки, кельты, хетты, финикийцы, пришли и обосновались в Европе задолго до прихода основной массы индоевропейцев. Эти пришельцы смешивались с коренными народами, которые проживали там во времена последнего ледникового периода. Следы этих народов затерялись во тьме времени.

В I тыс. до н. э. индоевропейцы проживали на Дунае и на среднерусской равнине бассейна Дона и Днепра. Климат на этой территории был суровый, но не было недостатка в топливе и строительном материале. Также наличие полезных ископаемых делало эту землю благоприятной для проживания. Индоевропейцы занимались ковкой металла, литьем, изготовлением орудий труда и оружия¹. Также они приручили лошадь, наладили производство колесниц. До некоторых пор проживавшие в Восточной Европе германцы, славяне и балты не имели сколько-нибудь существенных отличий. Распад единого народа начинается в бронзовом веке. Из западной группы этого суперэтноса начали формироваться германцы, проживавшие в условиях естественной изоляции европейских лесов. Позже германские племена двинулись к Скандинавии, тесня коренное население саамов². Начиная с VI века германцы установили контакты с северославянскими племенами, такими как радимичи, кривичи, вятичи, северяне. Причем имела место близость этоса – языка, традиций, образа жизни, социальных норм. Например, немецкое имя Рудольф. Оно переводится как рыжий волк. В то же время у славян слово «рудый» обозначало красный. Руда – кровь, железо. Слова «wolf» и «волк» распознавались без проблем. К слову, и сейчас они очень похожи³.

Что касается образа жизни и быта, то здесь также наблюдается сходство этосов. Так, после завоевания Галлии в V в. н. э. исходя из данных Салической правды германцы, в данном случае франки, жили общинами, которые представляли собой разные по размеру поселения, состоявшие из родственных между собой семей. Это были большие патриархальные семьи, которые объединялись в общину – марку. В период создания Салической правды шел процесс разложения общины, и некоторые семьи начали выделяться. Это послужило началом формирования частной собственности. Пахотные наделы являлись их владением и могли передаваться по наследству. В то же время право распоряжаться этими наделами долго оставалось у общины⁴. Н. П. Павлов-Сильванский считал, что славянская и позже русская община была и по структуре идентична германской. Так, в обозначениях можно встретить одинаковые термины

¹ См. об этом подробнее: История : когда разошлись наши пути. URL: <https://leta-media.ru/slavyane-i-germancy>

² См.: Там же.

³ См.: Там же.

⁴ См.: Источники по истории Западной Европы раннего Средневековья : общая характеристика. URL: <http://infopedia.su/2xbb23html>

(при переводе. – Ю. С.). Например, выборный представитель общины на Руси назывался сотским, в Германии – centenarius.

У славян тоже шел процесс разложения общинного строя. Правда, начался он позже – в VI–IX вв. Об этом свидетельствуют и археологические данные: в IX–X вв. меняется характер погребений: места коллективных захоронений сменяются индивидуальными или парными усыпальницами. Происходил распад родовой сплоченности: все учащались случаи ухода смердов из родовой общины на другие земли. В этом случае крестьяне платили пожилое. Причем позже уже владельческие крестьяне (как русские, так и германцы) при выходе от господина производили похожие выплаты-пошлины. К ним относились дар, подымное, свадебные пошлины, которые на Руси, как и в Германии, выплачивались мехом и рубашкой или полотенцем⁵.

Выдающийся французский историк Фюстель де Куланж в своем знаменитом труде «История общественного строя древней Франции» обращал внимание на сходство германских и славянских обычаев. Конечно, существовали и отличия, но они присущи были каждому германскому и славянскому племени. Однако налицо единая культурная основа этносов. «Из общей своей колыбели народы имели общую основу верований, языка, мыслей, социальных учреждений. Только одни народы, вышедшие из их числа, получив отдельное существование, прогрессировали быстро, а другие медленно... германцы не совершали тех же успехов, что римляне, по причине сурового климата и неблагоприятной почвы своей страны. Тяжелее германских были исторические судьбы славянских племен: борьба с природой, хазарами, печенегами, половцами. Поэтому они стояли еще дальше от высокой культуры эллино-римского мира»⁶.

Б. Н. Чичерин в своем труде «Опыт по истории русского права» пишет о коренных отличиях славянских и германских общин, противопоставляя коллективизм и индивидуализм: «Внутренний быт наших сельских общин с первого взгляда поражает своей особенностью. В Западной Европе у народов романского и германского происхождения не встречается ничего подобного. Там вся земля или разделена между мелкими собственниками – полными и наследственными обладателями своих участков, или же находится в руках немногих землевладельцев, которые отдают ее в наем отдельным земледельцам. А наши крестьяне, наоборот, владеют землей сообща и делят поровну, возобновляя раздел всякий раз, когда вследствие умножения населения устанавливается неравенство»⁷.

Но во времена Русской Правды смерд предстает как свободный крестьянин-общинник, который имел право выхода. Кроме того, смердами называли свободных государственных крестьян. Смерд владел имуществом на праве собственности. За кражу его лошади по закону полагалось наказание в виде штрафа (2 гривны. – Ю. С.). Также и сам смерд

⁵ См.: Павлов-Сильванский Н. П. Феодализм в России. М., 1988. С. 47.

⁶ Фюстель де Куланж. История общественного строя древней Франции. СПб., 1901. С. 327.

⁷ Чичерин Б. Н. Опыт по истории русского права. М., 1858. С. 1.

был дееспособным участником договоров, мог привлекаться к ответственности, в частности, подвергался штрафным взысканиям за причинение вреда, нанесение обиды⁸.

Об общности славянских и германских народов свидетельствует сам факт призвания варягов. Дело в том, что приглашение Рюрика на княжение не может считаться отправной точкой появления государственности у славян. Эти процессы происходили успешно еще задолго до прихода Рюрика. В частности, это доказывает русский исследователь права А. Н. Филипов. Он совершенно справедливо обозначает три главных элемента, единство которых составляет государство, – это территория, народ и власть. У славян все это наличествовало.

Относительно народа следует сказать, что славянские государства строились на племенной основе. Идентичные процессы мы можем увидеть и у древних греков, и у древних римлян. Но у славянских племен была сильно выражена неравновесность: они постоянно боролись за между собой за преобладание и расширение территорий, что, впрочем, естественно для исторического процесса. В. О. Ключевский называл межплеменные раздоры «бестолковой толкотнёй», Н. М. Карамзин – «бесмысленными княжескими драками»⁹.

Обладали славяне и территорией, причем весьма обширной. А. Н. Филипов пишет: «Равнинная территория, необъятный простор предопределял то, что не было естественных преград, и все это производило соперничество и борьбу»¹⁰. По мнению А. Н. Филипова, население постоянно мигрировало¹¹, территория, занятая отдельными племенами, то увеличивалась, то уменьшалась¹². Однако к моменту прихода норманнов славяне вели вполне оседлый образ жизни. Так, в это время существовали и развивались славянские города, прежде всего Киев и Новгород. Официальная дата основания Новгорода – 859 г., но следует предположить, что реально город был построен гораздо раньше и в любом случае до призвания варягов.

Власть в тот период была слаба, она «была сама по себе, и очень плохо объединяла народ в одно целое, а равно плохо защищала границы. Никто из князей не обладал достаточным влиянием, чтобы водворить порядок и обезопасить границы»¹³. В этом случае нужен был арбитр, третье лицо, в определенном смысле некая посторонняя сила, которая встала бы над племенами, раздираемыми усобицей. Такой силой стал Рюрик и его норманны. Но они, как уже выше говорилось, вовсе не были

чужаками, поскольку уже традиционно приходили с торговыми целями, часто для того, чтобы переправиться в Византию, были наемными дружинниками у князей. В общем и целом, знакомство с норманнами носило мирный характер, хотя, конечно, могли быть исключения. Со ссылкой на Никоновскую летопись¹⁴ А. Н. Филипов утверждает, что ранний летописец рассказал о единичном случае призвания варягов, но, судя по всему, это было не раз¹⁵. Ученый пишет, племена славян нуждались в более сильной власти, и, ссылаясь на тот же источник, говорит, что славяне долго искали князей и внутри своих племен, и извне. Варяги же не очень охотно шли «владеть» русской землей, так как были знакомы с политической ситуацией у славян. Таким образом, призвание (и возможно неоднократное) варягов свидетельствует о сходстве этносов – быта, языка, общественных структур, культурных традиций, правовых обычаев. Отношения между германскими, норманнскими (как ответвлением германских племен) и славянскими народами имели к тому времени длительную историю, что доказывает их общий генезис. К тому же призвание варягов есть сознательный и свободный акт. Это доказывает, что у славян было развито стремление жить посредством социально-государственных институтов, стремление к правопорядку. Присутствовало четкое представление об общем благе и, соответственно, сформированное государственное сознание.

Продолжая говорить об общности социальных структур и славян, и германцев, необходимо остановиться на таком важном явлении, как дружина. И славянской, и германской дружине посвящено немало исследований, в частности, выявлению общих черт этого института у славян и германцев. Упоминания о германской дружине встречаются еще у Тацита, позже в источниках раннего Средневековья, в том числе в эпической поэзии. В частности, в эпосе «Беовульф» говорится, что герой со своей дружиной пришел помочь королю данов освободиться от чудовища. В конце жизни Беовульф со своим дружинником пошел побеждать дракона, где нашел свою смерть. Сохранились также норвежские источники – сборники законов, регулирующие организацию норвежской дружины¹⁶.

Феномен дружины возник в период родоплеменного строя. В её основе стояло объединение мужчин и юношей вокруг предводителей – героев-лидеров. Считается, что становление дружины как института происходило постепенно. Вначале создавались военные отряды, которые решали насущную военную задачу, например, набег на соседние земли. Возможно, это было частью инициации, переход от юношества во взрослую жизнь. Крепость такого мужского союза зависела от личности предводителя и была мобильной и нестабильной. Постепенно дружина стала функционировать на постоянной профессиональной основе. В ус-

⁸ См.: Смерды в Древнерусском государстве. URL: <https://lektsii.net/3-149635.html>

⁹ Цит. по: Филипов А. Н. Учебник истории русского права (пособие к лекциям). Юрьев, 1914. С. 25.

¹⁰ Там же. С. 26.

¹¹ Существует миграционная теория происхождения славян, которую многие оспаривают. – Ю. С.

¹² См.: Филипов А. Н. Указ. соч. С. 26.

¹³ Там же. С. 27.

¹⁴ Никоновская летопись – памятник XVI в., компиляция ранних источников. Названа по имени патриарха Никона, которому принадлежал один из ее списков.

¹⁵ См.: Филипов А. Н. Указ. соч. С. 29.

¹⁶ См.: Германская дружина и попытки сравнения её со славянской дружиной. Историографический обзор. URL: SecretHistory.ru.

ловиях миграций, военной опасности дружина оформлялась как социальный институт, а дружинники приобрели высокий статус¹⁷.

Положение дружины и внутренние взаимоотношения помогают установить лингвистические исследования. Общеупотребительное наименование германской дружины – *Gefolgschaft*, где *gefolgleute* – спутники, свита, сопровождающие предводителя – *Gefolgsherr*. По мнению ученых, в частности, Дитера Тимпе, дружина постепенно приобрела в некотором смысле договорный характер. Дружинники зависели от своего предводителя, который занимал более высокое положение, но при этом имели выгоду¹⁸. Когда статус дружины повысился, в нее стали вступать знатные молодые люди, что подтверждает почетное положение дружинника. Отношения дружины и предводителя – конунга (нем. *König*) – были основаны на личной связи, в основе которой, как многие утверждают, лежала верность. Это стало социальным стандартом поведения. Как правило, дружинники жили со своим вождем и везде ему сопутствовали, играя роль телохранителей. В мирное время они проживали при дворе конунга, разделяя с ним пищу и кров. Число дружинников повышало статус конунга, а успехи его дружины – власть и авторитет. Дружинники оказывали своему конунгу безусловную поддержку, давали советы, участвовали на свой страх и риск в частных предприятиях конунга. Они могли оказывать сильнейшее влияние на своего предводителя. Так, Н. П. Павлов-Сильванский со ссылкой на немецкий источник приводит случай, когда дружинники-левды (*gefolgleute*) убеждали Теодориха заключить мир с Теодебергом.

Возникновение дружин у славян относят к рубежу V–VI в., когда происходит распад родовой системы. Восточно-славянская (русская) дружина, как и германская, являлась опорой княжеской власти и также зависела от князя. Некоторые исследователи отказывают в существовании верности в отношениях князя и дружинников и считают, что отношения дружинников и князя основывались лишь на материальной выгоде¹⁹. Но такие взгляды присутствовали в среде немецких историков, работавших в 30–40-х гг. XX в., что многое объясняет. Современные немецкие историки критически относятся к таким выводам, подвергая критике само утверждение о верности как главном связующем звене между конунгом и дружиной, указывая, что «дружина – это группа, члены которой осознают принадлежность к ней как свою идентичность, а самих себя, как, в первую очередь, воинов на службе, предоставляющей им материальный достаток»²⁰.

Для восточно-славянской (русской) дружины характерны те же самые черты, что и для германской дружины. Воины делят кров со своим предводителем. Н. П. Павлов-Сильванский указывает, что летописец (Ле-

¹⁷ См.: Феномен дружины. URL: http://www.uhlib.ru/istorija/vikingi_mezhdu_skandi-naviei_i_rusyu/p2.php

¹⁸ См.: Германская дружина и попытки сравнения ее со славянской дружиной.

¹⁹ См.: Там же.

²⁰ Там же.

топись 1036 г.), желая охарактеризовать любовь князя Мстислава Тмутараканского к своей дружине, пишет, что «для дружины он имения не щадяще, ни питья, ни ядения браняще»²¹. При дворе князя были особые палаты, служившие жилищем и столовой для дружинников. Они назывались гридницей, так как дружина именовалась «гридь».

Так же, как и в германской дружине, русские дружинники оказывали влияние на князя, давали ему советы. В частности, «Владимир Мономах и Святополк – Михаил сели со своими дружинниками в шатре»²². Конечно, речь идет не обо всей дружине, а о ее элите – высших представителях.

И германская, и русская дружина не были однородны. Об этом свидетельствуют сами названия дружинников: гридь, отроки, детские, пасынки, боярцы. У германцев – *Degen*, *Gasindi*, *Gafolgi*, *Austaldi*. Эти термины даже не поддаются объяснению.

Известно, что у русских существовало три основных ранга. Это старшая дружина, элита, из которой по большей части формировалось боярское сословие. Ниже была младшая дружина. Младшие дружинники жили при княжеском дворе, и из них формировалось сословие дворян. Они участвовали в походах князя, а также выполняли его поручения, в частности собирали налоги и штрафы. На них также возлагалось исполнение судебного акта, вынесенного князем. Наконец, низшим рангом являлась посоха, т.е. народное ополчение, которое участвовало в военных походах князя. Со временем люди, входящие в посоху, могли стать младшими и старшими дружинниками.

Сходны и судьбы дружин. И германская, и древнерусская дружина постепенно разрушались. Уже во времена Меровингов дружинники, сохраняя принадлежность к дому конунга, жили на пожалованных землях. Они исполняли функцию территориального управления. На Руси имела место та же картина. Дружинники проживали на землях, полученных от князя. Они сохраняли зависимость от Киевского князя, но постепенно все больше стремились к самостоятельности²³.

Предприняв попытку небольшого сравнения восточно-славянских (русских) социальных институтов, остановимся на выявлении общих черт в правовой сфере. Н. П. Павлов-Сильванский замечает, что русские историки редко пользовались сравнительным методом, поэтому в русской правовой науке превалировал взгляд на русскую историю как на уникальный, ни с чем не сравнимый процесс. Это вело к искажению понимания русской истории. Но все же существовала область, где применение сравнительного метода было необходимо, а именно правовая жизнь социумов. Особенно это нашло отражение в области древнего уголовного и гражданского права и судопроизводства. Здесь налицо общность правового регулирования общественных отношений в древнерусском и германском праве²⁴. И, как уже говорилось, данное сходство не есть резуль-

²¹ Павлов-Сильванский Н. П. Указ. соч. С. 426.

²² Цит. по: Там же. С. 427.

²³ См. Княжеская дружина в Древнерусском государстве.

²⁴ См.: Павлов-Сильванский Н. П. Указ. соч. С. 484.

тат заимствования, а объясняется общностью единого индоевропейского корня и условий проживания.

Обратимся к кровной мести – обычая, свойственного многим народам. Почему властью допускалась кровная месть? Дело в том, что эпоха протогосударства и раннего государства характеризовалась ограниченными возможностями к защите общественного порядка и обеспечения безопасности своих подданных. Поэтому население прибегало к самостоятельному регулированию своей общественной жизни, включая самозащиту. Одним из мощных средств самозащиты и средством урегулирования конфликтов была кровная месть. Германцы и славяне не составляли исключения. Кровная месть была стандартом поведения, который признавался обычным правом.

У германцев свободный мужчина и свободная женщина имели право с оружием в руках защищать жизнь, собственность, независимость. Это распространялось и на членов семьи. Долгое время для кровной мести не существовало ни моральных, ни правовых рамок. У германцев кровная месть называлась *файда* – *faida*, от древнегерманского *fehān* – ненавидеть. Если человек отказывался от кровной мести, он жестоко порицался обществом, становился изгоем. Отмщение поэтому являлось общеобязательным правилом поведения, которому сопутствовали определенные формулы. Им следовали все члены племени. Основанием для *файды* было убийство, посягательство на честь женщины, оскорбление, применение насилия, преграждение пути, осквернение могилы. *Файда* объявлялась публично, и после этого ищущий мести мог свободно убить своего ответчика. Надо сказать, что *файда* у германцев сохранялась в Средневековье и имела форму частных войн. Но вражда не продолжалась бесконечно у обоих народов и не являлась непримиримой²⁵. Урегулирование конфликта могло происходить на основе материального возмещения: за убийство можно было выплатить *вергельд* – компенсацию, выкуп за убийство (у славян – *вира*). Компенсация производилась в разных формах: скотом, материальными ценностями, деньгами. Выкуп делили между собой ближайшие родственники. Надо сказать, что *вергельд* был известен с давних времен. О нем упоминал еще Тацит, который расценивал этот правовой обычай как черту, свойственную гражданскому обществу с цивилизованными отношениями. Примирение полезно и происходит в интересах общества, так как «при свободе вражда опаснее»²⁶. Примирение сторон происходило публично, в присутствии всего селения, по этому поводу устраивались общие трапезы. К слову, на трапезах обычно решались важные общественные и политические вопросы. Следует сказать, что государство начало борьбу с частными примирениями уже при Меровингах. Оно выступало против того, чтобы потерпевшая сторона сама могла прощать обидчика, поскольку убийство означало посягательство на публичный интерес и должно было наказываться властями. Кроме

того, *вергельд* шел в государственную казну. В реальности государство мирилось с такими соглашениями. Исключение составляла поимка преступника с поличным или разбой.

У восточных славян и позже на Руси существовали сходные обычаи. Документом, в котором впервые упоминается кровная месть и оговаривается ее процедура, был договор Руси и Византии 911 г. Здесь говорилось, что родственник убитого имел право убить своего обидчика либо принять выкуп за смерть. Кроме того, договором предусматривалось, что семья или клан убитого могли претендовать на часть имущества виновного. При выделении имущества учитывались интересы его жены. Ей оставляли часть имущества. Если же виновный не имел средств для возмещения вреда, его ждала неминуемая смерть²⁷. Эти нормы сохранились в договоре 945 г. Кровная месть распространялась на всех родственников убийцы, членов его семьи или рода. Мстителями за кровь могли стать не только родственники убитого, но и все, кто находился с ним в близких отношениях. Этому имеется объяснение. Дело в том, что установление прямого виновника убийства было зачастую невозможно, если его не поймали с поличным. Но чувство мести требовало удовлетворения. Причем это чувство свойственно было не только членам семьи убитого, но и всей общине. Русский историк права Н. Л. Дювернуа писал: «Цель была не в том, чтобы наказать убийцу, а в том, чтобы удовлетворить чувство обиженного, удовлетворить чувство обиды. Надо, чтобы допускалась и последняя степень возбуждения, до которой может дойти чувство. Но это не значит, что нужно было обязательно убить: способ удовлетворения безразличен»²⁸. Положения договоров с Византией были восприняты Русской Правдой, которая ограничила круг мстителей за кровь. К ним относились – отец, сын, братья и племянники. Правда Ярославичей исключает кровную месть, запретив убивать убийцу даже родственниками убитого. Борясь с самосудами общины и частными соглашениями, князь вводил *виру* за убийство – 40 гривен, которая направлялась в казну²⁹. Такое положение вряд ли устраивало клан потерпевшего, поэтому продолжали практиковаться частные соглашения, которые продержались по крайней мере до XVII в. К слову, славянский, позже русский термин – *вира* созвучен германскому *вергельду*, что доказывает наличие единого корня происхождения. Древнегерманский *Wergeld* представляет собой сложное слово: *werg* – муж, *geld* – плата, деньги.

Кроме кровной мести, точнее ее форм, имеются и другие сходства в наказаниях, в судебных процедурах. Это ордалии, судебный поединок (поле), свод (очная ставка), послухи-соприсяжники, вышеупомянутая *вира*. И германское, и русское древнее право наполнено символизмом

²⁵ См.: Кровная месть у древних германцев. URL: <https://ruslanka.github.io>

²⁶ Там же.

²⁷ См.: Кровная месть и смертная казнь у восточных славян. URL: <https://www.rodnoveru.ru/stati/953-krovnaya-mest-i-smertnaya-kazn-u-vostochnykh-slavyan>

²⁸ Дювернуа Н. Л. Источники права и суд в Древней России. М., 2012. С. 104.

²⁹ См.: Коротин Д. Анализ ст. I Русской Правды (в краткой редакции) как самой древней и архаичной правовой нормы в России. URL: zakon.ru

(формализмом), как и другие правовые системы индоевропейцев³⁰. Символизм германского права изучен в большей степени, чем символизм русского права. Но если говорить о едином этосе германских и славянских племен, то можно сделать предварительное заключение о сходстве правовых норм и символизма. Рассмотрим некоторые узловыи символические формы.

И у германцев, и у славян одним из самых тяжких преступлений являлось нарушение права на имя. Имя носило сакральный характер. Тот, кто назывался чужим именем, вторгался в личную нематериальную среду человека. Самозванец нарушал чужие неотъемлемые права, данные от рождения. Иллюстрацией этому является рассказ об Аскольде и Дире. Они провозгласили себя князьями – теми, кем в действительности не являлись. Вследствие этого они стали изгоями, исключенными из общества, которые могли быть убиты любым человеком. По древним законам они, завоевав Киев, имели право его разграбить, пойти на сделку и получить выкуп за возвращение города законному князю. Аскольд и Дир стали называть себя князьями, на что не имели никакого права. Это давало основание для расправы со стороны Олега.

Одним из тяжких преступлений против обычного права в древнем обществе было нарушение стандартов нравственного поведения. Общим для славян и германцев было то, что девушек, которые имели отношения с мужчинами до брака, выгоняли из дома и проводили по деревне при всем народе. У славян их покрывали платком, как у замужних женщин, и надевали хомут. Им даже давали прозвище – покрывки. Женщин, уличенных в измене мужу, также прогоняли по деревне, затем привязывали к позорному столбу и подвергали истязаниям. У германцев к тому же муж обрезал волосы неверной жене³¹.

К общему у германцев и славян правовому символу следует отнести уздечку. Если при продаже животного, как правило, коня, не передавалась уздечка, то сделка считалась недействительной. Существует общая для германцев и славян сказка, где молодой человек умел превращаться в животных. Он приказал своему отцу везти себя в виде коня на продажу. При этом он строго запретил отдавать уздечку. Отец нарушил запрет и потерял сына.

Одной из самых известных символических форм являлось рукобיתье, которое продержалось в России вплоть до Революции 1917 г. Участники сделки закрепляли ее рукопожатием. Обязательно присутствующий при этом свидетель разнимал руки, ударяя по ним сверху. До сих пор выражение «ударить по рукам» означает достижение соглашения. Обычай рукобיתья нашел закрепление в законе. Н. П. Павлов-Сильванский приводит Новгородскую судную грамоту 1481 г., которая устанавливает отсрочку рассмотрения дела о земельных спорах по просьбе ответчика

³⁰ Символизм и формализм свойственны и современному процессу и являются средством защиты от судебного произвола. Нарушение процессуальных норм влечет отмену правоприменительных актов.

³¹ См.: Филипов А. Н. Указ. соч. С. 45.

для истребования им документов и вызове совладельцев. Этот документ предписывал, чтобы ответчик под присягой назвал имя совладельца и ударил по рукам с истцом³². Такая же обрядность существовала в Германии и во Франции.

В освящение закреплённой сделки и в Германии, и на Руси, позже в России, стороны вместе должны были распить традиционные алкогольные напитки. Этот обычай выдерживался и в Средние века, и в Новое время. У славян он назывался – спрыски, запивки, могарычи, литки.

И у славян, и у германцев в качестве значимого символа употреблялась обувь. Германские короли (Konig) посылали своим подданным башмаки, чтобы те носили их в знак своей подчиненности. Как правило, это имело место при завоеваниях.

При брачном обряде жених приносил своей невесте обувь, и как только она ее надевала, переходила в подчинение мужу.

У славян, напротив, обувь была связана с разуванием жениха. Так, Рогнеда отвергла Владимира со словами «не хочу розути робичича». В знак покорности молодая жена разувала мужа перед тем, как он располагался на брачном ложе. В правый сапог он клал немного денег, а в левый – плетку. При снятии правого сапога он деньги отдавал жене, при снятии левого он вынимал плетку и бил невесту³³.

Подводя итог небольшому исследованию, предпринятому в настоящей работе, следует указать на самобытность истории и культуры в России. Она прошла свой особенный путь развития под влиянием таких факторов, как принятие восточного христианства, татаро-монгольское иго, способы образования Московского государства. Вместе с тем, следует помнить, что русская нация сформировалась из общего славянского, и ранее индоевропейского корня. Не стоит говорить только об отличиях западной и русской культуры, в частности, западной и русской государственности и правовой истории. Есть у нас много общего, и это может помочь нашим современникам достичь взаимопонимания.

³² См.: Павлов-Сильванский Н. П. Указ. соч. С. 494.

³³ Подробно о символических формах германского и славянского права см. в статье Н. П. Павлова-Сильванского «Символизм в древнем Русском праве» (Журнал Министерства народного просвещения. 1905. Ч. CCCLIX(359). URL: http://starietknigi.info/Knigi/P/Pavlov_Siljvanskij_N_P_Simvolizm_v_dr_russkom_prave_1905_ZMNP.pdf)

Воронежский государственный университет

Воронежский филиал РАНХиГС

Сорокина Ю. В., доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права, заведующий кафедрой государственно-правовых дисциплин Воронежского филиала РАНХиГС

E-mail: yulia_sor@mail.ru

Voronezh State University

Voronezh Branch of RANEPa

Sorokina Yu. V., Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Theory and History of State and Law; Head of the Department of State and Legal Disciplines of the Voronezh Branch of the RANEPa

E-mail: yulia_sor@mail.ru

ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ ИЗ АРХАИКИ В XXI ВЕК**И. Б. Ломакина**Санкт-Петербургский юридический институт (филиал)
Университета прокуратуры Российской Федерации

Аннотация: в данной статье автор ставит проблему понимания правовых обычаев как основания правопорядка, не сводимого к совокупности юридических норм и формам их объективации. Автор показывает, что новая методологическая ситуация требует более адекватного видения правовых феноменов. Поэтому в качестве альтернативы классическим подходам (позитивизму и юснатурализму) предлагается использовать антрополого-правовой подход как неклассический тип научной рациональности, акцентирующий внимание на intersubjectивности правовых феноменов, формирующих правопорядок через социальные практики, включающие деятельностный, ценностный, не исключая и формально-догматический аспекты существования права. Утверждается, что правовые обычаи существовали, существуют и будут существовать в социально-значимой сфере и подобно «тени» будут сопровождать человеческое общество на протяжении всего его жизненного пути.

Ключевые слова: правовой обычай, юридический обычай, правопорядок, источники права, право, нормативно-регулятивная система.

LEGAL CUSTOM FROM THE ARCHAIC TO THE 21TH CENTURY**I. B. Lomakina**St. Petersburg Law Institute (Branch) of the University
of the Prosecutor's Office of the Russian Federation

Abstract: in this article, the author poses the problem of understanding legal customs as the basis of the rule of law, which is not reduced to a set of legal norms and forms of their objectification. The author shows that the new methodological situation requires a more adequate vision of legal phenomena. Therefore, as an alternative to classical approaches (positivism and jusnaturalism), it is proposed to use the anthropological-legal approach as a non-classical type of scientific rationality, focusing on the intersubjectivity of legal phenomena that form the rule of law through social practices, including the activity, value, not excluding and formal-dogmatic, aspects of the existence of law. It is argued that legal customs have existed, exist and will continue to exist in a socially significant sphere and, like a "shadow", will accompany human society throughout its entire life path.

Key words: legal custom, law and order, sources of law, law, regulatory-regulatory system.

Поступила в редакцию 10 июля 2021 г.

Правовой обычай вопреки распространенной точке зрения, укоренившейся в теоретической юридической науке, играет весьма существенную роль в регуляции общественных отношений. По сути, правовой обычай (обычное право) – это разновидность социального права, а вернее, одна из форм его существования. Однако далеко не все признают его регулятивный потенциал, преимущественно сводя правовые обычаи только

к юридическим формам его существования. Мне представляется это не совсем верным, поскольку правовые обычаи и юридические обычаи не тождественны друг другу.

Рассматривая правовую деятельность как источник правового обычая (в социологическом смысле), стоит отметить, что правовая деятельность в отличие от юридической предполагает более широкое поле для реализации субъектами своих правомочий, диалогическую взаимосвязь между всеми субъектами, вступающими в правовую коммуникацию. Юридическая же деятельность связана с формально-официальной стороной права, т.е. с таким видом деятельности, который наделяется со стороны власти юридической значимостью и реализуется обществом в культурных практиках.

Постклассическая гносеологическая традиция, я имею в виду современные неклассические подходы к пониманию права (антрополого-правовой, феноменолого-коммуникативный, диалогический и др.), расширительно трактует понятие права. Так, например, И. Л. Честнов, рассматривая правовую деятельность, отмечает, что «эта деятельность, являет собой многомерный феномен, включающий: субъектов взаимодействия, их знаково-ментальное, ценностное опосредование через систему значений и личностных смыслов, образующих картину мира, результат и его оценку, контекст»¹.

Рассматривая правовые обычаи в таком ключе, т.е. не отрывая искусственно их от жизненного мира человека – его природы (не в юснатуралистической интерпретации), стоит иметь в виду, что правовая реальность, конструируемая человеком (творцом права), не сводима только к деятельностному аспекту, а включает и формальную сторону права (юридическую догматику) и не только формально-юридические моменты.

Понимание правовой деятельности по конструированию правопорядка зависит от типа правопонимания. Так, например, юридический позитивизм в правовой деятельности видит только деятельность сугубо юридическую, опосредованную нормами объективированного права. Отсюда правовая (юридическая) деятельность – это профессиональная, трудовая, государственно-властная деятельность по вынесению юридических решений компетентных на то органов, которая нацелена на выполнение общественных функций и задач: создание законов, юридизацию социальной практики (наделение правовых обычаев юридическими свойствами: санкционирование существующих правовых обычаев, включая «пресловутое молчаливое согласие»), осуществление правосудия только на основании существующего закона, конкретизацию права и т.д.

Юснатурализм усматривает в правовой деятельности реализацию субъективных прав человека, включая их судебную защиту. В этой связи небезынтересна интерпретационная теория Рональда Дворкина: судьи, как и теоретики права, призваны, по его мнению, так интерпретировать

¹ Социокультурная антропология права. Коллективная монография / под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. СПб. : АЛЕФ-Пресс, 2015. С. 15.

на основании принципов права законодательные и судебные материалы, чтобы обеспечить их наилучшее моральное оправдание².

Таким образом, краткий анализ двух классических подходов (позитивизма и юснатурализма) показывает необходимость разработки иного, более взвешенного и более адекватного современным реалиям подхода, учитывающего, что право не просто данность, а сложный многогранный феномен общественной жизни, обнаруживающий себя в сфере социально значимых отношений.

Итак, рассмотрим правовую реальность во всем многообразии форм ее существования генетически, т.е. в контексте тех условий, в которых правовые феномены возникали и развивались, усложняясь по мере усложнения самой социальной структуры (общества), породившей их. Как отмечалось ранее, правовые долженствования возникают в результате того, что человек конструирует социальный порядок. Конструируемый человеком порядок – порядок, в котором человек выступает как актер, реализующий свои базовые потребности, в контексте той культуры, продуктом которой он сам является. Формирование безопасной устойчивой среды – доминанта любого правопорядка, основанного как на традиционных нормах, так и на нормах государственно организованного права. Без стабильной, предсказуемой, «замиренной» (по М. М. Ковалевскому) среды социум рискует превратиться в «дикую орду», или, как писал в свое время Т. Гоббс, описывая догосударственное состояние человечества, – «войну всех против всех». Правопорядок – это общественный порядок, в основе которого лежит идея соразмерности поведения, подчиненного определенным правилам, имманентно содержащим в себе права и обязанности, свободу и ответственность за себя, своих близких и общество в целом. Истоками правопорядка выступали социально-значимые отношения, порождающие стереотипизированные модели поведения, подкрепленные общественным понуждением или общественным принуждением. Истоками правопорядка выступали объективированные обычно-правовые долженствования, реализуемые в социальных практиках, обеспечивающие устойчивость и стабильность социальной системы.

На основании изложенного можно утверждать, что правопорядок – это не данность, а процесс конструирования нормативно-правовой системы и ее реализация в повседневной практике людей. Поэтому правопорядок как разновидность общественного порядка содержит в себе определенные институционализированные долженствования, ценности, конституирующие социальную систему принципы, социальный контроль, принуждение и проч.

И. Л. Честнов справедливо полагает, что «институционализацию правопорядка образует диалог как взаимообусловленность его образа, правового социального представления и массового юридически значи-

² См.: Дворкин Р. О правах всерьез. М.: Российская политическая энциклопедия, 2004. С. 178.

мого поведения»³. Истоки правопорядка с точки зрения антрополого-правового подхода следует выводить из бытия самого человека, в том числе в контексте всех форм его существования как индивида, как статусной группы и как сообщества в целом. Все факторы его существования, включая ментальные, обуславливают специфику бытования права, а значит, и являются его первичным источником. Именно ментальность аккумулирует и передает определенные культурные ценности, этнические стереотипы, жизненный опыт, накопленный на протяжении жизни предыдущих поколений, и каждый представитель того или иного этноса является носителем определенной ментальности, которая отражается на всех уровнях институциональной структуры⁴. Данное видение проблемы показывает правопорядок как интересубъективный порядок, в котором человек реализует свои потребности, исходя из тех реальных условий своего существования, в которых он находился.

С точки зрения обозначенного подхода истоками правопорядка выступают социально значимые отношения и институционализированные связи человека по поводу решения своих насущных, жизненно важных потребностей.

Первыми социальными институтами в социально значимой сфере были обычаи, в том числе табуирующие определенные действия. Как мне представляется, социально значимой сферой выступала сфера производства общественного продукта (в расширительной трактовке). Она включала в себя производство, потребление и обмен. Социально значимой сферой была и сфера воспроизводства человеком самого себя (в данном случае речь идет о некотором табуировании половых отношений, сюда же входит и передача «правильных» способов размножения и социальных навыков выживания). Под определенную регуляцию подпадала и сфера коммуникации, в которой реализовывались духовные (конечно, примитивные, но всё же...) потребности первобытных людей (тотемизм, анимизм, различные языческие ритуалы и культы). К социально значимой сфере можно отнести и сферу управления, включающую вертикальную коммуникацию, в которой властные полномочия сочетаются с системой легального принуждения.

Вышеизложенное дает основание полагать, что истоками правопорядка выступают социально значимые сферы, ставшие ойкуменой правовых долженствований. В этнологической и исторической, как, впрочем, и юридической литературе первым регулятором общественных отношений называют табу. Правовой статус табуированные обычаи приобретали в силу их общезначимости (в рамках определенного социума, в нашем

³ Честнов И. Л. Институционализация правопорядка: постклассическая интерпретация // Правопорядок: элементы общей теории: монография / под общ. ред. М. А. Беляева, В. В. Денисенко, А. И. Клименко. М.: Проспект, 2020. С. 44.

⁴ См.: Ломакина И. Б. Институционализация правопорядка в постклассической теории права // Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции: сб. науч. тр., спец. темат. изд. Минск: Изд-во центр БГУ, 2019. Вып. 12. С. 115.

случае – родового коллектива); общеобязательности (опять же в рамках отдельно взятого коллектива); общественной полезности (любой, даже не очень гуманный обычай, с точки зрения современной культуры, имел рациональные основания и выполнял регулятивную функцию, направленную на поддержание целого, и прежде всего – выживания); общественной защищенности (потенциально содержалась возможность понуждения и принуждения); нормативности (корреспондирующие права и обязанности, проистекающие из нормоустанавливающего факта – Л. И. Петражицкий)⁵; целесообразности (соизмерение выгоды и наказания), а также легитимности и эффективности, без которых ни один правовой обычай воспроизводится в социальной практике не может.

Перечисленные свойства правовых долженствований не содержат в себе даже намек на свободу. Однако, как мне представляется, свобода как онтологическое свойство права (в либертарианской интерпретации «право – мерило свободы», а «свобода – мерило права») проявляет себя через совокупность всех онтологических свойств правовых долженствований, реализуемых в сфере социально-значимых отношений. Свобода не может возникнуть ниоткуда, как, впрочем, она не может исчезнуть в никуда. Права и обязанности, свобода и несвобода имманентны друг другу и находятся в диалектической связи.

Правопорядок с точки зрения антрополого-правового подхода представляет собой аутентичный социальной системе порядок, обусловленный спецификой ее истоков и источников, выраженных в формально объективированных моделях стереотипизированных долженствований. Это положение дает основание утверждать, что каждое общество порождает свой особый порядок в соответствии с материальными условиями жизни и ментальностью его акторов, носителей правового статуса (творцов).

Таким образом, социально-значимая сфера была и остается ойкуменой правовых долженствований, которые первоначально выступали в форме табу. В этнологической и исторической, как, впрочем, и юридической литературе табу увязывают только с запретами. Однако этот запрет был ничем иным, как обычаем, проявляющим себя в социально-значимой сфере. И этот обычай содержал в самом себе онтологические свойства правовых долженствований, обнаруживающих себя подобно лакмусовой бумаге, в жизненно важных практиках людей.

Итак, как говорилось в начале статьи, правовые обычаи и юридизированные обычаи не выступают как тождественные явления. Правовые обычаи шире и включают в себя юридизированные обычаи. Юридизированные обычаи – это санкционированные государством обычаи, которые в правовом поле выступают либо в дополнение к закону, либо принимают форму закона. В качестве примера можно привести исторические памятники права (Законы XII таблиц, варварские Правды – «Законы Кнута», «Салическая правда» и т.д.).

⁵ См.: *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 442.

Современный российский законодатель также допускает использование и соблюдение юридизированных обычаев, например, в сфере природопользования, этнических юридизированных – в сфере брачно-семейных отношений, однако главным условием называет их непротиворечие федеральному законодательству.

Правовые обычаи в отличие от юридизированных обычаев (получивших санкцию государства) могут вступать в оппозицию и даже выводить за рамки официального правового поля нелегитимные законы (в широком смысле). Создавая тем самым полуофициальные и неофициальные правовые поля (или другими словами – правовые системы). В качестве примера можно привести этническую правовую регуляцию горцев, живущих в отдаленной сельской местности и разрешающих житейские вопросы обычно-правовым способом, не прибегая ни к судам, ни к полиции, ни еще к каким-либо официальным структурам публичной власти.

Сегодня ни для кого не секрет, что в Чечне практически нет правонарушений, связанных с угоном транспортного средства, статистика по правонарушениям в этой сфере – пример для подражания! Однако именно обычно-правовой механизм обеспечил такое положение дел в регионе, конечно, не без поддержки Р. Кадырова. Другой пример: в тех же чеченских селах, находящихся преимущественно в отдаленных районах, практически не прибегают к услугам государственных учреждений при заключении брачного договора. Сохраняется и калымный брак. Обычай кровной мести, умыкание невест (в Чечне этот обычай практически искоренен, зато в дагестанских селах по-прежнему имеет место) также красноречиво показывают существование иной регуляции, основанной отнюдь не на государственно организованном законе. О высокой степени интериоризации обычного права и его автономном существовании параллельно государственно-организованному праву писали в свое время А. Б. Гофман, В. П. Левкович: «Действенность... обычаев, в особенности в этнических группах, сохраняющих высокую степень социальной солидарности, оказывается настолько высокой, что практически исключает их судебное применение, так как споры здесь либо не возникают, либо не доходят до государственных судов, – не только потому, что существуют альтернативные традиционные способы их разрешения, но и потому, что такие обычаи зачастую действуют *contra legem*»⁶.

М. Н. Марченко в своем фундаментальном труде «Источники права» предлагает классифицировать правовые обычаи на основании их соотношения с законом. Он называет правовые обычаи в дополнение к закону, до принятия закона и обычаи, выступающие против закона⁷. Вполне резонно назвать еще одну группу правовых обычаев – это параллельно существующие по отношению к закону обычаи, вызывающие коллизию норм.

⁶ *Гофман А. Б., Левкович В. П.* Обычай как форма социальной регуляции // Советская этнография. 1973. № 1. С. 28.

⁷ См.: *Марченко М. Н.* Источники права : учебное пособие. М. : Проспект, ТК Велби, 2005. С. 157.

Сегодня сфера социально значимых отношений, безусловно, расширяется. И если раньше под правовую регуляцию подпадала сфера производства, сфера воспроизводства человеком самого себя, сфера управления, сфера, в которой реализовывались духовные потребности человека (о чем говорилось выше), то сегодня под правовое регулирование подпадает сфера предпринимательской деятельности и информационных технологий. Так, например, А. А. Краевский, Е. В. Тимошина, исследуя судебную практику, отмечают, что примерно половина (52,8 %) рассмотренных судом обычаев – это относящиеся к современному обычному праву обычаи делового оборота. Они практикуются в предпринимательской или иной специальной деятельности, предполагающей совершение шаблонных действий, например, регулярное совершение однородных сделок. Частота совершения действий, из которых складывается обычай делового оборота, значительно выше, чем частота действий в традиционном обычном праве, поэтому деловые обычаи быстрее складываются и быстрее изменяются⁸. Весьма примечательна в плане обычно-правовой регуляции сфера интернет-коммуникации. Здесь проблема регуляции стоит особенно остро особенно в контексте существования определенных трудностей с государственно-правовым регулированием. Так, например, интернет, как «глобальная паутина», окутал практически все страны и континенты, а правительства отдельно взятых стран не способны эффективно регулировать эту сферу общественных отношений. Однако, как любая социальная система, – интернет не может быть абсолютно неурегулированным. Иначе он рискует превратиться в «дурную бесконечность» (по Гегелю).

Глобальная сеть формирует свои стандарты поведения, которые имеют обычно-правовую природу. Так, например, в зарубежной литературе П. Полански полагает, что интернет сам формирует правовые обычаи. К этим правовым должностям, имеющим обычную природу, он относит: свободу соединения без разрешения; право копировать определенные материалы онлайн без разрешения; право исследовать поведение пользователя; обязательство онлайн-бизнеса, направленное на поддержание нетривиального имени пользователя и установление подлинности пароля; обязательство онлайн-бизнеса, направленное на поддержание шифрования всех сделок, заключаемых в сети, и др.⁹

Таким образом, правовые обычаи отнюдь не архаические должностования. Их регулятивный потенциал «без ложной скромности и по большому счету» велик. Поэтому, вопреки предсказаниям позитивистов о скорой кончине обычного права обычное право «живее всех живых» и, судя по всему, оно подобно тени всегда будет обнаруживать себя в сфере социально-значимых общественных отношений, иногда строя гримасы, иногда

⁸ Краевский А. А., Тимошина Е. В. Jus non scriptum : о действительности правовых обычаев и их применении российскими судами // Социологические исследования. 2020. № 12. С. 94.

⁹ Цит по: Лисицын-Светланов А. Г. Правовой обычай в интернете // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2010. № 5. С. 28.

подменяя собой официальные нормы, а иногда органично их дополняя, наполняя новым более адекватным «духу времени» содержанием.

Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры Российской Федерации

Ломакина И. Б., доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права

St. Petersburg Law Institute (Branch) of the University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation

Lomakina I. B., Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor of the Theory and History of State and Law Department

ИНТЕРПРЕТАЦИЯ ДРЕВНИХ ПРАВОВЫХ АКТОВ КАК МЕХАНИЗМ КОНСТРУИРОВАНИЯ ПРАВОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Н. В. Малиновская

Воронежский государственный университет

Аннотация: интерпретация права рассматривается как естественный инструмент корректировки нормативного текста, помимо правотворчества. На примере истории Древнего Рима рассматривается интерпретационная деятельность жрецов, конкуренция интерпретаций и ее правовые последствия. Проводится параллель между социальным значением результатов сакральной и светской интерпретации. Подчеркивается значение роли преторов в конструировании актуального правового регулирования как результат процессуальной деятельности.

Ключевые слова: интерпретация права, архаичные нормы, первые памятники права, Законы XII таблиц, древнеримские жреческие коллегии, авгуры, понтифики, преторы, римские юристы.

INTERPRETATION OF ANCIENT LEGAL ACTS AS A MECHANISM OF CONSTRUCTION OF LEGAL REALITY

N. V. Malinovskaya

Voronezh State University

Abstract: legal interpretation is analyzed as a natural way of adjustment of the normative text, except the legislation. The history of Ancient Rome is shown as an example of interpretive activity of the priests, contention of different types of interpretation and its legal consequences. A parallel between the social significance of the results of sacral and secular interpretation is drawn. The role of praetors in the process of construction of legal regulation as a result of procedural activity is underlined.

Key words: legal interpretation, archaic norms, the first monuments of law, Twelve Tables, priest colleges of Ancient Rome, augurs, pontiffs, praetors, Roman lawyers.

Поступила в редакцию 10 июля 2021 г.

Интерпретация является одним из главных факторов развития права, создания, изменения или отмены правовых норм. Юридическая доктрина стремится выработать правила правовой интерпретации, обозначить ее пределы, выход за которые считался бы недопустимым и означал бы превышение интерпретатором своих полномочий, а, значит, и нелегальный характер результатов такой интерпретации. Одной из основных проблем, традиционно обсуждаемых в данном контексте в доктринальных дискуссиях, является проблема разграничения интерпретации и правотворчества. Искомые правила толкования правовых актов призваны были бы решить и эту проблему. Однако поиск решения, как правило, не приводит к формулировке сколько-нибудь состоятельных выводов.

Интерпретация всегда способствовала воплощению абстрактных правовых предписаний в практику конкретных правоотношений. На протя-

жении веков в правовых системах различных стран именно благодаря интерпретации правовые тексты, в том числе и древние, были способны к развитию без их отмены и официальной корректировки.

Еще до появления первых нормативных правовых актов можно увидеть примеры активной роли интерпретации в правовом регулировании. Одним из таких может быть названа интерпретационная деятельность жреческих коллегий в Древнем Риме. Религиозные причины развития толкования обусловлены сакрализацией всех сторон жизни на ранних этапах развития римского общества, когда любое социально значимое действие, прежде чем быть осуществленным, нуждалось в получении высшего божественного одобрения. Эпизоды «проявления божественной воли», как принципиально недоступные разумению общества в широком смысле, нуждались в правильной интерпретации, каковая и осуществлялась жрецами применительно к каждому искомому действию (началу или завершению военного конфликта, установлению мира с соседями и др.).

Отсутствие письменно зафиксированных регулятивных норм было одной из главных причин, побуждавших жрецов к толкованию и одновременно дававших определенный «простор» их интерпретации: в ходе практической деятельности они развивали и дополняли древние обычаи, и тем самым постепенно расширяли нормативную базу регулирования общественных отношений. Казуистичный характер первых нормативных регуляторов обуславливал объективную необходимость построения аналогий и проведения параллелей с конкретными жизненными ситуациями. Это само по себе требовало интерпретационной мыслительной деятельности. При этом древнеримскую религию отличала сложность культа: в каждой семье действовал собственный институт сакра (ритуалов и священнодействий по отношению к определенному божееству). Семья имела свой культ предков и систему жертвоприношений¹, поддержание и надзор за правильностью соблюдения которых входили в компетенцию жрецов. Такая сложность сакрального права требовала дополнительной детализации знаний ритуала, что в итоге привело к специализации жрецов по различным коллегиям: авгурув, понтификов, фециалов, салиев, арвальских братьев, луперков, жрецов священнодействий, весталок и др.² В отсутствие четкого разграничения компетенции каждая коллегия самостоятельно осуществляла толкование подвластной ей сферы общественных отношений. Отсюда закономерной становилась конкуренция интерпретаций, которая, в свою очередь, разрешалась путем последующего толкования.

В компетенцию древнеримских жрецов входило не только разъяснение населению вопросов культа и правил совершения ритуальных действий, но и разрешение спорных ситуаций. Большой авторитет жре-

¹ См.: Покровский И. А. История римского права. Петроград, 1918. С. 25.

² См.: Жреческие коллегии в Раннем Риме. К вопросу о становлении римского сакрального и публичного права / отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2001.

чества побуждал римлян искать их совета в делах и обращаться за разрешением споров.

Как уже было отмечено, жреческая система Древнего Рима отличалась большой разветвленностью коллегий, значимость каждой из которых определялась их компетенцией. С точки зрения вопросов права наиболее интересными в этом отношении были коллегии понтификов, авгуров и фециалов. Именно им принадлежит главенствующая роль в формировании основ римской правовой системы посредством активной интерпретационной деятельности, которая позволяет говорить о существовании трех условных ветвей древнеримского сакрального права – права понтификального, авгурального и фециального.

К компетенции авгуров относилась так называемая «дивинация» – выявление воли божества относительно намерений людей по совершению тех или иных действий. Посредством интерпретации они устанавливали, благоприятствует ли день проведению народного собрания, определяли действительность решений магистратов и народного собрания в контексте их соответствия воле богов и даже могли сместить магистрата, объявив его деятельность противоречащей божественной воле.

Юридическая значимость коллегии фециалов обусловлена их широкой компетенцией в решении вопросов международного характера: определение необходимости и времени объявления войны, возможности заключения мирных договоров, установление факта нарушения последних³. Все это осуществлялось с использованием приемов интерпретации, подобных авгуральным. Особенно наглядно это должно было проявляться на примере толкования фециалами заключенного договора, где можно было как установить факт его нарушения противоположной стороной, так и оговорить правомерность собственных действий по разрыву мирного соглашения, истолковав его, к примеру, как недействующий в данных условиях.

Значение коллегии понтификов для римского права учеными не подвергается сомнению. Их называют основоположниками римской юриспруденции⁴ и даже первыми юристами⁵. Действительно, влияние этой коллегии было велико, поскольку понтифики осуществляли общий надзор за культом. Они были вправе привлечь к ответственности за нарушение религиозных установлений любое лицо, включая жрецов других коллегий и своей собственной. К ним как к знатокам сакрального права, обращались за консультациями по спорным вопросам.

Поскольку очевидно, что все три вышеназванные коллегии осуществляли свою деятельность преимущественно путем активной интерпретации, возникает закономерный вопрос о приоритете ее результатов. Разре-

³ См.: Жреческие коллегии в Раннем Риме. С. 91.

⁴ См.: Гарсиа Гарридо М. Х. Римское частное право : казусы, иски, институты. М., 2005; Покровский И. А. Указ. соч.; Виллемс П. Римское государственное право. Киев, 1888. Вып. I; и др.

⁵ См.: Хвостов В. М. История римского права. М., 1903; Ефимов В. В. Лекции по истории римского права. СПб., 1895; Покровский И. А. Указ. соч.

шение данного вопроса во многом связано с определением политической значимости соответствующей жреческой коллегии.

Приоритет коллегии авгуров основывался на отсутствии права как у царя, так и у понтификов (несмотря на их надзорную функцию) лишить авгура его сана, даже за совершение преступления. В то же время лишение сана понтифика было допустимо.

В руках понтификов находился календарь, на основе которого они провозглашали праздничные дни или созывали народные собрания для решения общественно значимых вопросов. В свою очередь авгуры могли запретить назначенный понтификами праздник или народное собрание либо объявить принятое на собрании решение неправомерным, сославшись на противоречие воле богов. Данная воля выяснялась авгурами путем особых процедур – ауспиций, которые проводились в отношении вопросов государственного значения и только по инициативе особых должностных лиц – царей или магистратов⁶. Таким образом, очевидно, что в политическом отношении авгуры были способны влиять на древнее право значительно сильнее понтификов: «...все то, что авгур объявит неправильным, запретным, порочным, зловещим, да не будет выполнено и свершено; кто ослушается, да ответит головой»⁷.

Однако, несмотря на решающее политическое влияние авгуров, их вклад в развитие процесса толкования права был отнюдь не настолько велик. Даже если признавать определенную объективную обоснованность даваемых ими толкований, проследить их связь с собственно правовой интерпретацией достаточно сложно. Такая корреляция в значительно большей степени присуща интерпретационной деятельности понтификов. В условиях сакрализации общественной жизни, когда религиозная природа признавалась даже за такими светскими по своей природе понятиями, как иск и договор, лицами, наиболее сведущими в процедурных вопросах права, могли быть только жрецы, и конкретно – понтифики как знатоки культа в целом. Так, заключение договора займа было возможно лишь в присутствии понтифика, при произнесении им определенных фраз и надзоре за соблюдением ритуала. Иск по вопросу о праве собственности подавался при участии понтифика путем процесса о *sacramentum* (присяга): обе стороны, утверждающие за собой данное право, присягали в этом и на случай установления ложности клятвы вносили в кассу понтификов штраф⁸. Наконец, именно от понтификов ведут свое начало *responsa* – ответы на спорные вопросы в сфере частных правовых отношений, являвшиеся основной формой дальнейшего развития древнеримской юридической интерпретации.

Впоследствии, с появлением первых письменно оформленных нормативных правовых предписаний, интерпретационная деятельность получила еще более масштабное продолжение. Это, в свою очередь,

⁶ См.: Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. Ярославль, 1872. С. 190–191.

⁷ Цит. по: Жреческие коллегии в Раннем Риме.

⁸ См.: Брунс К. Г. Внешняя история римского права. М., 1904. С. 26.

обусловлено неполнотой законодательного регулирования общественных отношений и строгой формализацией судебного процесса.

Издание в V в. до н. э. Законов XII таблиц не решило проблемы эффективности и полноты нормативного регулирования. Если, по справедливому замечанию И. А. Покровского, в толковании и выяснении подлинного смысла нуждается любой, «даже самый совершенный с редакционной стороны закон»⁹, то еще более в этом нуждались неполные и казуистичные нормы XII таблиц. Они не только были труднодоступны для понимания подавляющего большинства населения, но и содержали значительное количество пробелов, восполнение которых было возможно лишь в интерпретационной деятельности жрецов.

Надо отметить, что официальным должностным лицам Древнего Рима не было свойственно стремление к максимальному всестороннему регулированию общественных отношений: так, преторы, издавая эдикты, намеренно предпочитали не связывать себя ими и оговаривали лишь общие положения регулятивного характера, оставляя за собой право на усмотрение – а, значит, и на толкование – в каждой конкретной ситуации.

Появление первых официальных письменных норм способствовало увеличению формализации судебного процесса. В условиях, когда малейшее отхождение от законодательной формулировки означало проигрыш дела, возросла потребность населения в консультациях по вопросам правильного составления судебных формул и выражения своих притязаний в суде. Их грамотная формулировка, на основе профессионального знания законодательных норм, была доступна первоначально замкнутому слою жречества, а затем – профессиональным юристам (*prudentes*). Несмотря на то, что, по многим историческим свидетельствам, жрецы имели сборники готовых судебных формул, предусмотреть каждую спорную ситуацию было объективно невозможно. В связи с этим возникала потребность как в преобразовании имеющихся, так и в выведении на основе нормы и казуса новых судебных формул, что также предполагало активную интерпретационную деятельность.

С течением времени не только выяснялась пробельность имеющегося правового регулирования – архаичные правовые нормы переставали удовлетворять изменяющимся потребностям общественной жизни. Применительно к римскому праву данное обстоятельство характеризуется двумя специфичными аспектами: 1) с более динамичным развитием *jus gentium* цивильному праву, состоящему из обычаев, народного законодательства и деятельности юристов, приходилось заимствовать его нормы во избежание отставания и закостенелости; 2) изменение общественных потребностей и мировоззрения приводило к тому, что старые законодательные нормы переставали удовлетворять двум ключевым принципам римского права – служению общему благу и справедливости. Как результат, устаревшие нормы нуждались в преобразовании,

но поскольку их прямая отмена, как правило, была невозможна, единственным способом их корректировки выступала интерпретационная деятельность.

Так, например, обесценивание денег позволяло богатым римским гражданам открыто совершать некоторые правонарушения, на месте компенсируя их уплатой символического штрафа. Единственным выходом в данной ситуации было расширение юрисдикции судебных магистратов. Акцент на формулярном судопроизводстве в гражданском процессе позволил в необходимых случаях отступать от формальной законности и прибегать к экстраординарной юрисдикции судебно-административных магистратов. Последние не обладали правом официальной отмены или изменения законодательных норм. В силу этого издаваемые ими эдикты не могли содержать норм материального права и носили преимущественно процессуальный характер. В случае, когда пробелы в законе причиняли ущерб или порождали невозможность удовлетворения правомерных интересов отдельных лиц, последние имели право обратиться за разрешением дела к магистрату, который устанавливал вопросы факта и права. Если по итогам рассмотрения магистрат считал просьбу заслуживающей внимания, то удовлетворял ее при помощи доступного ему арсенала административных средств – чаще всего под угрозой штрафа понуждал нарушителя к исполнению обязанности или прекращению противоправной деятельности.

По свидетельству Гая, из всех актов магистратов наибольшее значение для развития права имели эдикты преторов, что закономерно, учитывая сосредоточение в их руках судебных полномочий. Среди двух разновидностей преторских эдиктов нельзя отметить какой-либо как имеющий более непосредственную связь с толкованием, поскольку его элементы косвенно содержались в обоих. Так, постоянный эдикт включал программные положения будущей деятельности вступающего в должность претора, которые формулировались на основе понимания им закона и с учетом эдикта предшественника. Данный эдикт, по сути, очерчивал круг защищаемых магистратом материально-правовых отношений и в дальнейшем сам являлся объектом толкования при издании претором временного эдикта в отношении конкретных дел.

Подлинное конструирование правовой реальности путем интерпретации проявляется, на наш взгляд, во временных эдиктах, которые восполняли пробелы в правовом регулировании, объединяли разрозненные правовые нормы, конкретизировали общие положения закона. Процессуальные положения эдиктов являлись мощным фактором динамики материального права. В связи с изменением условий общественной жизни претор под угрозой «дать суд» против лица косвенно мог предписать ему такие действия, которые закон не предусматривал. Тем самым законодательная норма, формально сохраняя силу, фактически не применялась и становилась так называемым «голым правом». И, напротив, в оборот вводилась новая норма, позволявшая защищать нарушенные права в большем числе казусов.

⁹ Покровский И. А. Указ. соч. С. 89.

Изложенное позволяет подтвердить активную роль интерпретации в регулировании общественных отношений как на исходном уровне, когда правовое и сакральное начала еще невозможно разделить, так и в дальнейшем, по мере развития собственно правовой мыслительной деятельности. Именно интерпретация выступала инструментом конструирования реальности путем определения смысла первоначальных регуляторов и его конкретизации применительно к отдельным казусам. Благодаря активной интерпретационной деятельности столь же активная деятельность законодателя уже не была так необходима. При этом достигалось сразу несколько целей – сохранялось уважение к истокам правовой системы, подчеркивалась значимость преемственности правового регулирования и обеспечивалось соответствие последнего потребностям общества. По нашему мнению, в настоящее время функции интерпретации в праве по существу не претерпели значительных изменений. Интерпретатор, обладающий соответствующим авторитетом, может уточнять смысл ранее созданных правовых норм по отношению к новым общественным отношениям без изменения формулировок путем правотворческого процесса. И по существу таким образом может быть создан несколько иной, по сравнению с нормативно утверждаемым, вариант правового регулирования. Такая интерпретационная активность является оправданной в той мере, в которой она выражает интересы общества и поддерживает основы правопорядка.

Воронежский государственный университет

Малиновская Н. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета

E-mail: ilbas@mail.ru

Voronezh State University

Malinovskaya N. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Theory and History of State and Law Department of Law Faculty

E-mail: ilbas@mail.ru

СУДЕБНЫЕ УСТАВЫ 1864 ГОДА КАК НОВАЦИЯ В ЗАКОНОТВОРЧЕСТВЕ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ

А. А. Демичев

Нижегородский институт управления – филиал РАНХиГС
Нижегородская академия МВД России

Аннотация: в статье рассматриваются инновационные элементы Судебных уставов 1864 года в законотворческом процессе Российской империи. Обращается внимание на то, что четыре Судебных устава изначально принимались в качестве единого комплекса, элементы которого были тесно взаимосвязаны и не противоречили друг другу.

Ключевые слова: судебная реформа 1864 года, Судебные уставы 1864 года, законотворчество, Российская империя, новации в праве.

JUDICIAL STATUTES OF 1864 AS AN INNOVATION IN THE LAWMAKING OF THE RUSSIAN EMPIRE

A. A. Demichev

Nizhny Novgorod Institute of Management – Branch of the RANEP
Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia

Abstract: the article examines the innovative elements of the Judicial Statutes of 1864 in the legislative process of the Russian Empire. Attention is drawn to the fact that the four Judicial Statutes were initially adopted as a single complex, the elements of which were closely interrelated and did not contradict each other.

Key words: judicial reform of 1864, Judicial statutes of 1864, lawmaking, Russian Empire, innovations in law.

Поступила в редакцию 11 июля 2021 г.

Период реформ Александра II являлся одним из ключевых этапов развития России не только в XIX в., но и за всю ее длительную историю. В его продолжении Российская империя существенно преобразилась. Было отменено крепостное право, проведены судебная, земская, городская, военная, образовательная и иные реформы, приведшие к демократизации государственной и общественной жизни. Естественно, при этом не могло обойтись без интенсивного правотворчества. Следствием же активной законотворческой деятельности стало не только создание новых норм, существенно влияющих на возникновение, изменение и прекращение правоотношений, но и появление новаций в законотворчестве.

По большому счету, развитие законотворческого процесса как масштабного явления исторического характера представляет собой сочетание элементов правовой традиции и новаций¹. Одним из проявлений новаций в законотворчестве Российской империи периода правления Александра II стали Судебные уставы, подписанные императором в Царском Селе 20 ноября 1864 г. В содержательном плане (в первую очередь, в рамках исследования судебной реформы 1864 г.) Судебные уставы

¹ См., например: *Илюхина В. А.* Традиции и инновации в закреплении принципов права // Юридическая техника. 2021. № 15. С. 329–334.

изучены очень хорошо. Это касается как их подготовки, так и собственно роли в правовом регулировании пореформенного судоустройства и судопроизводства². Однако в данной работе нас интересует иной аспект – мы рассмотрим Судебные уставы 1864 г. в контексте теории правовых актов с позиции того, насколько они были новаторскими для своего времени в формально-юридическом плане.

Сами по себе уставы как вид нормативного правового акта во второй половине XIX в. не были чем-то новым. Сразу оговоримся, что речь идет не об уставе как учредительном документе, а именно как о виде нормативного акта. Некоторые авторы даже рассматривают устав в качестве «одной из самых древних форм нормативного правового акта в российском государстве»³. Не будем дискутировать на этот счет, лишь отметим, что при подготовке судебной реформы 1864 г. такой вид нормативного правового акта, как устав, хорошо был известен законодателю.

В XVIII–XIX вв. устав представлял собой свод правил, регулирующих общественные отношения в определенной сфере государственного управления, и являлся обязательным для всех субъектов этих отношений. В российском праве имели место случаи, когда несколько нормативных актов, принятых в разное время, были объединены в один устав, дополняли друг друга и полностью регулировали определенную сферу общественных отношений. Примером может служить Устав воинский от

² См., например: *Блинов И. А.* Судебная реформа 20 ноября 1864 г. : историко-юридический очерк. Пг. : Сенатская тип., 1914; *Буцковский Н.* Очерки судебных порядков по уставам 20 ноября 1864 г. СПб. : Тип. Скарятин, 1874; *Виленский Б. В.* Подготовка судебной реформы 20 ноября 1864 года в России. Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1963; *Виленский Б. В.* Судебная реформа и контрреформа в России. Саратов : Приволж. кн. изд., 1969; *Гессен И. В.* Судебная реформа. СПб. : П. П. Гершунин и К, 1905; *Джаншиев Г. А.* Основы судебной реформы. (К 25-летию нового суда) : историко-юридические этюды. М. : Тип. М. П. Щепкина, 1891; *Илюхин А. В.* Эволюция идеи суда присяжных в России во второй половине XVIII – первой половине 60-х гг. XIX вв. (историко-правовое исследование) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006; *Его же.* «Основные положения преобразования судебной части в России» 1862 г. об институте мировых судей // Вестник Владимирского юридического института. 2009. № 4 (13); *Его же.* Эволюция идеи мирового суда в отечественной историко-правовой мысли (вторая половина XVII – первая половина XIX века) // Юридическая наука и практика : Вестник Нижегородской академии МВД России. 2011. № 1 (14); *Его же.* Эволюция идеи мирового суда в России во второй половине XVIII – первой половине 60-х гг. XIX в. (историко-правовое исследование) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2012; *Коротких М. Г.* Судебная реформа 1864 года в России. (Сущность и социально-правовой механизм формирования). Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 1994; *Немытина М. В.* Суд в России : вторая половина XIX – начало XX вв. Саратов : СЮИ МВД РФ, 1999; Судебная реформа / сост. Н. Б. Давыдов и Н. М. Полянский. М. : Объединение; Т-воскоропеч. А. А. Левинсона, 1915. Т. 1–2; *Филиппов М. А.* Судебная реформа в России. СПб. : Тип. В. Тушнова, 1871–1875. Т. 1–2 и др.

³ *Забелина Д. В.* Устав в российском праве (исторический очерк) // Право и современные государства. 2013. № 5. С. 9.

30 марта 1716 г., принятый в период правления Петра I и подготовленный при его личном участии. Устав воинский в структурном плане состоял собственно из Воинского устава и трех приложений в виде Артикула воинского, Краткого изображения процесса или судебных тяжб, принятых еще 26 апреля 1715 г., а также документа, называвшегося «О экзерциции (или учении), о приготвлении к маршу, о званиях и о должности полковых чинов», тоже принятого в 1715 г. Обратим внимание, что последние три документа рассматривались законодателем именно в качестве приложений. Причем в качестве единого целого, включая все приложения, Устав воинский был опубликован только в 1719 г.

Как видим, Устав воинский не являлся совокупностью равноценных документов, а представлял собой один нормативный акт с приложениями, являющимися также нормативными актами.

Таким образом, совокупность единовременно принятых самостоятельных уставов, регулирующих одну сферу государственного управления, стало новшеством в российском законодательстве в период правления Александра II. Спецификой Судебных уставов 1864 г. являлось то, что по одному плану в результате длительной подготовки одновременно были приняты и в дальнейшем одновременно введены в действие, как бы сейчас выразились – «единым пакетом», сразу четыре нормативных правовых акта, кодифицировавших судоустройственное, судопроизводственное и, отчасти, законодательство о наказаниях. Каждый из Судебных уставов 1864 г. являлся логически завершенным цельным документом, который можно рассматривать в качестве самостоятельного правового акта, регулирующего определенный комплекс отношений в судебной сфере.

Так, Учреждение судебных установлений регламентировало вопросы судоустройства, Устав гражданского судопроизводства – порядок рассмотрения и разрешения гражданских дел в мировых судах и общих судебных установлениях, Устав уголовного судопроизводства – порядок рассмотрения и разрешения уголовных дел в мировых судах и общих судебных установлениях, а Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, представлял собой своеобразное дополнение к Уложению о наказаниях уголовных и исправительных и устанавливал ответственность за нетяжкие преступления и проступки, отнесенные к компетенции мирового суда. При этом четыре Судебных устава представляли собой единый комплекс из полностью сбалансированных и взаимосвязанных нормативных актов, который являлся чем-то большим, чем просто механическая сумма составлявших его нормативных актов.

Обратим внимание, что никогда ни ранее, ни позднее российский законодатель не прибегал к принятию «пакетным» способом судебного законодательства, хотя опыт судебной реформы Александра II в этом плане являлся сугубо положительным. Причину этого мы видим в том, что судебная реформа 1864 г. была единственной судебной реформой за всю историю России, которой предшествовала длительная целенаправленная подготовка, прошедшая несколько этапов и сопровождавшаяся не только дискуссиями в рамках различных комиссий по составлению

Судебных уставов, но и публичными обсуждениями. Все последующие судебные преобразования в России, включая современные, характеризуются спешкой, вызванной объективными или субъективными причинами, и кулуарностью.

Особенностью Судебных уставов 1864 г. как единого комплекса являлось то, что каждый из входящих в него нормативных правовых актов был изначально составлен с учетом положений других актов. Именно поэтому и получилось, что после введения Судебных уставов в действие не возникло серьезных коллизий между разными уставами. О цельности Судебных уставов 1864 г. свидетельствует и тот факт, что они вошли без какой-либо дополнительной обработки в качестве последнего, шестнадцатого, тома в Свод законов Российской империи, состоявшего до этого из пятнадцати томов.

В Судебных уставах проявилась еще одна особенность законотворческой техники второй половины XIX в. – в структуре нормативных правовых актов стал активно использоваться вводный элемент. Единое название его в то время еще не устоялось. Хорошей иллюстрацией этому являются Судебные уставы 1864 г. Так, в Учреждении судебных установлений вводная часть являлась самостоятельной, структурно обособленной и называлась весьма незамысловато – «Введение». «Введение» состояло из 11 статей (ст. 1–11) и включало в себя наиболее общие положения, имеющие отношение к судостроительству мировых и общих установлений.

В Уставе гражданского судопроизводства и Уставе уголовного судопроизводства вводная часть также была структурно обособлена, но называлась «Общие положения» (ст. 1–28 Устава гражданского судопроизводства и ст. 1–32 Устава уголовного судопроизводства). По сути, содержание этих элементов процессуальных кодексов Российской империи было аналогичным, естественно, с учетом специфики гражданского и уголовного процесса. В отличие от трех других уставов, в Уставе о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, вводная часть не была структурно обособлена, а составляла главу 1, имевшую название «Положения общие» (ст. 1–28). Тем не менее, несмотря на разницу в названии, во всех четырех Судебных уставах присутствовал вводный элемент, содержащий положения общего характера относительно остальных структурных элементов соответствующего устава.

Судебная реформа 1864 г. в России была первой российской судебной реформой. До этого судебные преобразования имели место в разные исторические периоды, но они носили всегда судебно-административный характер, так как судебная власть не была отделена от административной. Это произошло только во время судебной реформы Александра II. Мы полагаем, что именно Учреждением судебных учреждений 1864 г. в России впервые была создана независимая от административной власти судебная система как совокупность взаимосвязанных элементов. А принятие Устава гражданского судопроизводства и Устава уголовного судопроизводства привело к обособлению двух самостоятельных отраслей российского права – гражданского процессуального права и уголов-

но-процессуального права. Конечно, до этих уставов существовали нормативные акты, регламентирующие порядок рассмотрения гражданских и уголовных дел, однако Устав гражданского судопроизводства и Устав уголовного судопроизводства были первыми специализированными процессуальными кодексами в истории России.

В завершении работы отметим, что Судебные уставы 1864 г. сыграли важную роль в развитии российского права и государства в целом, судостроительства и судопроизводства в частности. Кроме того, Судебные уставы 1864 г. стали новаторским актом в Российской империи. Их новаторность проявилась в том, что впервые в российском законодательстве одним «пакетом» было принято сразу четыре взаимосвязанных и сбалансированных нормативных правовых акта, каждый из которых имел свою сферу регулирования, но при этом составлявших единое целое.

Наконец, отметим еще один момент. По нашему убеждению, история государства и права – не только теоретическая наука, но и наука, обладающая практическим потенциалом для современности. Мы полагаем, что изучение исторического опыта и в данном случае может быть полезно для современности.

Во-первых, интерес представляет опыт кодификации судостроительного законодательства в виде Учреждения судебных установлений. Ни раньше, ни позже подобных актов в России не было. Зато опыт Российской империи в этом случае смогла заимствовать Республика Армения, в которой в настоящее время действует Судебный Кодекс Республики Армения, утвержденный конституционным законом Республики Армения от 10 февраля 2018 г. № ЗР-95.

Во-вторых, целесообразно заимствовать исторический опыт в плане одновременной подготовки (достаточно длительной по времени и сопровождающейся широким общественным обсуждением на всех этапах), как минимум, процессуального законодательства. Мы полагаем, что этап дифференциации процессуального законодательства в Российской Федерации завершен и настало время этапа унификации. Целесообразно заняться формированием единообразного процессуального законодательства. Это ни в коем случае не должен быть какой-то единый (и единственный) процессуальный кодекс. Все-таки уголовно-процессуальное, гражданское процессуальное, административное процессуальное и арбитражное процессуальное право являются в настоящее время самостоятельными отраслями российского права. Считаем правильным, что эти отрасли кодифицированы, однако неправильно то, что одни и те же понятия изложены сущностно аналогично, но текстуально различаются. То же самое можно сказать о закреплении принципов права. Выходом из сложившейся ситуации была бы разработка модельного процессуального кодекса, на основе которого будут составлены (желательно одновременно) процессуальные кодексы, наделенные общим дефинитивным аппаратом, схожей структурой и принципами права.

Нижегородский институт управления – филиал РАНХиГС

Нижегородская академия МВД России

Демичев А. А., доктор юридических наук, кандидат исторических наук, профессор, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, главный научный сотрудник научного центра Нижегородского института управления – филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, профессор кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России

E-mail: aadem@bk.ru

The Nizhny Novgorod Institute of Management – Branch of the RANEPA

Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia

Demichev A. A., Doctor of Juridical Sciences, Candidate of Historical Sciences, Professor, Honored Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Leading Researcher of the Research and Development Sector of Nizhny Novgorod Institute of Management – Branch of RANEPA, Professor of the Department of Civil Law and Procedure of Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia

E-mail: aadem@bk.ru

**О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ, ПОРОЖДЕННЫХ
НОРМАТИВНЫМ РЕГУЛИРОВАНИЕМ
В ДОСУДЕБНОМ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ
ПРОИЗВОДСТВЕ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ
ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX В.**

Ю. П. Шкаплеров

Могилевский институт МВД Республики Беларусь

Аннотация: в статье анализируются отдельные недостатки нормативного регулирования Устава уголовного судопроизводства 1864 г. Автор рассматривает некоторые проблемы теории формальных доказательств, сроков производства по делу и организации следственной деятельности в целом.

Ключевые слова: Устав уголовного судопроизводства, теория формальных доказательств, судебные следователи, судебные уставы.

**ABOUT SOME PROBLEMS, CAUSED BY THE NORMATIVE
REGULATION IN PRE-TRIAL CRIMINAL PROCEEDINGS
OF THE RUSSIAN EMPIRE IN THE SECOND HALF
OF THE 19TH CENTURY**

Yu. P. Shkaplerov

Mogilev Institute of the MIA of the Republic of Belarus

Abstract: in the article some limitations of the normative regulation of the Criminal Proceedings Statute (1864) are analyzed. The author points out some problems of the theory of formal evidences, terms of proceedings and organization of the investigative activity upon the whole.

Key words: Criminal Proceedings Statute, theory of formal evidences, examining magistrates, court statutes.

Поступила в редакцию 15 июля 2021 г.

Неудовлетворительное качество предварительного расследования уголовных дел в первой половине XIX в. вынудило правительство Российской империи принять ряд мер по его реформированию. Так, еще в 1837 г. одиннадцатое отделение Собственной Его Императорского Величества канцелярии разработало проект закона «О следствии», а в 1850 г. – проект «Устава о судопроизводстве по преступлениям», согласно которым планировалось выделить предварительное следствие из сферы деятельности полиции¹. Однако данные проекты не были реализованы. Вместе с тем, понимая объективную необходимость в трансформации правоохранительной сферы, руководство Российской империи, начав с 1861 г. подготовительные работы для соответствующей рефор-

¹ См.: Ларин А. М. Заметки о предварительном следствии в России / А. М. Ларин // Государство и право. 1993. № 3. С. 73; Сорокина Ю. В. Основные этапы реформы следственного аппарата и предварительного расследования в России 1860–1864 годов / Ю. В. Сорокина // Судебная власть и уголовный процесс. 2014. № 3. С. 271.

мы, закончили их утверждением императором 20 ноября 1864 г. Судебных уставов², одним из которых являлся Устав уголовного судопроизводства (далее – УУС).

Данный нормативный акт как детально разработанный и прогрессивный закон учеными-процессуалистами практически безоговорочно рассматривается в качестве эталона, образца «воплощения юридической техники» и укора «современным законодателям, на фоне которого особенно заметна их принципиальная ангажированность и суевливая некомпетентность»³. Такой взгляд на УУС сформировался не сегодня, а возник вполне закономерно еще в ходе судебной реформы в XIX в. Например, С. В. Познышев в 1913 г. по этому поводу писал: «Судебные уставы представляют собою законодательный памятник, весьма замечательный по глубине и верности положенных в основу его начал, по системности изложения, по легкому, простому и вместе с тем изящному языку. В нашем законодательстве нет ни одной части, которая могла бы соперничать с ними в отношении систематичности, простоты и ясности изложения»⁴. Сравнивая проект УУС с законодательством Европы, известный немецкий юрист К. Миттермайер писал, что «он стоит выше даже многих новейших законодательных работ»⁵.

Полностью соглашаясь с мнением указанных ученых, все же необходимо акцентировать внимание на том, что при всех положительных качествах и безусловно важном значении для юриспруденции Восточной Европы УУС не стоит идеализировать, так как чрезмерное восхваление любого нормативного акта, правового института либо юридического явления не позволяет объективно и критично проводить их анализ. И наоборот, критический подход позволит в будущем при правотворчестве и правоприменении избежать тех ошибок, которые допустили наши предки.

Итак, возвращаясь к УУС, стоит начать с указания на то, что в него законодателем был включен такой рудимент теории формальных доказательств, как дознание через окольных людей, являвшееся видоизмененным вариантом повального обыска. При этом последний, согласно данным ревизионных отчетов судебных учреждений, в период действия УУС все еще применялся в ходе расследования уголовных дел в сельской местности для установления лица, совершившего преступление. В свете

² См.: Российское законодательство X–XX вв. : в 9 т. / редкол.: О. Чистяков (гл. ред.) [и др.]. М. : Юрид. лит., 1991. Т. 8: Судебная реформа / Б. Василевский [и др.]. С. 12, 31.

³ Григорьев В. Н. Устав уголовного судопроизводства 1864 г. как источник изначального смысла современных уголовно-процессуальных категорий / В. Н. Григорьев // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 7. С. 1409.

⁴ Познышев С. В. Элементарный учебник русского уголовного процесса / С. В. Познышев. М. : Изд-во Г. А. Лемана, 1913. С. 4.

⁵ Цит. по: Мазюк Р. В. Об использовании понятий «уголовное преследование», «судебное преследование», «преследование» в Уставе уголовного судопроизводства 1864 // Глагол Правосудия. 2014. № 2. С. 29.

изложенного не вызывает удивления высказывание В. Я. Фукса, который в конце XIX в. писал о том, что по сравнению со Сводом законов Российской империи в УУС «цель и общие приемы следственной процедуры остались... в сущности прежние, но производимое до суда исследование получило совершенно иное значение»⁶.

Кроме того, рассмотрение реализации на практике «Учреждения судебных следователей» и УУС свидетельствует о том, что уже на этапе создания института судебных следователей были порождены условия для ненадлежащего исполнения положений этих законов. Одним из главных таких условий являлся большой размер следственных участков, что было обусловлено недостатком финансирования уголовно-процессуальной деятельности. Так, в 10 округах европейской части России в 1896 г. было только 1450 следователей, т.е., на каждого из них приходился район в 4120 квадратных верст, а в некоторых губерниях – еще больше. Для наглядности демонстрации всей сложности сложившейся ситуации целесообразно привести следующий факт: в 1885 г. в Быховском уезде Могилевской губернии (как и в Мстиславском, Горецком и Чаусском и т.п.) площадью 4105,8 верст с населением около 120 000 человек был только один следователь⁷. Сегодня же предварительное расследование в Быховском районе Могилевской области Республики Беларусь площадью 2 263,16 км² с населением 28 611 человек осуществляет целый отдел Следственного комитета Республики Беларусь. Первым и очевидным решением обозначенной проблемы было простое увеличение числа судебных следователей, но нехватка финансовых средств в казне Российской империи исключала этот вариант⁸. В итоге проблема размера следственных участков повлекла за собой повсеместную несвоевременность принятия решений о начале следствия и исходящие из этого другие проблемы, о чем в юридической литературе конца XIX в. прямолинейно говорилось: «Общеизвестный факт, что при обширности наших следственных участков судебные следователи не в состоянии выезжать по каждому делу на место вслед за получением от полиции извещения о совершении преступления, за исключением, конечно, как технически выражаются: “мертвого тела”, и других особо важных случаев. Следователь недельку, а то и две, копит дела по трактам, а затем уже выезжает по известному тракту, производя следствия гуртом; он редко едет в деревню, где случилась та или другая кража; он вызывает подлежащих допросу лиц в волостное правление, там же делает и дальнейшие распоряжения, вытекающие из собранного допросами материала, отличая проверку следствием дополнительного дознания, которое будет произведено по этим распоряжениям, до нового своего

⁶ Фукс В. Я. Суд и полиция : в 2 ч. М. : Унив. тип., 1889. Ч. 1. С. 243.

⁷ См.: Адрес-календарь Могилевской губернии на 1885 год. Могилев на Днепре : Типография губернского правления, 1885. С. 33–35.

⁸ См.: Духовский М. В. Русский уголовный процесс. М. : Университетская типография, 1902. С. 111.

приезда в волость. Если бы кто из наших следователей задумал встать в уровень с тем идеальным следственным деятелем, какой выступает из всех статей устава уголовного судопроизводства, он большую часть года провел бы в почтовой телеге⁹. Приведенное резкое высказывание подтверждалось данными статистики: в период с 1874 по 1894 г. лишь в 33 % случаев судебные следователи прибывали на место происшествия в течение семи дней, а в 28,8 % случаев они приезжали туда не менее чем через месяц. Более того, за указанный период уменьшения сроков «в приступе к следствию» не произошло (табл. 1)¹⁰.

Таблица 1

Сроки принятия решений о начале следствия¹¹

Годы	Не позднее 7 дней	Не позднее 1 месяца	Более 1 месяца	Срок не установлен
1874–1878	34,1 %	26,9 %	29,3 %	9,7 %
1879–1883	34,3 %	31,0 %	29,0 %	5,7 %
1884–1888	31,7 %	25,2 %	37,5 %	5,6 %
1889–1893	31,8 %	25,3 %	38,0 %	4,9 %
1894	33,5 %	24,2 %	37,0 %	5,3 %

Глядя на сроки, в течение которых принимались решения о начале следствия, становится понятной причина, по которой в конце XIX в. уменьшалось количество лиц, привлеченных в качестве обвиняемых (табл. 2), и увеличивался объем прекращаемых производством уголовных дел¹².

Таблица 2

Количество обвиняемых по уголовным делам, находящихся в производстве у судебных следователей¹³

Годы	Количество обвиняемых на 100 оконченных производством уголовных дел
1877–1878	86
1879–1883	77
1884–1888	71
1889–1893	64

⁹ Тимановский А. Сборник толкований русских юристов к судебным уставам императора Александра Второго. За двадцать пять лет (1866–1891). Учреждение судебных установлений и Устав уголовного судопроизводства. 2000 тезисов / А. Тимановский. 1892. 2-е изд. Варшава : Тип. К. Ковалевского. С. 381.

¹⁰ Итоги русской уголовной статистики за 20 лет (1874–1894 гг.) / сост. Е. Н. Тарновский. СПб. : Типография Правительствующего Сената, 1899. С. 4.

¹¹ Там же.

¹² Там же. С. 3–10; Российское законодательство X–XX вв. : в 9 т. С. 293.

¹³ Там же. С. 8.

В то же время нужно указать, что несмотря на те трудности, с которыми пришлось столкнуться, судебные следователи не допустили критического увеличения сроков расследования по уголовным делам (табл. 3).

Таблица 3

Сроки расследования уголовных дел, находящихся в производстве у судебных следователей¹⁴

Годы	Менее 1 мес.	От 1 до 2 мес.	От 2 до 6 мес.	От 6 мес. до 1 года	Более 1 года
1874–1878	49,9%	18,4%	18,5%	6,8%	6,4%
1879–1883	48,4%	19,6 %	20,5%	7,5%	4,0%
1884–1888	51,2%	18,9%	20,2%	6,0%	3,7%
1889–1893	54,7%	20,6%	19,5%	4,1%	1,1%
1874	45,2%	19,5%	19,7%	7,8%	8,4%
1894	52,2%	21,2%	19,2%	4,0%	1,0%

Эти и другие проблемы досудебного производства¹⁵ не способствовали уменьшению количества критиков УУС, а их, к слову, в рассматриваемый период времени было немало. В этой связи отдельного упоминания заслуживают работы В. Я. Фукса, которые носили не публицистический, а научный характер и опирались на анализ законодательства и судебной практики. Наиболее значимый и интересный труд названного автора «Суд и полиция» подвергался в свое время наиболее жесткой критике сторонников судебных преобразований 1864 г. Однако, что самое интересное, В. Я. Фукс не выступал за полную отмену УУС и возврат к старым порядкам. Ученый считал, что институты, порожденные в результате реформы, были не приспособлены к реалиям жизни Российской империи и требовали корректировок. В подтверждение своей позиции он приводил многочисленные примеры непрофессионализма судебных следователей, адвокатов и т.д.¹⁶

Таким образом, в завершение необходимо акцентировать внимание на том, что, несколько не оспаривая высокое качество подготовки и огромное значение для отечественной юриспруденции УУС, на его примере в настоящей работе продемонстрированы отдельные правоприменительные проблемы, которые существенно нивелировали позитивный эффект его высококачественных правовых норм.

¹⁴ Там же. С. 13.

¹⁵ См.: Левенстим А. А. Предварительное следствие по судебным уставам, его недостатки и меры по улучшению. СПб. : Тип. Правительствующего сената, 1895. С. 6–24.

¹⁶ Памятники российского права : в 35 т. : учебно-научное пособие / под общ. ред. Р. Л. Хачатурова, А. А. Демичева. М. : Юрлитинформ, 2015. Т. 13: Судебная реформа 1864 года в Российской империи. С. 10–11.

Могилевский институт МВД Республики Беларусь

Шкаплеров Ю. П., кандидат юридических наук, доцент, первый заместитель начальника института

E-mail: shkaplerov@yandex.ru

Mogilev Institute of the MIA of the Republic of Belarus

Shkaplerov Yu. P., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, First Deputy Head of the Institute

E-mail: shkaplerov@yandex.ru

СПЕЦИФИКА НОРМАТИВНЫХ ДОГОВОРОВ МЕЖДУ СОВЕТСКОЙ РОССИЕЙ И СТРАНАМИ БЛИЖНЕГО ВОСТОКА 1919–1922 гг.

И. Д. Борисова

Владимирский юридический институт ФСИИ России

Аннотация: в статье освещаются проблемы поиска перспективных правовых форм взаимовыгодных торговых отношений между молодым Советским государством и рынками стран Ближнего Востока, прерванных революционными событиями в России в 1917 г. На основе широкого использования архивных материалов автор показывает, как умело советские внешнеторговые организации, используя торговую кооперацию, ярмарочную торговлю, таможенные и лицензионные льготы, постепенно рассеивали недоверие купцов и общественно-политических кругов Турции, Ирана и соседних с ними стран к Советскому государству, чем способствовали прорыву экономической блокады последнего на южных границах, организованной лидерами империалистического мира.

Ключевые слова: Иран, Турция, ближневосточный рынок, восточные купцы, советская торговая кооперация, Центросоюз, Внешторг, Аркос, Нижегородская ярмарка, Бакинская ярмарка, торговое соглашение, таможенное соглашение, таможенные льготы, безлицензионная торговля.

SPECIFICS OF REGULATORY AGREEMENTS BETWEEN SOVIET RUSSIA AND THE COUNTRIES THE MIDDLE EAST 1919–1922

I. D. Borisova

Vladimir Law Institute of the FPS of Russia

Abstract: the article highlights the problems of searching for promising legal forms of mutually beneficial trade relations between the young Soviet state and the markets of the Middle East countries, which were interrupted by the revolutionary events in Russia in 1917. Based on the extensive use of archival materials, the author shows how skillfully the Soviet foreign trade organizations, using trade cooperation, fair trade, customs and licensing privileges, gradually dispelled the distrust of merchants and socio-political circles of Turkey, Iran and neighboring countries to the Soviet state, thereby contributing to the breakthrough of the economic blockade of the latter on the southern borders, organized by the leaders of the imperialist world.

Key words: Iran, Turkey, Middle East market, Eastern merchants, Soviet trade cooperation, Centrosoyuz, Vneshtorg, Arkos, Nizhny Novgorod fair, Baku fair, trade agreement, customs agreement, customs privileges, unlicensed trade.

Поступила в редакцию 20 июня 2021 г.

Зарождение внешнеторговых связей между странами Ближнего Востока и Советским государством было обусловлено потребностями народного хозяйственного строительства и общими задачами сохранения национальной и экономической самостоятельности. Благодаря торговым связям политические отношения между народами и странами приобретали необходимый базис для своего развития. Как для ближневосточных

стран, так и для молодого социалистического государства они становились объективным «актом самосохранения»¹.

Опыт прошлого свидетельствовал, что торговля с Россией всегда была выгодной для стран Ближнего Востока, особенно для восточных вилайетов Турции и северных провинций Ирана. Нарушение связей с российским рынком тяжело сказалось на хозяйственной жизни этих ближневосточных рынков, что заставило правительства Турции и Ирана искать пути нормализации торговых связей с Советской Россией. Однако отношение к перспективам торговли с Советской страной было весьма противоречивым: определенная часть купечества ближневосточных стран выступала за скорейшее восстановление контактов с российским рынком, другая вела себя довольно сдержанно и заняла выжидательную позицию. Тот факт, что торговать приходилось с представителями Советской власти, а не с привычными партнерами-частниками, нередко отпугивал коммерсантов от каких-либо сделок с советским рынком. Сказывалась также их неосведомленность и вера в различные измышления антисоветской буржуазной пропаганды. Но, как отмечал В. И. Ленин, «общие экономические всемирные отношения» заставляли вступать на «путь сношения с нами»². Другой мотив, побудивший ближневосточные фирмы и коммерсантов на контакты с советскими хозяйственными организациями, обусловлен был тем, что «кучка стран душит другие народы, и эти народы обращаются к нашей помощи открыто или прикрито, сознательно или бессознательно, но они привыкают сознавать экономическую необходимость союза с Советской Россией против международного империализма»³.

Целью данной работы является попытка определить мирные правовые формы возобновления коммерческих связей между рынками традиционных до революционных российских событий 1917 года торговых партнеров: стран Ближнего Востока и молодого советского государства. Данная работа в большей мере базируется на фактическом материале: опубликованном нормативно-правовом материале, архивных и статистических данных.

Вначале ближневосточные коммерсанты и их объединения предпочитали устанавливать связи с советскими кооперативными объединениями. Конечно, на их действиях сказались позиции западноевропейских держав. В частности, после прекращения экономической блокады Советской России, когда капиталистические державы осознали бесперспективность своих попыток экономически удушить Советскую власть, Верховный совет Антанты принял 16 января 1920 г. решение о начале

¹ Документы внешней политики СССР. М., 1964. Т. IX: 1 января – 31 декабря 1926 г. С. 116.

² Ленин В. И. О внутренней и внешней политике Республики // IX Всероссийский съезд Советов 23–28 декабря 1921 г. // Полн. собр. соч. М., 1970. Т. 44. С. 304–305.

³ Ленин В. И. Доклад о концессиях на фракции РКП(б) VIII съезда Советов 21 декабря 1920 г. // Полн. собр. соч. М., 1970. Т. 42. С. 107.

торговли с русским народом через посредство его кооперативных организаций, которые «состоят в непосредственной связи с массами русского крестьянства»⁴. Начало коммерческой деятельности советской кооперации на рынках Ближнего Востока было положено Центросоюзом, наличие у него закупочных контор в Советском государстве и сопредельных странах позволило ему сравнительно быстро подключиться к решению общегосударственных задач по восстановлению связей между отечественными и зарубежными кооперативами. На закупки скота и мясных продуктов на восточных рынках для красноармейских частей и городского населения ВСНХ РСФСР выделил Центросоюзу 3,5 млн золотых рублей и 80 пудов серебра, отпустил большое количество чая, металлических изделий, 1 млн аршин мануфактуры⁵. Для ведения коммерческих операций Центросоюз получил от Советского правительства кредиты в размере 246 млн рублей (на 1 января 1919 г.)⁶. Устанавливая взаимоотношения с иностранными кооперативными организациями, советская кооперация видела в развитии внешнеторговых связей одно из средств содействия установлению нормальных взаимоотношений между Советским государством и зарубежными странами⁷.

Особый интерес Центросоюз встретил со стороны иранских торговых фирм и отдельных купцов. Административный центр его работы на иранском рынке находился в Баку, которому подчинялись заготовительные конторы в иранских городах Энзели, Астрабаде, Мазендеране и Казвине, имевшие в свою очередь отделения и агентства в Ардебиле, Реште, Астаре, Нешедесере и Фериканере⁸. Внешнеторговые связи облегчались довольно протяженной границей между обеими странами и благоприятными водными и гужевыми путями сообщений. Налаженность коммерческого аппарата Центросоюза и доверие к нему привели к тому, что в его иранские конторы стали поступать от местных купцов предложения на комиссионную доставку транзитом через Туркестан и Закавказье иранского сырья с дальнейшей его реализацией за границей и закупкой товаров для иранских купцов, в счет покрытия экспортируемого сырья⁹.

При рассмотрении организационных вопросов, связанных с иранскими заготовками, на заседании комиссии при уполномоченном Центросоюза по Ирану и Азербайджану 12 января 1921 г. отмечалось, что советско-иранская торговля должна осуществляться через представительство

⁴ Российский государственный архив экономики (РГАЭ). Ф. 413. Народный комиссариат внешней торговли СССР. Оп. 2. Д. 1517. Л. 203.

⁵ См.: Государственный архив Российской Федерации (ГАРФ). Ф. 130. Совет Народных Комиссаров РСФСР. Оп. 5. Д. 23. Л. 203.

⁶ См.: РГАЭ. Ф. 484. Центральный союз потребительских обществ (Центросоюз) СССР. Оп. 1. Д. 193. Л. 73.

⁷ См.: ГАРФ. Ф. 5451. Всесоюзный Центральный Совет Профессиональных Союзов (ВЦСПС). Оп. 12. Д. 45. Л. 24.

⁸ См.: РГАЭ. Ф. 413. Народный комиссариат внешней торговли СССР. Оп. 1. Д. 519. Л. 15.

⁹ См.: Там же. Оп. 2. Д. 830. Л. 20.

НКВТ РСФСР, которое использует Центросоюз в качестве коммерческого аппарата на иранском рынке¹⁰. Все свои планы в области внешней торговли, вопросы цен на экспортные и импортные товары и т.п. Центросоюз стал согласовывать с НКВТ РСФСР¹¹. Для осуществления коммерческих операций на иранском рынке НКВТ РСФСР перевел своему Азербайджанскому отделению 400 млн рублей в старых купюрах и 500 млн рублей советскими денежными знаками¹². С весны 1921 г. иранское управление Центросоюза смогло развернуть коммерческую деятельность по всему побережью Каспийского моря. Им было заготовлено для Внешторгов РСФСР и Закавказья до 383 тыс. пудов риса, 5,5 тыс. штук сафьяна и 9 тыс. штук каракуля и разной пушнины¹³.

Следует заметить, что даже во время оккупации интервентами и белогвардейцами Каспийского побережья и пограничных с Ираном территорий в Закавказье и Средней Азии контакты между иранским и российским рынками полностью не прекращались. Они носили эпизодический характер, иранским купцам разрешалось вести торговлю в приграничных районах Советского государства «на почве контрабандной доставки мелких партий в Астрахань»¹⁴. В сентябре 1918 г. группа представителей иранских коммерсантов в беседах с главой дипломатической миссии РСФСР в Тегеране И. О. Коломийцевым пыталась выяснить ближайшие перспективы восстановления торговых и политических отношений между Ираном и Советской Россией. В октябре того же года И. О. Коломийцев сообщал Г. В. Чичерину, что ежедневно советскую миссию в Тегеране посещали иранские общественные и торговые деятели¹⁵. Со временем иранские купцы начинали публично заявлять, что «Россия важна для Ирана, как место сбыта сырьевых и сельскохозяйственных товаров»¹⁶.

В 1919 г. англичане навязали Ирану полуколониальный договор, по которому Лондон получил право иметь в Тегеране своего финансового советника, а в 1920 г. под давлением Англии феодально-компрадорские власти ввели запретительный таможенный тариф в отношении торговли Ирана с Советским государством, по которому ставки на сахар были увеличены на 1200 % по сравнению с ранее действующим тарифом, на керосин – на 1070 % и т.п. В то же время таможенные ставки на продукты английского происхождения были оставлены без изменений, или даже понижены. С помощью дискриминационных мер англичане пытались со-

¹⁰ См.: РГАЭ. Ф. 484. Центральный союз потребительских обществ (Центросоюз) СССР. Оп. 7. Д. 68. Л. 50.

¹¹ См.: Там же. Л. 6.

¹² См.: ГАРФ. Ф. 130. Совет Народных Комиссаров РСФСР. Оп. 4. Д. 317. Л. 45.

¹³ См.: РГАЭ. Ф. 484. Центральный союз потребительских обществ (Центросоюз) СССР. Оп. 7. Д. 624. Л. 16.

¹⁴ Документы внешней политики СССР. М., 1958. Т. II: 1 января 1919 г. – 30 июня 1920 г. С. 623.

¹⁵ См.: ГАРФ. Ф. 130. Совет Народных Комиссаров РСФСР. Оп. 3. Д. 178. Л. 2–3.

¹⁶ РГАЭ. Ф. 7932. Русско-персидская банкирская контора (Русперсбанк). 1923–1929 гг. Оп. 1. Д. 117. Л. 268.

хранить неограниченный контроль над иранским рынком и не допустить восстановления советско-иранской торговли. Иранские коммерсанты настойчивее стали требовать отмены антисоветского таможенного тарифа¹⁷. Настойчивость торгово-предпринимательских кругов привела к тому, что 18 декабря 1920 г. в Тегеране было открыто торговое представительство РСФСР в Иране. Однако заметных размеров советско-иранская торговля не могла достичь, так как она осуществлялась в условиях применения таможенного тарифа 1920 г. Так, в 1920/21 хозяйственном году доля Советской России во внешнеторговом обороте Ирана составила 3,3 %, по ввозу она заняла 3-е место и по вывозу 7-е место¹⁸. Ограничительные меры в отношении торговли с Советской Россией сохранялись до 1922 г., когда иранское правительство пошло на восстановление ранее действовавших таможенных тарифов 1901–1903 гг.

В марте 1921 г. бакинское представительство Центросоюза предприняло коммерческо-ознакомительную экспедицию в северо-иранскую провинцию Астарту, в ходе которой не только изучался местный рынок, но и было реализовано 5,5 тыс. пудов керосина, а также партии сахара, тканей, металлических изделий. В своем докладе об итогах экспедиции агент центросоюзовской конторы в Баку Б. М. Данциг отмечал, что представитель Центросоюза «встретил в Астаре и у властей и у купцов самый любезный прием, причем неоднократно подчеркивалось, что Центросоюз является организацией, хорошо иранцам знакомой и ими ценимой»¹⁹. В стоимостном выражении закупки Центросоюза на иранском рынке увеличились с 602 тыс. рублей в 1921 г. до 906 тыс. рублей в 1922 г.²⁰ За 1920/21–1921/22 гг. советско-иранская торговля удвоилась, доля Советской России во внешней торговле Ирана увеличилась с 3,3 до 6,1 %²¹. Советское правительство пригласило делегацию торговых деятелей Ирана посетить Москву²². С июня 1921 г. на территории Советской России стали учреждаться иранские консульства в Астрахани, Новороссийске, Краснодаре, Ростове-на-Дону и Петрограде, что способствовало установлению советско-иранских деловых контактов²³.

В условиях освободительной борьбы турецкого народа начала зарождаться советско-турецкая торговля. Вначале она имела неорганизованный и даже полуполигальный характер и проявлялась в том, что турецкие фелюжники привозили в советские черноморские порты свои товары,

¹⁷ См.: РГАЭ. Ф. 7590. Банк для внешней торговли СССР (Внешторгбанк). Оп. 3. Д. 101. Л. 25.

¹⁸ См.: РГАЭ. Ф. 413. Народный комиссариат внешней торговли СССР. Оп. 2. Д. 832. Л. 18.

¹⁹ РГАЭ. Ф. 484. Центральный союз потребительских обществ (Центросоюз) СССР. Оп. 7. Д. 79. Л. 26.

²⁰ Там же. Оп. 1. Д. 916. Л. 20.

²¹ См.: РГАЭ. Ф. 8317. Всесоюзная Восточная торговая палата. Оп. 1. Д. 16. Л. 5.

²² См.: Документы внешней политики СССР. М., 1961. Т. V: 1 января 1922 г. – 19 ноября 1922 г. С. 549.

²³ См.: ГАРФ. Ф. 130. Совет Народных Комиссаров РСФСР. Оп. 6. Д. 560. Л. 3.

реализуя их на побережье. В основном это были небольшие партии продовольственных товаров и предметов первой необходимости. Значительная часть торговых сделок турецких фелюжников приходилась на потребительскую кооперацию, так как покупки заграничных товаров в пограничных местностях и в портах разрешались исключительно только кооперативам²⁴.

В 1919 г. в Стамбуле начала свою деятельность контора Центросоюза, а с 1920 г. она стала выступать в качестве коммерческого аппарата РСФСР на рынках Ближнего Востока. Наряду с Центросоюзом, в Стамбуле развернули свою деятельность представительства Одесского и Крымского Внешторгов, торговые делегации Украины и Закавказья. В Трапезунде была учреждена контора Центросоюза, охватившая своей коммерческой деятельностью восточные вилайеты Турции. При ее содействии с весны 1921 г. закавказскими отделениями «Нефтеэкспорта» на турецком рынке было реализовано 3 тыс. пудов нефтепродуктов, в 1922 г. – 807 тыс. пудов²⁵. В конце 1922 г. республиканское правительство Турции разрешило «Нефтеэкспорту» деятельность на всем турецком рынке²⁶. «Внешторг и Центросоюз открывают свои конторы в наших портовых городах, ввозят цемент, керосин и другие товары, увеличивая наш рынок и наше производство»²⁷ – писала газета «Гюзель Трабзон».

В организации первых закупок товаров на ближневосточных рынках совместно с Центросоюзом деятельное участие принимала стамбульская контора Всероссийского акционерного кооперативного общества (Аркос). Общество Аркос было образовано в Англии в 1920 г., когда между Советской Россией и Англией не было торгового соглашения. «При таких условиях, – отмечал Л. Б. Красин, – Советская Россия была вынуждена избрать такую форму для своей торговой организации, которая позволила бы приступить к торговым операциям, не ожидая, пока оформится само соглашение между странами»²⁸. Это была советская торговая организация, юридически оформленная как англо-русское коммерческое предприятие с ограниченной ответственностью перед английским законодательством. Английское правительство допустило его коммерческую деятельность и на территории зависимых от Англии стран. 30 мая 1922 г. между Аркосом и Центросоюзом было заключено соглашение, согласно которому Центросоюз передал Аркосу на комиссионных началах реализацию товаров, принадлежащих советской кооперации, на рынках

²⁴ См.: РГАЭ. Ф. 413. Народный комиссариат внешней торговли СССР. Оп. 3. Д. 637. Л. 502.

²⁵ См.: РГАЭ. Ф. 3270. Агентство, конторы и представительства акционерного общества «Аркос» на Ближнем Востоке. Оп. 3. Д. 8. Л. 28.

²⁶ См.: РГАЭ. Ф. 413. Народный комиссариат внешней торговли СССР. Оп. 2. Д. 804. Л. 51.

²⁷ Цит. по: «Заря Востока». 1922. 20 июля.

²⁸ РГАЭ. Ф. 413. Народный комиссариат внешней торговли СССР. Оп. 10. Д. 99. Л. 120.

Ближнего Востока²⁹. Центросоюзу предоставлялось право иметь в отделениях Аркоса своих уполномоченных по закупкам и продаже товаров на внешних рынках, выполнявших поручения потребительской кооперации³⁰. На базе стамбульских представительств Аркоса и Центросоюза была учреждена торговая делегация Советской России на Ближнем Востоке, ставшая прообразом советского торгового представительства в Турции.

В то время Стамбул был мало связан с турецким рынком, он почти ничего не покупал и не продавал, являясь практически маклером на большом торговом пути. Город оккупировали войска стран Антанты, и контроль над его общественно-политической и экономической жизнью осуществляли английские, французские и итальянские военные административные органы. Поэтому юридической основой работы внешне-торгового представительства РСФСР служило англо-советское торговое соглашение 1921 г., приоткрывшее перспективы торговли Советской России с зависимыми от английского империализма странами и территориями (Сирии, Палестины, Египта).

Революционное правительство Турции изъявило желание заключить с Советским правительством политический договор, консульское, почтовое и торговое соглашения, необходимые для нормальных отношений между обеими странами и которые могли бы стать «очень полезны для их материальных интересов»³¹. 19 февраля 1922 г. в Анкаре было учреждено торговое представительство РСФСР в Турции. С согласия турецкого правительства для продажи советских нефтепродуктов и осуществления экспортно-импортных операций на турецком рынке в мае – июне 1922 г. были открыты агентства торгпредства РСФСР в Самсуне, в азиатских портах Мерсине, Инеболи и Трапезунде, а позднее в Зангузане³². В результате победы турецкой революции Стамбул был освобожден из-под иностранного управления, город стал нераздельной частью Турецкой республики, на него распространилась государственная власть и юрисдикция, финансовое и таможенное законодательство республиканского правительства. Экономические и политические потребности привели в конце 1922 г. к объединению торговых представительств РСФСР в единое советское торгпредство в Турции. Его местопребыванием стала Анкара, а в Стамбуле было сохранено агентство Аркоса для Ближнего Востока. С этого момента советское торгпредство и внешнеторговые органы Турции приступили к изысканию приемлемых путей развития торго-экономического сотрудничества в интересах обеих стран.

²⁹ См.: РГАЭ. Ф. 484. Центральный союз потребительских обществ (Центросоюз) СССР. Оп. 7. Д. 327. Л. 64.

³⁰ См.: Там же. Оп. 7. Д. 327. Л. 65.

³¹ Документы внешней политики СССР. М., 1960. Т. IV: 19 марта 1921 г. – 31 декабря 1921 г. С. 488.

³² См.: РГАЭ. Ф. 413. Народный комиссариат внешней торговли СССР. Оп. 2. Д. 1553. Л. 4.

Значительную роль в создании исходных рубежей советско-ближневосточной торговли выполняла ярмарка в Нижнем Новгороде, с 1922 г. ставшая крупным центром не только обмена сырьевых товаров стран Востока на промышленные изделия советских предприятий, но и непосредственного общения ближневосточных купцов с советскими хозяйственниками³³. Вслед за Нижегородской ярмаркой в сентябре 1922 г. была учреждена ярмарка в Баку в целях восстановления торговли с Ираном³⁴. Одновременно разрешался безлицензионный ввоз иранских товаров в СССР и вывоз советских товаров в Иран. Такой режим советско-иранской торговли действовал с 1922 по 1926 г. Ярмарочная торговля была традиционной и наиболее доходчивой для восточного купца. Советское правительство шло на предоставление восточным купцам льготных условий доставки на советские ярмарки и вывоз с них товаров по пониженным тарифам и без предварительных на то разрешений, устанавливался безлицензионный режим торговли по всей азиатской границе СССР, удешевлялся тариф на провоз грузов из восточных стран на ярмарки и обратно посредством железнодорожного и водного транспорта, вводились льготы по аренде складских помещений. В случае вывоза непроданных товаров взыскная пошлина возвращалась, досмотр товаров и оплата пошлины могли производиться на территории ярмарки, для реализации оставшихся товаров устанавливался льготный месяц³⁵. Такие льготные условия для ярмарочной торговли сохранялись на протяжении всех лет деятельности ярмарок в Нижнем Новгороде и Баку.

Таким образом, в начале 1920-х гг. выявились вполне обоснованные потребности в торговых взаимоотношениях между традиционными коммерческими партнерами, наметились реальные пути их развития. Основными оправданными правовыми формами торговли начального периода были: сочетание частной восточной с кооперативной советской торговлей; использование советско-восточных торговых организаций для продвижения советских товаров не только на восточных, но и западных рынках; расширение торговых контактов посредством ярмарочной торговли.

Внимательным отношением к запросам коммерсантов и покупателей, аккуратным соблюдением традиций местных рынков советские внешне-торговые организации начинали постепенно рассеивать недоверие купцов и общественно-политических кругов Турции, Ирана и соседних с ними стран к Советскому государству. Возрождавшиеся торговые связи способствовали прорыву Советским государством экономической блокады на южных границах, организованной лидерами мирового империализма, и стали исходной базой для развития советско-ближневосточной торговли в последующее время. Они побудили деловую активность тор-

³³ См.: Документы внешней политики СССР. М., 1961. Т. V: 1 января 1922 г. – 19 ноября 1922 г. С. 416.

³⁴ См.: Там же. С. 577.

³⁵ См.: РГАЭ. Ф. 484. Центральный союз потребительских обществ (Центросоюз) СССР. Оп. 7. Д. 145. Л. 51; Ф. 5240. Народный Комиссариат внешней и внутренней торговли СССР. Оп. 11. Д. 41. Л. 27.

гово-предпринимательских слоев и деловой общественности Ближнего Востока, заинтересовав их перспективами торговли с первым в мире социалистическим государством.

Владимирский юридический институт ФСИИ России

*Борисова И. Д., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права
E-mail: idborisova@gmail.com*

Vladimir Law Institute of the FPS of Russia

*Borisova I. D., Doctor of Law, Professor, Head of Theory and History of State and Law Department
E-mail: idborisova@gmail.com*

ПРАВОВЫЕ АКТЫ ПРЕЗИДЕНТА ВТОРОЙ ИСПАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ: ВИДЫ И ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИХ ЗАКОННОСТИ

Т. А. Алексеева

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»

Аннотация: в докладе предложена классификация правовых актов-документов президента Второй Испанской республики. Введенные гарантии их соответствия Конституции 1931 г. демонстрировали адекватность данных актов конституционно закрепляемой модели института главы государства.

Ключевые слова: Испанская республика, Конституция 1931 г., президент, декреты президента, правовые акты.

LEGAL ACTS OF THE PRESIDENT OF THE SPANISH SECOND REPUBLIC: TYPES AND ENSURING THEIR LEGALITY

Т. А. Alexeeva

National Research University "Higher School of Economics"

Abstract: the paper proposes the classification of legal acts of the president of the Second republic in Spain. It presents their correspondence to the model of the head of state established by the Constitution of 1931.

Key words: Republic in Spain, Constitution of 1931, president, president's decree, legal acts.

Поступила в редакцию 15 июля 2021 г.

Введение. Испанский опыт Второй республики является не только замечательным иллюстративным материалом к положениям теории права и государства. Он демонстрирует внимание законодателя к проблеме соответствия конституционно закрепляемой модели главы государства и издаваемых им правовых актов, а также вариант ее разрешения.

*Конституция 1931 г. – основной закон Второй республики*¹. 14 апреля 1931 г. Испания была объявлена республикой² после победы республиканцев на муниципальных выборах, состоявшихся 12 апреля, и король Альфонсо XIII покинул страну³.

¹ См.: текст Конституции по изд.: Конституция Испанской республики от 9 декабря 1931 года / пер. с исп. Т. А. Алексеевой // Алексеева Т. А. История испанской конституции. М. : Проспект, 2021. С. 244–273.

² Decreto del Comité político de la República, nombrando Presidente del Gobierno provisional de la República a D. Niceto Alcalá-Zamora y Torres. 15 de abril, 1931 // Gaceta de Madrid. № 105. 15 abril 1931. P. 193. URL: <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1931/105/A00193-00193.pdf> (дата обращения: 17.03.2020).

³ См.: История Испании / отв. ред. О. Ю. Волосяк, М. А. Липкин. М. : Индрик, 2014. Т. 2. С. 504.

Введение поста президента и его статус вызвали бурную дискуссию в учредительных Кортесах, открывших свои заседания 14 июля и принявших Конституцию 9 декабря 1931 г. Поскольку многие современники опасались, что учреждаемый пост президента может с течением времени стать опасным для республиканского строя, его решили не наделять значительной компетенцией. Конституция закрепила, по оценке значительного числа специалистов, «слабого» президента⁴. Вместе с тем, испанский исследователь Х. Коркуэра обоснованно отметил, что уменьшение полномочий президента в пользу парламента являлось характерной чертой ряда конституций, принятых после I мировой войны и периода «рационализированного парламентаризма»⁵. Форму правления Испании в период Второй республики принято считать смешанной республикой, более парламентской, чем президентской⁶.

Полномочия президента были четко закреплены в тексте Конституции Испанской Республики 1931 г., прежде всего в перечне, содержащемся в ст. 76, а также в иных нормах (например, в ст. 81).

Контрассигнация правовых актов президента. В системе высших органов испанского государства президент занял место, ранее принадлежавшее монарху. По предложению Правительства он издавал декреты, регламенты и инструкции, необходимые для исполнения законов (ст. 79). Данное полномочие ранее закреплялось за королем. В отличие от него президент не являлся главой исполнительной власти, а высшим органом управления было признано Правительство (Совет министров) (ст. 87).

Из испанских монархических конституций XIX в., а также из республиканской Конституции Германии 1919 г.⁷, явившейся главным зарубежным источником при разработке норм о президенте в Конституции 1931 г., была заимствована контрассигнатура: акты президента недействительны и не подлежат исполнению, если они не были подписаны министром (ст. 84). Однако данное положение не переносило ответственность президента за его акты на министра, как это делалось в отношении монарха, и глава государства мог быть привлечен к юридической и политической ответственности за нарушения, допущенные при исполнении своих обязанностей, что подчеркивало его роль как органа, реально принимающего решения⁸. Поэтому в отличие от прежнего назначения

⁴ *Lerroux A.* La pequeña historia. Apuntes para la historia grande vividos y redactados por el autor (1930–1936). Buenos Aires, 1945. P. 216.

⁵ *Corcuera Atienza J.* El constitucionalismo de entreguerras y la Constitución española de 1931 // Historia contemporánea. 1991. № 6. P. 34.

⁶ Например, в российской литературе см.: *Медушевский А. Н.* Теория конституционных циклов. М. : Издательский дом ГУ ВШЭ, 2005. С. 163.

⁷ См. текст Конституции по изд.: Конституция Германской империи (11 августа 1919 г.) // Конституции буржуазных стран : в 4 т. М. ; Л., 1935. Т. 1: Великие державы и западные соседи СССР. С. 83–115.

⁸ *Giménez Martínez M. A.* El régimen parlamentario de la Segunda República y las relaciones entre su Presidente, el Gobierno y las Cortes // Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea. 2015. № 13. P. 74.

рассматриваемого правила (компенсация неответственности монарха) в 1931 г. контрассигнатура служила обеспечению баланса высших органов государства и действенности поста президента.

Функции президента и его акты. Конституция 1931 г. учредила модель главы государства в виде президентской власти, предназначенной быть властью, «гармонизирующей» функционирование системы органов Испанской Республики⁹, в соответствии с идеями Б. Констана, который предлагал рассматривать королевскую власть как «нейтральную», отличную от четырех других властей.

Президент был назван главой государства (ст. 67) и являлся его представителем, носителем «сдерживающей» власти (с сохранением некоторых управленческих полномочий) и обладателем «резервного» полномочия по принятию чрезвычайных мер в экстраординарных условиях. Данным трем функциям главы государства соответствовали три вида правовых актов-документов, они являлись инструментами реализации президентских полномочий. При этом среди них различались нормативные и ненормативные акты.

Правовые акты президента как представителя Испанской Республики. Российские специалисты по конституционному праву подчеркивают, что именно функция представительства традиционно указывается «первой в ряду иных функций» главы государства¹⁰. Как представитель Испанской Республики президент объявлял войну, заключал мир (п. «а» ч. 1 ст. 76), заключал и ратифицировал международные договоры (п. «е» ч. 1 ст. 76). Однако реализация данных полномочий была подробно регламентирована в Конституции, установившей строгий контроль за его действиями, который не предусматривался ни Конституцией Германии 1919 г., ни конституционными законами Третьей республики во Франции, многие положения которых заимствовали и модернизировали учредители в Испании в 1931 г.

Президент Республики мог объявить войну при соблюдении двух условий: во-первых, если он уполномочен на это законом, принятым Кортесами (ч. 4 ст. 77), во-вторых, если при этом выполнялись требования международного права. Соблюдение международно-правовых норм предполагало предварительное использование для предотвращения войны всех средств невоенного характера, включая судебные, переговорные и согласительные процедуры, предусмотренные Уставом Лиги наций (ч. 1 ст. 71) и зарегистрированными Лигой наций международными соглашениями, участницей которых являлась Испания (ч. 2 ст. 71). Второе условие не было зафиксировано в конституционном законодательстве Франции и Германии. Президент Французской Республики мог объявить войну лишь с «предварительного согласия» Сената и Палаты депу-

⁹ Термин «гармонизирующая» власть введен В. Сантамариа де Паредес: *Santamaría de Paredes V. Curso de Derecho Político según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente*. Madrid : Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1890. P. 308.

¹⁰ Глава государства / отв. ред. А. М. Осавелюк. М. : Проспект, 2021. С. 106.

татов (ст. 9 Закона об отношениях между властями 1875 г.); заключение и ратификация мирных договоров осуществлялись президентом, однако, они требовали утверждения (принятия) Сената и Палаты депутатов (ст. 8 того же Закона). По Конституции Германии объявление войны и заключение мира совершались «посредством имперского закона» (ст. 45).

К компетенции президента относилось заключение международных договоров и соглашений: их подготовка, подписание, ратификация, т.е. подписание ратификационных грамот, и контроль за исполнением международных обязательств Испании на всей ее территории (п. «е» ч. 1 ст. 76).

Президент был связан конституционным запретом заключать международные соглашения и договоры, в соответствии с которыми осуществлялась экстрадиция лиц, совершивших преступления общественно-политического характера (ст. 30). Он также не мог подписывать тайные договоры в связи с общим и принципиальным отказом от них (ч. 5 ст. 76).

Определенные договоры нуждались для вступления их в силу в одобрении Кортесов. К числу таковых отнесены договоры политического характера, торговые договоры, договоры, которые могли повлечь установление обязательств со стороны государственной казны или отдельных испанских граждан, а также договоры, для исполнения которых требовалось принятие законов (ч. 2 ст. 76).

Международные договоры, заключенные президентом Испанской Республики, подлежали регистрации и официальному опубликованию Лигой Наций. Испания была в числе ее первых членов – государств, «приглашенных приступить к Уставу» Лиги, и состояла в ней с 1920 г. до мая 1939 г. В соответствии со ст. 18 Устава Лиги Наций, к которому отсылал законодатель в ст. 76, «международные договоры или международные обязательства» ее члена подлежали немедленной регистрации Секретариатом Лиги¹¹.

Особый порядок устанавливался для заключения соглашений по вопросам, относящимся к ведению Международной организации труда. После их принятия конференцией МОТ они подлежали направлению в Кортесы. Лишь после получения их одобрения президент мог подписать ратификационную грамоту, направляемую для регистрации в Лигу Наций.

Порядок денонсации международных договоров главой государства определялся отсылкой к правилам, установленным в каждом из них. Однако в Конституции было четко указано: инициатива денонсации требует одобрения Кортесов. Специальное правило устанавливалось для выхода Испании из Лиги Наций (ст. 78): президенту требовалось полномочие, закрепленное Кортесами в специальном законе, принятом абсолютным большинством голосов, и выполнение требований, предусмотренных ее Уставом.

¹¹ См.: Версальский мирный договор / пер. с фр. под ред. Ю. В. Ключникова и А. Сабанина. М., 1925. С. 7–15.

Аргументируя необходимость контролировать президента в сфере международного общения, депутаты учредительных Кортесов обращались к недавнему опыту диктатуры М. Примо де Риверы, который они стремились избежать впредь: «...Во время диктатуры не существовало в сфере международного права иного закона, кроме каприза диктатора»¹². Указанные правила также демонстрировали придаваемую учредительными Кортесами значимость принадлежности Испании к международному сообществу и международного права для правовой системы страны. При этом президент играл ключевую роль во вводимом механизме «согласования» международного и внутригосударственного права.

Правовые акты президента при осуществлении «сдерживающей» функции. Обеспечивая гармоничное функционирование системы государственных органов, президент объявлял нормативные и индивидуальные правовые акты.

Помимо актов, инициированных Правительством для обеспечения исполнения законов (ст. 79), он был уполномочен издавать декреты, имеющие высшую юридическую силу по вопросам, относящимся к компетенции Кортесов. Они должны были отвечать нескольким требованиям (ст. 80): трем формальным и одному содержательному. Процедура их издания могла иметь место, во-первых, лишь в период между заседаниями Кортесов; во-вторых, по предложению, единогласно принятому Правительством; в-третьих, при одобрении данной инициативы двумя третями постоянной депутации Кортесов. Содержательно декрет издавался по вопросу, требующему незамедлительного решения, или если это было необходимо для обороны Республики. Таким образом, данные акты издавались президентом самостоятельно, и его участие в процессе их создания придавало авторитет и сдерживало возможное усиление Правительства в межсессионный период. В отличие от делегированного законодательства данные акты имели силу законов, но являлись временными, действовавшими лишь до принятия Кортесами соответствующего решения или закона. Подобных положений, регулирующих участие президента в нормотворчестве, не было ни в конституционных законах Третьей Французской Республики, ни в Конституции Германии. Процедура подготовки и издания указанных декретов должна была обеспечить их законность и не допустить злоупотребление президентом сложившейся ситуацией.

Декреты президента, предусмотренные ст. 81, могли быть обжалованы в связи с их неконституционностью. Это стало возможным в результате расширительного толкования учредителем термина «закон» (п. «а» ст. 121), содержащегося в Органическом законе «О Суде конституционных гарантий» (п. 2 ст. 28); в нем были закреплены порядки рассмотрения соответствующих жалоб и их последствия. При обнаружении нарушения

процедуры издания декрета, по решению указанного Суда, он подлежал отмене, но при этом не аннулировались юридические последствия, которые возникли во время его действия (ст. 42.1). Решение Суда в связи несоответствием Конституции содержания акта имело значение лишь для конкретного случая, в отношении которого жалобой или запросом суда было инициировано дело (ст. 42.2)¹³.

Конституция 1931 г. закрепила право главы государства подтверждать своей подписью декреты, принятые Правительством, при этом он мог направить проект в Кортесы, если считал, что тот противоречит действующим законам (п. «в» ст. 76). Данное участие президента в создании «специфических правительственных норм» являлось не только проявлением его «сдерживающей» власти, но и, по мнению отдельных исследователей, свидетельством более высокого положения по сравнению с другими высшими органами власти¹⁴.

В тексте Конституции указывались и отдельные правовые акты, не являвшиеся нормативными, которые мог издавать президент Испанской Республики. К числу таковых относились, например, акты о назначении председателя правительства, о созыве экстраординарных Кортесов (ч. 1 ст. 81), о приостановлении их заседаний на срок до одного месяца в зимне-весеннюю сессию и до 15 дней в осеннюю (ч. 2 ст. 81). Предметом конституционной регламентации стало издание декретов о досрочном роспуске кортесов (ч. 3 ст. 81). Такой акт требовал мотивировки и сопровождался декретом о проведении новых выборов в течение 60 дней. Соблюдение данного правила гарантировало право распущенных Кортесов собраться и продолжить свою деятельность с момента, когда президент должен был исполнить обязанность по назначению выборов, но не сделал этого (ст. 59).

Кроме того, в случае второго роспуска новые Кортесы были обязаны начать свою деятельность с проверки правомерности данных актов, и при негативном решении президент отрешался от должности (ч. 4 ст. 81). Это положение было реализовано в отношении президента Н. Алкала Самора. Решением, принятым Кортесами 7 апреля 1936 г., его декрет от 7 января 1936 г. о роспуске Кортесов был признан не имевшим достаточных оснований; и президент был отрешен от должности¹⁵.

«Резервное» полномочие президента. Особого внимания заслуживает право президента «принимать неотложные меры, которые требуются для обеспечения целостности или безопасности нации, представляя об этом немедленный отчет Кортесам» (п. «г» ст. 76). Данное полномочие

¹² Sesión celebrada el día 3 de noviembre de 1931 // Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española. Legislatura de 1931–1933. № 67. Madrid : Cesores de Rivadeneyra, 1933. T. IV. P. 2077–2110.

¹³ См.: Ley relativa al Tribunal de Garantías Constitucionales // Gaceta de Madrid. 30 de junio de 1931. № 181. P. 2331–2341. URL: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1933/181/A02331-02341.pdf> (дата обращения: 17.03.2021).

¹⁴ См.: Varela Díaz S. Partidos y parlamento en la Segunda república. Barcelona : Editorial Ariel, 1978. P. 102.

¹⁵ См.: Sesión celebrada el martes 7 de abril de 1936 // Diario de las sesiones de Cortes. Congreso de los diputados. Legislatura 1936. Madrid : Sucesores de Rivadeneyra, 1936. № 15. T. I. P. 242, 268.

президента Испанской Республики существенно отличалось от известного с XIX в. и четко зафиксированного права Правительства приостанавливать реализацию и гарантии отдельных прав личности «полностью или частично на всей территории государства или в отдельных его частях, если этого потребует безопасность государства при наличии очевидной и неотвратимой угрозы». Правительство осуществляло данные действия на основе закона и под контролем Кортесов (ст. 42). Вышеуказанное президентское полномочие, очевидно, требовало издание его декрета.

Заключение. Правовые акты-документы, на издание которых был уполномочен президент по Конституции 1931 г., должны были стать инструментом деятельности введенной модели главы государства, не являющегося верховным органом или высшим органом управления (или исполнительной власти). Данная модель должна была обеспечить гармоничное функционирование системы высших государственных органов, закрепленной в Конституции. Поэтому все акты и самого президента должны были строго соответствовать нормам Основного закона, в тексте которого предусматривались средства обеспечения законности его правовых актов. Таковыми явились: их соответствие Конституции и законам, а в отдельных случаях – и нормам международного права; участие иных органов, прежде всего Кортесов и Правительства, в процедуре их подготовки, издания и контроля; процедура обжалования декретов, временно имеющих высшую юридическую силу, в Суд конституционных гарантий в случае их несоответствия Конституции; возможность отрешить президента от должности (ст. 82) и привлечь его к юридической ответственности за допущенные правонарушения при исполнении своих конституционных обязанностей (ст. 85).

Однако положения Конституции не получили должной реализации. За время существования Второй республики президентская власть не стала институтом, гармонизирующим ситуацию в стране, а его акты – инструментом в реализации политики «сдерживания» других государственных органов и политических сил. Причиной тому явился весь комплекс социально-экономических проблем, с которыми не смогли справиться республиканцы, что породило недовольство народа. Начавшаяся в июле 1936 г. гражданская война завершилась в 1939 г. приходом к власти в Испании Ф. Франко.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Алексеева Т. А., кандидат юридических наук, доцент, профессор-исследователь факультета права

E-mail: ta_al@mail.ru

National Research University "Higher School of Economics"

Alexeeva T. A., Candidate of Legal Sciences, professor of Law School

E-mail: ta_al@mail.ru

О ПРИРОДЕ ПРАВОВЫХ АКТОВ ТРЕТЬЕГО УРОВНЯ ПРАВОТВОРЧЕСТВА

Б. Х. Раззоков

Таджикский государственный университет коммерции

Аннотация: статья посвящена природе правовых актов третьего уровня правотворчества, к которым автор преимущественно относит нормативные правовые акты органов исполнительной власти. В контексте поднятой проблематики внимание обращается на роль и значимость нормативных административных правовых актов, вносятся предложения по адресному законодательному закреплению его акторов.

Ключевые слова: уровни правотворчества, нормативный административно-правовой акт, органы исполнительной власти, контроль административного нормотворчества.

ON THE NATURE OF LEGAL ACTS THIRD LEVEL OF LAWMAKING

B. H. Razzokov

Tajik State University of Commerce

Abstract: the article is devoted to the nature of legal acts of the third level of lawmaking, to which the author primarily refers to regulatory legal acts of executive authorities. In the context of the issues raised, attention is drawn to the role and significance of regulatory administrative legal acts, proposals are made for the targeted legislative consolidation of its actors

Key words: levels of law-making, normative administrative-legal act, executive authorities, control of administrative rule-making.

Поступила в редакцию 13 июля 2021 г.

Правовой акт представляет собой сердцевину правовой материи. Признание и поднятие на уровень конституционного положения естественных прав человека ставит на повестку выработку новой парадигмы права и выявление его составляющих компонентов. На базе новых подходов следует также пересмотреть устоявшиеся представления, рассматривающие правовой акт как вердикт, исходящий лишь от волеизъявления государства. Новая постановка вопроса позволит выявить и обозначить обновленный круг акторов, посредством которых «путевку в жизнь» получают правовые акты.

Обобщения на уровне конституционных положений и законодательных установок (скажем, на примере Республики Таджикистан) позволяют условно обозначить пять уровней правотворчества в зависимости от иерархического положения его акторов в формировании правовой материи в целом:

– первый уровень – правотворчество народа как носителя суверенитета и единственного источника государственной власти. Посредством

народного волеизъявления принимается Основной закон и вносятся изменения и дополнения в него. Кроме того, предусмотрена возможность принятия законов путем всенародного референдума, что также имеет приоритетную юридическую силу;

– второй уровень – правотворчество парламента – Маджлиси Оли – как законодательного органа страны. Компетенция настоящего органа урегулирована как конституционными нормами, так и одноименным Конституционным законом;

– третий уровень – правотворчество органов системы исполнительной власти, наделенных в рамках компетенции согласно законодательству правом и обязанностью административного нормотворчества. К этому уровню, по всей видимости, примыкают правовые вердикты иных государственных структур, задействованных для лучшей организации исполнения законов, а также местных представительных органов государственной власти;

– четвертый уровень – правотворчество органов местного самоуправления, осуществляемое ими в соответствии с профильными и иными законодательными актами;

– пятый уровень – правотворчество иных акторов общественных отношений, реализуемое на базе общих принципов права и законодательных установлений в рамках свободы договоров и дозволильных начал.

В изложенной иерархии есть резон выделить и высший уровень, отнеся к нему правовые акты, в которых нашли закрепление общепризнанные принципы и нормы международного права, стандарты в области прав человека и гарантий их обеспечения, передовые политико-правовые идеи цивилизации. Разумеется, их фиксация в определенной форме лишь начало пути и обуславливает имплементацию в национальное законодательство. Кроме того, элементы правотворчества явно просматриваются в отдельных вердиктах судебных органов, в особенности Конституционного суда, что позволяет отнести их к акторам правотворческой деятельности. Хотя в отечественной правовой системе, явно тяготеющей к романо-германской правовой семье, судебные акты принято не относить к источникам права, тем не менее, мы склонны поддержать мнение ряда профильных ученых, допускающих возможность признания их в качестве источников права¹.

Каждому уровню правотворчества соответствует собственный конечный продукт – круг правовых актов, при этом, если для высшего и первого уровня он ограничивается принятием правовых актов нормативного характера, то для последующих характерно принятие как нормативных, так и ненормативных. Результаты деятельности перечисленных акторов правотворчества обычно именуются международными, народными, парламентскими, административными, судебными, самоуправленческими (муниципальными), общественными, локальными и т.д. правовыми ак-

¹ См., например: Хабриева Т. Я., Чиркин В. Е. Теория современной конституции. М., 2019. С. 87.

тами. При этом каждый правовой акт, согласно законодательству, имеет определенную форму выражения (т.е. наименование).

В юридической литературе дано много содержательных характеристик правовых актов, обстоятельно проанализированы их природа, признаки, виды. Так, Ю. А. Тихомиров и И. В. Котелевская определяют правовой акт как «письменный документ, принятый уполномоченным субъектом права (государственным органом, местным самоуправлением, институтами прямой демократии), имеющий официальный характер и обязательную силу, выражающий властные веления и направленный на регулирование общественных отношений»². Мы склонны в целом поддерживать настоящее понятие правового акта, так как оно структурно охватывает круг перечисленных нами уровней правотворчества.

В рамках настоящей статьи мы намерены на базе обобщения отраслевых академических воззрений и установок в национальном законодательстве проанализировать сущность правовых актов третьего уровня правотворчества, что преимущественно связано с содержанием административных правовых актов и значением в правовой жизни.

Институт административных правовых актов в теории административного права относится к одной из центральных проблем, так как в его рамках реализуются наиболее важные функции государственного управления. Именно в этой связи рассматриваемые акты традиционно именуются правовыми актами управления. Переход к новому обозначению, на наш взгляд, связан с введением в научный и законодательный оборот понятия исполнительной власти как самостоятельной политико-правовой категории и необходимостью правового регулирования форм деятельности ее носителей. Система исполнительной власти выступает субъектным выражением государственного управления. Эффективность деятельности органов исполнительной власти является одним из важнейших факторов, от которого зависит не только обеспечение ускоренного социально-экономического развития страны, но и качество функционирования всего государственного управления и, в конечном итоге, уровень жизни людей. Отражая в своей деятельности основные свойства и черты исполнительной власти, одноименные органы действительно участвуют в формировании единого правового пространства, правовом обеспечении государственной политики, организации исполнения требований законодательных актов, создании условий для реализации прав, свобод и обязанностей человека и гражданина³.

Теоретические и прикладные аспекты правовых актов органов исполнительной власти обстоятельно исследованы в рамках диссертации В. П. Уманской, в которой автор рассматривает их как подсистему более высокой по уровню системы законодательства. Такой подход позволил вполне обоснованно отнести правовые акты органов исполнительной

² Тихомиров Ю. А., Котелевская И. В. Правовые акты : учебно-практическое и справочное пособие. М., 1999. С. 23.

³ См.: Раззоков Б. Х. Организация исполнительной власти Республики Таджикистан : проблемы теории, законодательства, практики. Душанбе, 2015. С. 51–52.

власти к системе, которая включает в себя различные подсистемы, состоящие из групп правовых актов в зависимости от видов органов исполнительной власти, их издавших, юридической силы актов, сфер применения и т.д.⁴.

Правотворчество органов исполнительной власти, по существу, отражает административную нормотворческую деятельность, и его результатом является административно-правовой акт, причем не любой управленческий, а именно нормативный. Правом (и обязанностью) административного нормотворчества органы исполнительной власти наделены для решения задач и в силу реализации ими функции государственного управления. Эта деятельность является государственно-властной и носит подзаконный характер, т.е. осуществляется на основании и во исполнение законов, направлена на конкретизацию либо развитие их положений, а порой при необходимости – восполнение пробелов в рамках дискреционных полномочий.

Нормативный административно-правовой акт является родовым по отношению к нормативно-правовому акту и выступает одним из его разновидностей. Развитие административного законодательства, что явно наблюдается в связи с осуществляемыми реформами в различных сферах общественной и государственной жизни, происходит преимущественно за счет наращивания этой подгруппы правовых актов. Полагаем, теория административного права и управленческая практика ощущают острую потребность в изучении природы, выявлении места и роли последних в системе законодательства, а также разработке критериев их оптимизации.

Обзор административно-правовой литературы убеждает, что в последнее время применительно к проблематике акцент смещен в сторону анализа индивидуальных административно-правовых актов. По всей видимости, эта тенденция набирает силу под впечатлением от западноевропейской модели общего административного права, в особенности немецкого. Так, третье издание Ежегодника публичного права, публикуемого по инициативе Германского общества технического содействия (GIZ) в рамках Программы «Содействие правовой государственности в странах Центральной Азии», целиком посвящено административному акту⁵. В нем европейские коллеги при освещении правовой жизни своих стран неизменно ссылаются на «Закон об административных процедурах Германии», в котором административный акт определяется как любое распоряжение, решение либо иное властное действие административного органа, направленное на урегулирование отдельного случая в публичном праве и имеющее прямые последствия внешнего характера⁶.

⁴ См.: Уманская В. П. Система правовых актов органов исполнительной власти : теоретические и прикладные аспекты : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 11.

⁵ См.: Ежегодник публичного права 2016 : административный акт. М., 2015. 572 с.

⁶ См.: Квоста П. Предпосылки (официального) административного акта в Австрии // Ежегодник публичного права 2016 : административный акт. М., 2015. С. 21.

Разумеется, интерес профильных ученых и специалистов к теме административных актов имеет под собой объективные основания и связан с рассмотрением многосторонней практической, организующей деятельности публичной администрации. Тем не менее было бы однобоко ограничивать анализ составных частей административно-правового акта. Ведь, органы исполнительной власти в силу свойств одноименной ветви власти на партнерских началах привлечены законодательным органом к осуществлению нормотворческих полномочий.

Нормативный административно-правовой акт, в отличие от индивидуального, чаще обозначаемого как административный акт, содержит норму права и выступает наглядным источником права. Посему административно-правовые акты, будучи нормативными актами, устанавливают, изменяют либо отменяют нормы права, регулируют одинаковым образом для неопределенного круга лиц общественные отношения, определяют порядок управления и применения мер административного принуждения⁷. В этой связи важной задачей становится обеспечение надлежащего качества нормативного административно-правового акта, адекватного выражения в административно-правовой норме воли законодателя, всего того, что связано с отражением управленческого, административного бытия⁸.

Благо, что нынче национальное законодательство заметно продвинулось и содержит легальные определения по целому ряду интересующих нас правовых категорий. Так, ст. 2 обновленного Закона «О нормативных правовых актах» содержит следующее понятие нормативного правового акта: «официальный документ установленного образца, принимаемый путем всенародного референдума или государственным органом, или органами самоуправления поселков и сел, или государственным уполномоченным должностным лицом, содержащий указания общеобязательного характера и устанавливающий, изменяющий, либо отменяющий правовые нормы»⁹.

Изложенная законодательная норма, хотя и имеет спорные моменты, в основном «схватывает» основные компоненты, характеризующие правовой акт нормативного характера. Не меньший интерес представляет диспозиция Кодекса об административных процедурах Республики Таджикистан (далее КАП), закрепляющая в ст. 2 понятие нормативного административно-правового акта: «общеобязательный административно-правовой акт, изданный уполномоченным административным органом на основании закона или иного нормативного правового акта, принятого на его основании, содержащий общие правила поведения постоянного или временного и многократного применения, включая инструкцию, положение, устав и т.д.»¹⁰.

⁷ См.: Россинский Б. В., Стариков Ю. Н. Административное право : учебник для вузов. М., 2014. С. 440.

⁸ См.: Юсупов В. А. Философия административного права. Волгоград, 2009. С. 23.

⁹ Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан. 2017. № 5, ч. 1. Ст. 271.

¹⁰ Там же. 2007. № 5. Ст. 164.

В приведенном иллюстрируемом определении законодатель сфокусировал внимание на общеобязательности настоящего правового акта, его обоснованности, неограниченном круге адресатов, наличии общих правил поведения и полномочном субъекте. Пожалуй, из всех перечисленных элементов, формирующих формальный понятийный аппарат нормативного административно-правового акта, ведущим все же является последний. Именно субъектный состав позволяет отграничить рассматриваемую подгруппу в системе правовых актов.

Национальный законодатель определил позицию и по этому вопросу. Так, в ст. 2 КАП дано следующее понятие административного органа: «исполнительный орган государственной власти, в том числе местный исполнительный орган государственной власти, органы самоуправления в поселке и селе, а также любое физическое или юридическое лицо, выполняющее на основании закона публично-правовые полномочия». По смыслу настоящей нормы субъектами административного нормотворчества признаются не только носители исполнительной власти, но и органы местного самоуправления. Наличие последних в этом перечне связано с тем, что в Таджикистане полностью не востребована муниципальная система организации местной публичной власти, а органы местного самоуправления, именуемые Джамоатами, по закону приравнены к государственным органам¹¹.

В целом, даже при наличии определенных претензий к позиции законодателя по содержанию КАП, нельзя не заметить, что зафиксированный в нем субъектный состав административного нормотворчества в основном совпадает с рассматриваемыми нами акторами третьего уровня правотворчества. По смыслу КАП к административным правовым актам, носящим нормативный характер, могут быть отнесены распоряжения министерств, решения государственных комитетов, распоряжения припрезидентских и приправительственных ведомств, постановления председателей областей, городов и районов, а также постановления органов самоуправления поселков и сел.

При этом остается открытой судьба нормативных правовых актов местных представительных органов государственной власти – Маджлисов – народных депутатов области, города, района. Если допустить, что присутствующая в КАП формулировка «...любое физическое или юридическое лицо, выполняющее на основании закона публично-правовые полномочия», заимствованная, скорее, из зарубежных моделей правовой регуляции, позволяет расширенное закрепление субъектов административного нормотворчества. Правда, в КАП отдельно оговаривается, что в системе исполнительной власти сфера его действия не распространяется на Президента и Правительство республики.

Учитывая значимость качественного и обоснованного нормотворчества органов исполнительной власти, Закон «О нормативных правовых актах», кроме прочих требований, ввел проверку и государственную ре-

гистрацию их нормативных правовых актов, возложив эту функцию на Министерство юстиции Республики Таджикистан. Теперь указанные нормативные правовые акты общеобязательного характера вступают в силу после проверки, регистрации и официального опубликования. Правительство республики Постановлением № 195 от 27 апреля 2018 г. утвердило порядок учета и регистрации нормативных правовых актов¹². После прохождения процедуры проверки, рассчитанной на один месяц, общеобязательный административный нормативно-правовой акт вносится в Реестр государственного учета нормативных правовых актов и вступает в силу.

Институт проверки и государственной регистрации определенной группы нормативных правовых актов находится в республике на этапе формирования и, как свидетельствует практика, служит действенным средством контроля за административной правотворческой деятельностью. Например, если в 2017 г. в Министерство юстиции страны на предмет проверки и регистрации поступила 121 единица нормативных правовых актов, то в 2018 г. эта цифра выросла до 176 единиц, при этом увеличилось количество отклоненных нормативно-правых актов до 68 единиц в 2018 г., что связано с различными причинами: противоречие законодательным актам, отсутствие законного основания принятия, выход субъекта за рамки полномочий, ограничение прав и свобод граждан, несоблюдение правил техники правотворчества, несоответствие цели и предмета регулирования названию акта, неправильная расстановка составных элементов акта, ошибки в формулировании норм, несоответствие текстов на государственном и русском языках, несоблюдение требований предварительного согласования проекта акта с соответствующими органами и т.д.¹³

Для обеспечения прозрачности в рассматриваемой сфере создан Централизованный банк правовой информации, представляющий собой электронную версию всего массива нормативных правовых актов. Ведение Централизованного банка правовой информации Республики Таджикистан (<http://portali-huquqi.tj/>) также возложено на Министерство юстиции. В дополнение к предпринятым мерам считаем целесообразным отделить органы исполнительной власти от массива управленческих структур, закрепив лишь за ними полномочия на издание нормативных правовых актов.

Таким образом, становится очевидным, что правотворчество третьего уровня в основном охватывает органы исполнительной власти, но не ограничивается лишь ими. Его результатом выступает нормативный административно-правовой акт, играющий важную роль в правовой и государственной жизни. Освещение административного акта не должно затмевать дальнейшее предметное изучение природы административно-

¹¹ См.: Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан. 2009. № 7–8. Ст. 503.

¹² См.: URL: <http://portali-huquqi.tj/>: (дата обращения: 30.04.2021).

¹³ См.: Раззоков Б. Х. Ахамият ва накши санадҳои ҳуқуқи маъмури // Хаётва Кунун. 2019. № 1. С. 46.

го нормотворчества. Статистические данные подтверждают устойчивую тенденцию правотворчества на различных уровнях управления, что ставит на повестку науки административного права новые фундаментальные задачи в контексте анализа содержания и форм административных правовых актов.

Таджикский государственный университет коммерции

Раззоков Б. Х., доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого права факультета менеджмента и коммерческого права

E-mail: razzokov_b@mail.ru

*Tajik State University of Commerce
Razzokov B. H., Doctor of Law, Professor
of the Department of Commercial Law of the
Faculty of Management and Commercial
Law*

E-mail: razzokov_b@mail.ru

ОСНОВНОЙ ЗАКОН РОССИИ И СОЦИАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ¹

А. В. Ильин

Российский государственный педагогический университет им. А. И. Герцена

Аннотация: государство – это универсальная организация общества, поэтому в его актах может сочетаться юридическое и иное социальное регулирование. Главный предмет Основного закона как модельного явления составляет правовое регулирование формы государства. Конституция как модельный юридический акт является высшей формой Основного закона и должна устанавливать подлинное народовластие. В современную эпоху происходит поэтапная конституционализация Основных законов, которые сочетают авторитарные доконституционные и демократические конституционные институты и нормы. Это соответствует социальной справедливости в широком смысле. Понятие справедливости отражает объективно обусловленную соразмерность сопоставимых социальных явлений. Социальная справедливость в широком смысле имеет сложную многоуровневую структуру, включая общеправовой уровень и конституционный отраслевой подуровень. Умаление конституционных начал в Основном законе России в 1993 и 2020 гг. отражает социальный регресс общества и в настоящее время не нарушает меру социальной и конституционной справедливости.

Ключевые слова: определение Основного закона, определение конституции, конституционализация Основного закона, Конституция России, справедливость, социальная справедливость, конституционная справедливость.

FUNDAMENTAL LAW OF RUSSIA AND SOCIAL JUSTICE

A. V. Iljin

State Pedagogical University of Russia in St. Petersburg
named after A. I. Herzen

Abstract: the state is a universal organization of society; therefore, legal and other social regulation can be combined in its acts. The main subject of the Fundamental Law as a model phenomenon is the legal regulation of the form of the state. The Constitution as a model legal act is the highest form of the Fundamental Law and should establish true democracy. In the modern era, there is a gradual constitutionalization of the Fundamental Laws, which combine authoritarian pre-constitutional and democratic constitutional institutions and norms. This is in line with social justice in the broadest sense. The concept of justice reflects the objectively determined proportionality of comparable social phenomena. Social justice in a broad sense has a complex multi-level structure, including a general legal level and a constitutional branch sublevel. The belittling of constitutional principles in the Fundamental Law of Russia in 1993 and 2020 reflects the social regression of society and currently does not violate the measure of social and constitutional justice.

¹ Статья подготовлена в рамках научного проекта № 19-011-00528 «Концепт справедливости в современной российской правовой системе», поддержанного Российским фондом фундаментальных исследований.

Key words: *Fundamental Law definition, definition of the Constitution, constitutionalization of the fundamental law, constitution of the Russia, justice, social justice, justice of the constitution.*

Поступила в редакцию 21 июля 2021 г.

Неюридические нормы Основных законов. Государство – это единственная глобальная и универсальная организация цивилизованного² общества. Государство упорядочивает общественные отношения, используя: (1) административно-кадровое обеспечение и материальные ресурсы; (2) угрозу насилием или непосредственно насилием как *ultima ratio*, а также (3) весь комплекс социально-нормативных макрорегуляторов, который включает не только право, но, как минимум, мораль и религию. Сначала органы публичной власти санкционировали избранные социальные нормы, т.е. поддерживали их реализацию своим авторитетом, а в последующем в форме «нормотворчества» стали от своего имени излагать и/или корректировать в государственных актах морально-этические, религиозные и правовые правила.

В новейшее время право почти повсеместно вышло на первый план среди социально-нормативных макрорегуляторов и даже вторгается в традиционные сферы регулирования морали и религии, подминает и подменяет их нормы в упорядочении отношений между индивидами. Тем не менее донныне писанный правовой акт не единственный среди возможных видов государственных актов. По разным причинам акты, которые издаются органами публичной власти в качестве правовых, не всегда полностью являются таковыми: зачастую они также содержат морально-этические и религиозные положения.

Кроме того, в государственных актах находит отражение сложная диалектика взаимоотношений государства и социально-нормативных макрорегуляторов, связанная с наличием так называемых мононорм³. Как сторонники, так и критики этой конструкции необоснованно относят ее исключительно к первобытно-общинным временам. Между тем, на всем протяжении существования цивилизации сохраняется синхронная и пересекающаяся регламентация широкого круга идентичных общественных отношений тремя главными соционормативными регуляторами. Соответственно, мононорма – это возникшая в антропологии фикция, которая скрывает параллельное существование обособленных моральной, религиозной и правовой норм с приблизительно одинаковым предметом регулирования и, соответственно, более-менее идентичной диспозицией. Именно одинаковая диспозиция и создает видимость син-

² Цивилизация трактуется здесь как суперэпоха в развитии общества, характеризующаяся наличием письменности, городов, государства, права и научного знания.

³ Автор концепции А. И. Першиц (*Алексеев В. П., Першиц А. И.* История первобытного общества. 6-е изд. М.: АСТ-Астрель, 2007. С. 195, 279). Краткий анализ концепции см.: *Дробышевский С. А.* Правовое регулирование в первобытном обществе: теоретическая возможность и ее практическая реализация. Красноярск: Сиб. федер. ун-т, 2020. С. 89–92.

кретичного правила поведения, устанавливаемого на самом деле различными соционормативными макрорегуляторами. Однако гипотезы и санкции морально-этической, религиозной и правовой логических норм обязательно отличаются друг от друга в силу разной природы и, значит, различных задач. Поэтому монстр с единым корпусом, но о трех головах и с тремя комплектами конечностей на поверку оказывается тремя обособленно существующими логическими нормами, которые к тому же могут конкурировать и коллизировать друг с другом.

Соответственно, поныне определить тип социальной нормы исключительно по изолированной диспозиции в отдельных государственных актах можно только предположительно. Так, в 2020 г. Конституция Российской Федерации (далее также – РФ) закрепила запрет на второе гражданство для высших должностных лиц во всех трех ветвях государственной власти: ч. 3 ст. 77; ч. 5 ст. 78; ч. 2 ст. 81; ч. 4 ст. 95; ч. 1 ст. 97; п. «е» ч. 1 ст. 103; ч. 4 ст. 110; ст. 119. Очевидно, что данное правило имеет не только юридическое, но и морально-этическое содержание: бипатризм «государевых людей» является несомненным злом с точки зрения интересов Отечества. Причем санкция этой морально-этической нормы, в отличие от аналогичной юридической, не требует дополнительной конкретизации в законодательстве и правовой практике.

Вообще микширование различных типов социорегулирования свойственно Основным законам, возможно, больше, чем другим современным нормативным актам государства, и Основные законы России 1906–1993 гг.⁴ не являются исключением. Например, текст преамбул «брежневской» Конституции СССР или «ельцинской» Конституции РФ преимущественно образуют неюридические понятия и положения; а после реформы 2020 г. таковых стало больше и в основном разделе действующей Конституции России (очень показательны в этом отношении ч. 2–3 ст. 67.1). Поскольку юридический «пуризм» государственных актов, даже если они официально называются законами, не аксиома, а правовая презумпция, это обстоятельство следовало бы полнее учитывать при их толковании и применении.

Конституция как высшая форма Основного закона. Нормы государственного права зарождаются параллельно с формированием государства как социального явления. Изначально в составе этого комплекса появились неписанные нормы фундаментального публичного права (ФПП), определявшие, например, форму государственного правления. С возникновением нормативно-правовых актов как источника права отдельные институты и нормы ФПП или, как минимум, элементы таких норм стали частью законодательства. В развитых правовых порядках Древнего мира и Средневековья отдельные институты ФПП, например, связанные с монархической властью или сословными представительными

⁴ Здесь и далее ссылки на тексты конституций приводятся по их первой редакции, размещенной на электронном ресурсе: Сайт Конституции Российской Федерации: [Интернет-проект компании «Гарант»]. URL: <http://constitution.garant.ru> (дата обращения: 07.07.2021).

учреждениями, достаточно полно излагались в специализированных законах. А начиная с эпохи модерна в большинстве государств укоренилась практика частичной систематизации норм ФПП в виде консолидированного или кодифицированного Основного закона⁵.

Если рассматривать Основной закон как сугубо юридическое явление, то необходимым и достаточным предметом его исключительного регулирования является форма государства. Иными словами, Основной, или Фундаментальный закон – это писанный государственный акт высшей юридической силы, в котором зафиксированы важнейшие элементы формы государства: формы правления, территориально-государственного устройства и государственного режима, а также квинтэссенция правового статуса лиц, подвластных государству, прежде всего его подданных или граждан. Включение в Основной закон других юридических норм, например, детальная регламентация правового статуса личности и/или устройства государственного аппарата, перечня министерств и ведомств, организации местного (само)управления и т.п., обуславливается не существенными признаками этого вида государственных актов, а политическими соображениями и национальной традицией, включая публично-правовую доктрину⁶.

Конституция как юридический акт представляет собой высшую разновидность консолидированного Основного закона. Поскольку возникновение современных конституций связано с идеологией парламентаризма и народовластия, правомерно выделить именно этот существенный признак как главное отличие конституций от доконституционных Основных законов (например, именовавшихся в отечественной традиции XIX в. «коренными законами»⁷). Иными словами, конституцией в полном смысле слова можно будет назвать только тот Основной закон, который закрепит в будущем повседневное участие большинства граждан в управлении государственными делами или хотя бы реальную представительную демократию.

Ныне человечество переживает длительную переходную эпоху становления развитого конституционализма. Но, как часто бывает, люди спешат приблизить будущее и уже окрестили демократией нынешние полудемократические механизмы управления, а конституциями – Основные законы, имеющие смешанную доконституционно-конституционную природу. От имитационного квазиконституционализма и фрагментарно-

⁵ См., например: История буржуазного конституционализма XVII–XVIII вв. / отв. ред. В. С. Нерсисянц. М.: Наука, 1983. С. 81 и сл.

⁶ Для этого оптимальна апробированная в 1832–1917 гг. форма свода законов, которую неудачно реконструировали в 1970-е гг.: Ильин А. В. Конституционный свод России: к постановке проблемы // Известия вузов. Правоведение. СПб., 1998. № 1. С. 132–135.

⁷ Манифест от 12 [24] декабря 1825 г. «О вступлении на престол Государя Императора Николая Павловича» // Полн. собр. законов. СПб., 1830. 2-е собр. Т. I. № 1; Сергеевский Н. Д. К вопросу о коренных законах В. к. Финляндского. СПб., 1899. С. 3, 5, 11, 13–14; и др.

го (полу)конституционализма представительное народовластие отличается признаками, которые апробированы еще в Элладе и Древнем Риме, но должны в будущем получить не элитарный, а общенациональный характер: коллегиальность и ответственность, выборность и опытность (квалификация), подотчетность и принудительная ротация.

Природные и социальные катаклизмы создают препоны на пути конституционализации Основных законов. В результате поступательное движение к более совершенным формам фундаментального публичного права может сменяться регрессом, отражающим откат в развитии самого общества. Поэтому поэтапная конституционализация Основных законов, которые сейчас сочетают единоначалие и коллегиальность, доконституционные авторитарные и конституционные демократические институты и нормы, – все это отвечает потребностям и возможностям современного общества, а потому соответствует социальной справедливости в широком смысле.

Социальная справедливость и множественность справедливостей. Понятие справедливости отражает исторически обусловленную *соразмерность* сопоставимых социальных явлений, включая как частный случай их равновесие, равенство. Справедливость как научная категория и социальное явление соотносится не только с индивидами, их группами и с обществом в целом. Она существует как социально-нормативный принцип и как реальное состояние общественных отношений.

Пресловутая неопределенность понимания справедливости обусловлена ее многоаспектностью и многоуровневостью: общесоциальная, экономическая, политическая, религиозная, этическая, правовая и т.п., а также общая, групповая, единичная. В рамках правовой справедливости можно обоснованно выделить отраслевой (например, конституционный или процессуальный), институциональный, индивидуальный уровни.

Кроме того, справедливость исторична и неодинакова для аграрного и современного урбанистического общества. Если в стране существуют автономные комплексы патриархального, рабовладельческого, феодального, капиталистического и социалистического социально-экономических укладов, то также представлены и соответствующие им модели справедливости. Этот синкретизм разных исторических социально-культурных типов служит усложняющим коэффициентом в формуле глобальной справедливости, значение которого зависит от количества и соотношения смешиваемых типов. Чем их больше и чем менее выражено доминирование одного из них, тем конфликтнее суммарное состояние справедливости в обществе.

Таким образом, в обществе одновременно существует множество аспектов-справедливостей, гармоничное взаимодействие которых представляет недостижимый в полном объеме идеал. Сложная структура справедливости отражает запутанное устройство самого общества.

Под социальной справедливостью в настоящее время подразумевается, как правило, известная со времен античности справедливость благораспределительная: «...она есть в сущности справедливый обмен и

распределение»⁸. Очевидно, этимология термина связана с политикой «социального государства» второй половины XIX в. и ее эволюцией в социал-демократической доктрине. Однако традиционное понимание социальной справедливости представляется зауженным. Напротив, в аутентичном филологическом толковании «социальная справедливость» – это высший уровень справедливости для общества в целом, который характеризует глобальную и стабильную сбалансированность общественных отношений, создающую оптимальные предпосылки для устойчивого прогрессивного развития.

Конституционная справедливость. Социальная справедливость в широком смысле включает общеправовой уровень и публично-правовые отраслевые подуровни. Справедливость фундаментального публичного права в целом и конституционная справедливость в частности отражают соразмерность правовых положений высшей юридической силы тому уровню организации общегосударственного управления, который объективно является оптимальным для данного общества в конкретную историческую эпоху, а также обеспечивает наиболее свободный правовой статус личности для большинства населения. Причем это относится как к формально-нормативному, так и к правореализационному аспектам справедливости. А критерием объективной предопределенности является стабильное состояние беспрепятственно реализующихся фундаментальных публично-правовых отношений с сохранением и нарастанием потенциала их прогрессивного развития.

Характеристика справедливости Основных законов в целом, их отдельных институтов, норм и связанных с ними правоотношений обусловлена общими закономерностями развития общества и образующих его элементов. Социальная справедливость должна обеспечивать гарантированное и все более достойное существование для все большей доли населения. В комплексе экономической, политической, морально-этической и прочих справедливостей, образующих социальную справедливость, задачи правовой справедливости во всех ее отраслевых ипостасях связаны с обогащением правового статуса личности на основе равенства прав и юридических обязанностей.

В Основных законах России, включая современную Конституцию РФ, справедливость в ее юридическом аспекте отражена многократно и разнообразно. Но присутствует она латентно в положениях, выражающих отношения юридического равенства, разумности, соразмерности. Сама же лексема «справедливость» («справедливый») единожды употребляется уже в Основных государственных законах 23 апреля 1906 г.: «Принудительное отчуждение имущества... допускается не иначе, как за справедливое и приличное вознаграждение» (ст. 35). Спустя 70 лет она вновь

⁸ Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право. М. : Мысль, 1977. С. 79. Ср.: Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 26 ноября 2007 г. № 62/10 «Всемирный день социальной справедливости» // Резолюции и решения, принятые Генеральной Ассамблеей на 62-й сессии. Нью-Йорк : ООН, 2008. Т. I: Резолюции 18 сентября – 22 декабря 2007 г. С. 21.

появилась в «брежневской» Конституции, но уже в контексте реализации социально-экономических прав граждан СССР. В ч. 2 ст. 23 было провозглашено «справедливое распределение» создаваемых государством общественных фондов потребления, а в ч. 2 ст. 44 – справедливое распределение «под общественным контролем жилой площади, предоставляемой по мере осуществления программы строительства благоустроенных жилищ».

В «ельцинской» Конституции, закрепившей победу буржуазной революции 1989–1993 гг., понятие справедливость оказалось вытеснено в преамбулу. Причем оно упоминается среди таких сакральных формул, как «память предков», «любовь и уважение к Отечеству», а сам тезис о вере (!) «в добро и справедливость» однозначно фиксирует употребление термина не в конкретном юридическом, а в обобщенном морально-этическом значении с явными религиозными аллюзиями. Только в результате начавшегося «возвращения нашего государственного развития на национальный маршрут»⁹ в ряду новелл Конституции РФ 2020 г. появилось родственное советскому наследию положение о пенсионном обеспечении граждан «на основе принципов всеобщности, справедливости и солидарности поколений» (ч. 6 ст. 75).

При этом понятие «социальная справедливость» – независимо от его значения – не использовалось в текстах общероссийских Основных законов 1905–2020 гг. ни разу¹⁰. Показательно, однако, что связанная с феноменом справедливости лексема «равенство» встречается с 1918 г. во всех Основных законах без исключения, причем в конституциях СССР 1936 и 1977 гг., соответственно, 10 и 19 раз, а в первоначальной редакции Конституции РФ – 18 раз¹¹.

С 1991 г. происходит умаление конституционных начал в Основном законе России, которое выражается в институциональном укреплении единоличных органов и назначения в ущерб коллегиальности и выборности. По сравнению с высшими достижениями правовой и (обще)социальной справедливости в советский период эти явления можно было бы расценить как торжество несправедливости. Но одновременно с откатом российского фундаментального публичного права от идеалов парламентаризма происходила и общая деградация общества: падение экономики и ее структурное ухудшение, упадок образования и кризис культуры.

⁹ Ср.: Бабурина С. Н. Реформа Конституции Российской Федерации в 2020 году : возвращение конституционализма на национальный маршрут // Вестник Московского университета им. С. Ю. Витте. Сер. 2: Юрид. науки. 2020. № 2. С. 14, 15.

¹⁰ См.: Чиркин В. Е. Социальная справедливость и российская конституция // Социальная справедливость и гуманизм в современном государстве и праве / отв. ред. Т. А. Сошникова. М. : Изд-во Моск. гуманит. ун-та, 2015. С. 20.

¹¹ См.: Ильин А. В. Свобода, равенство, справедливость в советской конституционной традиции // Справедливость в постсоветском правовом порядке : понятие, принцип, цель. Сборник статей научной конференции / [редколл.: В. А. Слыщенко, М. А. Беляев]. М. : Юрлитинформ, 2021. С. 157 (URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=45585046>).

Диалектика юридического макрорегулирования хорошо известна: право, конечно, влияет на общественные отношения, но ими, в конечном счете, и определяется. Если социум упрощается, то и нормы Основных законов переживают аналогичную эволюцию. Усиление авторитаризма, начавшееся треть века назад с учреждением в России президентуры, в основном, по-видимому, не противоречит потребностям большинства граждан, которые, очевидно, не считают свое право на участие в управлении делами государства приоритетным, благо и в конституционном перечне прав и свобод оно зафиксировано минимум шестнадцатым (ст. 32 Конституции РФ).

В период социальной стабильности существуют довольно широкие рамки, в которых мера справедливости может количественно варьироваться, не переходя качественно в господство несправедливости. Однако нарастание суммы несправедливостей разного типа и уровня для массы индивидов и их групп неизбежно ведет общество к дестабилизации и дальнейшему регрессу. Поэтому задача властей предрешающих в России объективно состоит в том, чтобы не почитать на лаврах, а укреплять фундаментальные начала социальной справедливости, включая поэтапную конституционализацию Основного закона.

Российский государственный педагогический университет им. А. И. Герцена

Ильин А. В., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственного права

E-mail: ailin@herzen.spb.ru

State Pedagogical University of Russia in St. Petersburg named after A. I. Herzen

Ilin A. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Assistant Professor of the Department of Public Law

E-mail: ailin@herzen.spb.ru

ПРАВОВОЙ АКТ В СВЕТЕ ИДЕИ СПРАВЕДЛИВОСТИ¹

Н. И. Малышева

Санкт-Петербургский государственный университет

Аннотация: в статье анализируется ряд судебных актов с точки зрения отражения в них идеи справедливости. Сделан вывод об избыточности детального закрепления содержания справедливости в нормативных правовых актах, поскольку некоторая неопределенность не является препятствием для судей руководствоваться идеей справедливости. Критерием справедливости позиционируются права человека.

Ключевые слова: справедливость, правовой акт, правосудие, Конституционный суд Российской Федерации, права человека.

LEGAL ACT IN THE PERSPECTIVE OF THE IDEA OF JUSTICE

N. I. Malysheva

Saint Petersburg State University

Abstract: in the article a number of judicial acts are analyzed in the perspective of reflection of the idea of justice in them. The conclusion is made that the detailed enshrining of the content of justice in normative legal acts is redundant, because some uncertainty is not an obstacle for judges to be guided by the idea of justice. The human rights are positioned as the criterion of justice.

Key words: justice, legal act, equity, Constitutional Court of Russian Federation, human rights.

Поступила в редакцию 25 июля 2021 г.

Исходя из многоаспектности права, его исследуют с учетом разнообразия человеческих сообществ. В то же время стоит обратить внимание и на то, что объединяет человечество с точки зрения ценности права. Если задать вопрос, какая идея с древнейших времен и до сегодняшнего дня в большей степени ассоциируется с правом практически у всех народов, в большинстве случаев ответ будет – идея справедливости. По словам В. Д. Зорькина, большинство представлений о справедливом и должном в расширившемся мире оказывались (при иногда существенных частных различиях) едины. Едины в силу единства человечества².

Люди в силу своей природы способны различать справедливость и несправедливость. Это не исключает содержательного разнообразия понимания справедливости, что позволяло использовать ее в самых различных целях в разные времена у многих народов. О правовой справедливости мыслят как о правах, честности, договоре, пользе, эффективности, диалоге, равенстве, в том числе и жизненных шансов, свободе, солидарно-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 19-011-00528 «Концепт справедливости в современной российской правовой системе».

² См.: Зорькин В. Д. Право против хаоса : монография. 2 е изд., испр. и доп. М. : Норма : ИНФРА М, 2020. С. 115.

© Малышева Н. И., 2021

сти, беспристрастности, взаимной выгоде, кооперации³. Можно добавить представления о правильности в распределении и компенсации и т.д. Поэтому не удивляет, когда справедливость обвиняют в неопределенности содержания, усугубляемой и тем, что помимо многочисленных смыслов справедливость может иметь и различающиеся ракурсы, выступая как в качестве идеи, так и в качестве ценности, принципа. Не вдаваясь в детали анализа этих до сегодняшнего дня дискутируемых категорий и их соотношения, отметим, что фундаментальные идеи с течением времени могут оформиться в принципы права.

В теории права и в отраслевых науках принципы права чаще рассматриваются как принципы позитивного права, как нормативно закрепленные основные, исходные начала, отправные положения. Однако среди философов и теоретиков права распространено мнение, что правовыми принципами можно считать и основополагающие идеи, которые хотя и не позитивированы, и относятся, например, к сфере правосознания, но участвуют в правовой регуляции материальных и процессуальных отношений. Очевидна и аксиологическая сторона обсуждаемых вопросов, когда исследуются высшие смыслообразующие начала права.

Важнейшим явлением права выступает правовой акт, который нуждается не только в формальном анализе, но и в рассмотрении его в свете, или, выражаясь образно, в «лучах» справедливости.

Без сомнения, нормативное закрепление содержания справедливости в тексте правового акта вызывает затруднения. В помощь можно привлечь доктрину естественного права, поскольку некоторые характеристики справедливости определены именно этой доктриной. Есть и опыт международного права, где нарушение норм *jus cogens* рассматривается как несправедливость.

Национальные правовые акты, как нормативные, так правореализационные, с точки зрения справедливости вызывают немало вопросов.

Наша Конституция напрямую упоминает справедливость единожды в Преамбуле скорее в ценностном аспекте. В то же время в целом ряде нормативных правовых актов указывается на справедливость. В некоторых отраслевых кодексах принцип справедливости получает достаточно определенное оформление. Для примера можно вспомнить ст. 6 Уголовного кодекса Российской Федерации, которая оформляет принцип справедливости в уголовном праве в первую очередь как соответствие наказания характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного⁴.

Кстати, с конструктивистской точки зрения, по-видимому, можно было бы путем так называемой кодификации «правовых позиций» Конституционного суда (КС) Российской Федерации по поводу справедли-

³ См., например: *Вайтан В. А.* Теория справедливости : право и экономика : монография. М. : Юстицинформ, 2017. С. 33–53.

⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 01.07.2021). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.07.2021).

вости определить то, что считается справедливым в праве современной России, если позиционировать судей в качестве референтной группы. Видимо, опираясь на мнение судей, можно было бы даже сформировать и легальную дефиницию справедливости.

Так, в научной литературе отмечается, что Конституционный Суд зачастую во многом изменяет действующее законодательство, когда он толкует правовые нормы в соответствии с их конституционно-правовым смыслом. Например, в течение последних лет до принятия нового Уголовно-процессуального кодекса (УПК) РФ Конституционный суд рассматривал большое количество ходатайств, связанных с оспариванием той правоприменительной практики, которая имела место в судах по поводу применения УПК. По сути, как судьи сами считают, примерно две трети УПК были уже ими написаны в правовых позициях Конституционного суда. Законодатель в дальнейшем только воспринял эти позиции и обобщил их в новом Уголовно-процессуальном кодексе РФ⁵. Другой вопрос, есть ли необходимость идти таким путем, чтобы внести определенность в понимание справедливости в российском праве.

В рамках гранта «Концепт справедливости в современной российской правовой системе» проведен мониторинг всех правовых актов КС с 2010 г. по настоящее время. Учитывалось как формальное упоминание слова «справедливость», так и раскрытие некоторых характеристик справедливости в целях мотивировки принимаемого решения. Достаточно показательным является 2020 год⁶. Из общего количества актов КС (3205, в том числе 50 постановлений) понятие «справедливость» встречалось в 421 акте, в том числе в 42 постановлениях. Формальное упоминание, выразившееся в однократном использовании слова «справедливость» в тексте без раскрытия его содержания, выявлено в 352 актах. В 69 случаях КС пояснил свое понимание справедливости в связи с принятием решения.

Наиболее часто термин «справедливость» употребляется в значении конституционного принципа, реже – в качестве общеправового или отраслевого принципа. Термин «справедливость» в подавляющем большинстве случаев употреблялся не в одиночку, а вместе с другими принципами права. Среди таковых чаще всего встречались: пропорциональность (соразмерность), равенство, гуманизм.

Наиболее часто к термину «справедливость» судьи Конституционного суда прибегали в делах, где имел место уголовно-правовой аспект. Следом идут дела по поводу применения норм процессуального права. Также термин «справедливость» упоминался в решениях, связанных с делами об административных правонарушениях, вопросами социальной защиты, трудового, налогового, гражданского законодательства. При этом содержательные трактовки термина «справедливость» достаточно разнообразны. Чаще всего термин «справедливость» увязывался с необ-

⁵ См. об этом: *Четвернин В. А., Юрко Г. Б.* Судебные источники права // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2007. № 1. С. 154–184.

⁶ Мониторинг актов КС за 2020 год выполнен аспирантом СПбГУ Н. Д. Строговым.

ходимостью обеспечения всестороннего, полного, объективного и своевременного выяснения всех обстоятельств, связанных с привлечением к административной ответственности; необходимостью назначения наказания, соответствующего характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного; рассмотрением дела в разумный срок; недопущением безосновательного привлечения лица к ответственности; требованием процессуальной эффективности, экономии в использовании средств судебной защиты; необходимостью дифференциации юридической ответственности в зависимости от существенных обстоятельств; необходимостью обеспечения равновесия между законными интересами общества и необходимыми условиями защиты основных прав личности; невмешательством государства в отношения собственности в произвольной форме; сохранением разумной стабильности правового регулирования и недопустимостью внесения произвольных изменений в действующую систему норм; предсказуемостью правового регулирования; защитой интересов работника как экономически более слабой стороны; недопустимостью избыточного ограничения свободы предпринимательства; обеспечением баланса прав и законных интересов участников гражданского оборота и др.

Вопрос, как судьи понимают идею справедливости и руководствуются ею на практике, заслуживает отдельного исследования. Для иллюстрации сложности и важности обозначенной проблемы обратимся к правоприменительному акту – Определению Верховного Суда Российской Федерации от 14 ноября 2017 г. № 84-КГ17-6⁷, который, по мнению многих юристов в России и по меткому выражению цивилиста Р. С. Бевзенко, является актом «антиправа»⁸.

Ситуацию рассматриваемого дела не назовешь редкой. В камерных помещениях, где содержался под стражей истец, норма санитарной площади на одного человека не соблюдалась, а также имело место нарушение условий приватности в отношении истца при содержании его в камерных помещениях в 2008–2009 гг., так как перегородки, обеспечивающие изоляцию напольных чаш (унитазов) от жилых помещений камер, отсутствовали. Истец требовал компенсации морального вреда в размере 500 000 руб.

Решением Новгородского районного суда Новгородской области от 19 октября 2016 г., оставленным без изменения апелляционным определением судебной коллегии по гражданским делам Новгородского областного суда от 11 января 2017 г., исковые требования Иванова В. В. удовлетворены частично: с Российской Федерации в лице Федеральной

службы исполнения наказаний России за счет казны Российской Федерации взыскана в пользу Иванова В. В. компенсация морального вреда в размере 4 500 руб.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда рассмотрела в открытом судебном заседании дело по иску Иванова В. В. по кассационной жалобе Федеральной службы исполнения наказаний России на названные судебные акты и отменила указанное апелляционное определение, направив дело на новое рассмотрение в апелляционную инстанцию, указав, что суду надлежало принять во внимание степень вины причинителя вреда и дать оценку добросовестности действий истца. Немало юристов поддержало позицию Верховного суда, судя по всему, полагая этот акт не противоречащим требованиям справедливости. Один из их аргументов – защита интересов государства и его казны.

На наш взгляд, судьи Верховного суда в данном случае ложно поняли справедливость. Широко известна так называемая «Формула Радбруха», согласно которой правовой акт превращается в «неправо» тогда, когда он становится столь вопиюще несовместимым со справедливостью, что принятое решение как «несправедливое право» отрицает справедливость⁹. «Последним» ценностным основанием, критерием справедливости права является человеческое достоинство, облеченное в правовые формы и обеспечиваемое правовыми средствами. И суду «по справедливости» следовало защищать права человека, поскольку достоинство личности согласно Конституции охраняется государством.

В современной России окончательный ответ на вопрос о справедливости принятого решения может дать Конституционный суд, если для того будут соответствующие основания.

Важно обратить внимание и на правовой опыт других государств, поэтому предлагаем правовой сюжет из современного Китая.

В Уголовном кодексе (УК) КНР¹⁰ в ст. 5, по сути, закреплен принцип справедливости. Для иллюстрации того, как китайский правоприменитель понимает справедливость и как он может истолковать нормы, оформленные в статьях такого нормативного правового акта, как кодекс, обратимся к делу братьев Чжан, вызвавшему широкий резонанс в Китае в 2009 г. Братья похитили заложника, чтобы найти деньги, необходимые для лечения тяжелобольной матери. Ст. 239 УК КНР гласит: «Похищение человека с целью вымогательства у него имущества или захват его в качестве заложника наказываются лишением свободы на срок свыше 10 лет или бессрочным лишением свободы, а также штрафом или конфискацией имущества».

Суд установил, что братья Чжан не имели возможности собрать деньги, чтобы спасти мать, их действия не нанесли вред здоровью заложника

⁹ См.: Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Философия права. М., 2004. С. 234.

¹⁰ Уголовный кодекс Китайской Народной Республики // Сайт Посольства КНР в РФ. URL: <http://ru.china-embassy.org/rus/zfhz/zgflyd/t1330730.htm> (дата обращения: 01.07.2021).

⁷ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=520232#cJw87eSCwRq6NZQJ1> (дата обращения: 01.07.2021).

⁸ Бевзенко Р. О публичной дефекации, прогосударственном подходе и принципе добросовестности в новом определении гражданской коллегии Верховного суда // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2018/1/15/o_publichnoj_defekacii_progosudarstvennom_podhode_i_principe_dobrosovestnosti_v_novom_opredelenii_gr (дата обращения: 01.07.2021).

ПРАВОВЫЕ АКТЫ И КРАЕВЕДЕНИЕ

Е. В. Сазонникова

Воронежский государственный университет

Аннотация: публикация посвящена проблематике правового краеведения. В ней раскрывается понятие и значение правового краеведения, роль краеведческих знаний для развития правовой системы и юридического образования. Отдельное внимание уделено краеведческому компоненту в законодательстве Воронежской области.

Ключевые слова: правовой акт, краеведение, правовое краеведение, юридическое образование.

LEGAL ACTS AND LOCAL HISTORY

E. V. Sazonnikova

Voronezh State University

Abstract: the publication is devoted to the problems of legal local history. It reveals the concept and significance of legal local history, the role of local history knowledge for the development of the legal system and legal education. Special attention is paid to the local history component in the legislation of the Voronezh region.

Key words: legal act, study of local lore, legal study of local lore, legal education.

Поступила в редакцию 29 июня 2021 г.

Актуальность темы исследования обусловлена необходимостью привлечь внимание к краеведческому содержанию в правовой науке и образовании. Познавательная ситуация состоит в том, что, с одной стороны, существует запрос на исследования правовой жизни той или иной территории (главным образом у исследователей, проживающих в конкретном субъекте России или муниципальном образовании), а, с другой стороны, в современной правовой науке и образовании роль краеведческого содержания все еще находится, образно выражаясь, в тени других направлений научного поиска, едва ли не на самом дальнем плане; эти исследования развиваются во многом усилиями правоведов-энтузиастов, в правовой науке к краеведению нет устоявшихся подходов, связи правоведов с собственно краеведческим сообществом не являются прочными. Далее по тексту для краткости краеведческие исследования в праве называются правовым (или юридическим) краеведением.

Краткая историческая справка о краеведении.

Общеизвестно, что изначально, в XVIII–XIX вв., краеведение представляло собой историко-географическое описание отдельной местности. В разное время отношение государственной власти к краеведению в нашей стране было разным, даже оценки одного и того же периода в истории краеведческих изысканий являются разными. Например, в одних исследованиях отмечено всемерное его поощрения в «золотое десятилетие краеведения» (1920-е гг.), а в других этот же самый период оценивается более сдержанно.

в ходе похищения, который признал хорошее отношение к нему братьев. Суд посчитал возможным назначить братьям более легкое наказание, исходя из того, что братья являются благочестивыми сыновьями и пошли на преступление из чувства сыновней любви и самопожертвования. Такого рода оценку их действия получили и у более 80 процентов опрошенных китайцев в ходе общественного обсуждения их поступка. Люди разных слоев общества пожертвовали деньги на лечение матери братьев Чжан¹¹.

Таким образом, некоторая неопределенность содержания правовой справедливости не является препятствием к ее применению судами. Другой вопрос, что отдельный судья может допустить ошибку, поэтому так важно формирование правосознания будущего судьи. В связи с этим нельзя забывать о той роли в поиске справедливости, какую играет система правосудия¹².

Представляется, что детальное нормативное закрепление содержания справедливости в нормативных правовых актах избыточно, если помнить о том, что право всегда требует справедливости, ядром которой выступают права человека.

¹¹ См.: Волкова С. В., Малышева Н. И. Ценностные аспекты китайской правотворческой традиции : от древности к современности // Правотворчество как индикатор правовых ценностей : внутриведомственное, наднациональное и международное измерения. Коллективная монография / под ред. И. Л. Честнова. СПб. : Астерион, 2018. С. 19.

¹² См.: Зорькин В. Д. Право против хаоса : монография. 2-е изд., испр. и доп. М. : Норма : ИНФРА М, 2020. С. 153.

Санкт-Петербургский государственный университет

Малышева Н. И., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права
E-mail: nmal60@list.ru

Saint Petersburg State University
Malysheva N. I., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Theory and History of State and Law
E-mail: nmal60@list.ru

В настоящее время ценность и значимость краеведения не подвергаются сомнению. Мощный импульс для внимания к правовым источникам в связи с краеведческой проблематикой дает конституционная реформа, осуществленная в России в 2020 г. Речь идет о ценностных изменениях в тексте Конституции Российской Федерации, в частности, о том, что в ней впервые закреплены предписания о патриотизме, гражданственности, защите исторической правды; о поддержке и охране культуры государством, **о защите культурной самобытности всех народов и этнических общностей Российской Федерации.**

Долговременно в отношении краеведения был устойчив взгляд, что оно акцентировано на особенностях окружающей среды местности (климате, природе, ландшафте, заповедных местах и пр.).

Уникальный вклад в краеведение внес Д. С. Лихачев, расширив содержание краеведения, определив его в качестве комплексной науки, которая «соединяет в себе сведения природоведческие (в свою очередь комплексные), исторические, искусствоведческие, по истории литературы, науки и т.д. Объединяющее начало состоит в том, что все эти сведения относятся к одной местности. Последних может быть огромное множество»¹. Д. С. Лихачев называл краеведение «самым массовым видом науки», потому что каждый человек может исследовать свой край, свою малую Родину. Краеведение способствует сохранению исторической памяти, является одной из основ коммеморации и локальной идентичности.

Широкое («лихачевское») понимание краеведения нацеливает на то, что краеведение не исчерпывается данными об окружающей природной среде. В развитие этого понимания заключим, что особая часть краеведения касается познания правовых явлений и процессов конкретной местности.

Правовое краеведение: сущность и значение.

Среди изучаемых источников жизни на той или иной территории правовым отведено особое место, поскольку в них находят отражение все важнейшие вопросы: экономические, географические, национальные, политические и пр.

Сущность правового краеведения заключается во всестороннем изучении правовых явлений и процессов, происходящих в данной местности на основе использования доступных методов исследования.

В правовом краеведении могут применяться такие методы, как: проблемно-тематический, историко-правовой, сравнительно-правовой, биографический, а также методы: опроса, сплошной обработки данных и др.

Правовое краеведение изучает как современные явления и процессы, происходящие в правовой жизни территории, так и явления и процессы прошлого.

Для правового краеведения интерес представляют правовые акты как письменные вещественные источники, сохранившиеся прежде всего

¹ См.: Лихачев Д. С. Краеведение как наука и как деятельность. Электронная публикация на сайте Международного благотворительного фонда имени Д. С. Лихачева в разделе «Избранные статьи». URL: <http://likhachev.lfond.spb.ru/Articles/kra.htm> (дата обращения: 20.06.2021).

в архивах, библиотеках, музеях и в иных хранилищах, а также письменные источники, посвященные правовым актам: различного рода публикации (в газетах, в книгах, в том числе электронные), дневники, переписка. Кроме того, это могут быть источники изобразительного творчества, например, фотографии, памятники. Особый интерес представляют местные географические названия (названия улиц, площадей и пр.), посвященные правовым источникам.

Правовое краеведение прививает бережное отношение к памятникам права, любовь к малой родине и к ее древностям, знакомит с биографиями и вкладом в развитие местной правовой культуры ученых-юристов.

Правовед-краевед изучает правовые источники, в частности, правовые акты определенной местности, в интересах достижения разных целей: и показать особенности системы этих источников в разное время, и провести сравнение с другими местностями, и выявить особенные практики правовой жизни территорий (такие, как программы повышения правовой культуры населения, особенности оказания бесплатной юридической помощи, правовые исследовательские центры, печатная продукция о праве и т.д.).

Правовое краеведение в Воронежской области.

Началом краеведческого движения в Воронежском крае принято считать 1800 г., когда была издана книга Е. А. Болховитинова «Историческое, географическое и экономическое описание Воронежской губернии». Впоследствии краеведческое движение достаточно активно развивалось вплоть до 1920–1930 гг., когда краеведение было по сути дела уничтожено во всей стране; его возрождение в Воронеже началось в 1950-е гг. и было связано главным образом с подвижнической деятельностью преподавателей двух исторических факультетов – Воронежского государственного университета и Воронежского государственного педагогического института (ныне ВГПУ)².

Тема правового краеведения в Воронежской области очень объемна. Сам факт того, что правовой акт принят в Воронежской области, в муниципальных образованиях уже характеризует его с краеведческой точки зрения.

Краеведческое содержание Устава Воронежской области от 7 июня 2006 г. заключается в том, что он действует на территории Воронежской области; в преамбуле Устава подчеркивается, что при его принятии Воронежская областная Дума, основывалась на истории, традициях и культуре Воронежской области. Исторически информативны ч. 3 и ч. 4 ст. 1 Устава Воронежской области, закрепляющие, что Воронежская область образована Постановлением Президиума ВЦИК РСФСР от 13 июня 1934 г. и занимает территорию общей площадью 52,6 тыс. квадратных километров в границах, установленных Указом Президиума Верховного Совета СССР от 16 января 1954 г. Дата принятия Постановления Пре-

² См.: Акинъшин А. Н. Развитие краеведческих исследований в воронежских вузах // Вестник ВГУ. Сер.: Проблемы высшего образования. 2012. № 2. С. 70.

зидиума ВЦИК РСФСР от 13 июня 1934 г. об образовании Воронежской области является памятным днем – Днем области³.

Закон Воронежской области от 19 октября 2009 г. № 126-ОЗ «О памятных датах Воронежской области» закрепляет памятные даты – годы и дни, связанные с важнейшими историческими событиями в жизни Воронежской области. Памятные даты способствуют утверждению духовных ценностей, формированию патриотизма и уважительного отношения к истории Воронежской области, заслугам старшего поколения, укреплению дружбы народов, проживающих на территории Воронежской области.

Краеведческое значение и содержание присуще Закону Воронежской области от 29 апреля 2016 г. № 45-ОЗ «Об отдельных мерах по поддержке проведения поисковой работы на территории Воронежской области», Закону Воронежской области от 4 августа 2014 г. № 103-ОЗ «О порядке присвоения организациям имен государственных и общественных деятелей, а также имен лиц, имеющих особые заслуги перед Воронежской областью» и др.

В правотворчестве краеведческие знания позволяют лучше отразить своеобразие государственно-правовой истории местности, итогом чего становится закрепление в учредительных документах субъектов федерации и муниципальных образований предписаний об уважении истории и традиций территории, принятие в субъектах законов о праздничных датах и памятных днях, правовое регулирование государственной поддержки общественных объединений краеведческой направленности.

Правовое краеведение в высшем юридическом образовании: значение и практики обучения.

В образовательное пространство термин «краеведение» был введен русским педагогом В. Я. Ульяновым в книге «Опыт методики истории в начальной школе» (1914 г.). Главное значение краеведческого компонента в образовании заключается в прикосновении к истории и традициям своей малой Родины.

Краеведение имеет самостоятельное значение в правовом образовании, оно необходимо для успешной будущей профессиональной деятельности, поскольку способствует формированию всех без исключения компетенций будущих юристов. Основные функции краеведческого компонента в правовом образовании соотносимы с основными общеизвестными функциями краеведения, в частности: обучающей (формирует знания о родном крае), ориентирующей (способствует выбору определенных образцов поведения), коммуникативной (знания приобретаются через общение).

³ См.: Устав Воронежской области от 7 июня 2006 г. // Электронный фонд правовых и нормативно-технических документов. URL: <https://docs.cntd.ru/document/895223101> (дата обращения: 29.06.2021). Здесь и далее по тексту все законы Воронежской области приводятся по данным Электронного фонда правовых и нормативно-технических документов.

В правовом образовании через изучение правовых актов своего края, своей малой Родины внимание может быть обращено на:

- уникальность конкретной территории (субъект федерации: приграничный, имеющий в составе населения представителей коренных малочисленных народов, носящий столичный характер и пр.);
- специфику территориальной символики;
- роль личности в правовой истории конкретной территории, в том числе знакомство с биографиями и творчеством ученых-правоведов, чья жизнь связана с территорией субъекта федерации (или муниципального образования), с университетской историей кафедр.

Краеведческие практики работы с правовыми актами при обучении:

- создание музеев, лабораторий, исследовательских центров (вузовские, факультетские и кафедральные), ориентированных на работу с правовыми актами конкретной территории;
- введение учебных курсов о региональном законодательстве;
- учебно-методические рекомендации по включению краеведческих данных в выпускные квалификационные работы, по изучению законодательства своего места рождения, жительства или обучения (например, если студент учится в филиале вуза, можно рекомендовать уделять внимание региональному законодательству того субъекта РФ, в котором расположен филиал) и др.

В числе конституционно-правовых вопросов, традиционно интересных для краеведения, отметим вопрос о специфике органов публичной власти, об их становлении и совершенствовании. Краеведческая информация о правовых актах представляет интерес для изучения всех правовых дисциплин, но, в первую очередь, для истории и теории отечественного государства и права.

Краеведение может оказаться столь увлекательным делом, что профессиональные правоведы, изучая в отдельных аспектах локальную правовую историю, включаются в развитие не связанных с правом направлений краеведческой деятельности.

В силу особенностей современного образовательного процесса студентам-юристам некогда глубоко знакомиться с краеведческой информацией. Возможно, в условиях большого информационного массива нецелесообразно излишнее акцентирование на краеведческом материале, но в рамках самостоятельной работы студентов такое направление должно быть представлено.

В вузовском правовом образовании на краеведческом компоненте внимание явно не акцентируется, хотя такая работа силами факультетов и кафедр может осуществляться активно и имеет конкретное выражение, например, в виде издания книг, посвященных описанию жизненного и научного пути ученого-правоведа; в виде проведения конференций, приуроченных к юбилейным датам со дня принятия правовых актов.

Приверженность представлению правовых традиций своего родного края и истории его правовых явлений в рамках учебных занятий обуславливается свободой творчества преподавателя, является чертой его

**ПРАВОВОЙ АКТ И ПРАВОВОЙ ДОГОВОР:
ОБЩЕЕ И ОСОБЕННОЕ****Р. Р. Палеха**Центральный филиал ФГБОУ ВО
«Российский государственный университет правосудия»**Аннотация:** статья посвящена рассмотрению правового акта и правового договора в их сравнительном анализе. Автор показывает, что в характеристиках правового акта и правового договора есть место общим и особенным признакам.**Ключевые слова:** право, правовой акт, правовой договор, формы права, интегративное правопонимание.**LEGAL ACT AND LEGAL CONTRACT: GENERAL AND SPECIAL****R. R. Palekha**

The Central Branch of The Russian State University of Justice

Abstract: the article is devoted to the consideration of a legal act and a legal contract in their comparative analysis. The author shows that there is a place for common and special features in the characteristics of a legal act and a legal contract.**Key words:** law, legal act, legal contract, forms of law, integrative legal understanding.

Поступила в редакцию 26 июля 2021 г.

Исследование права в таких формах его организации, существования и внешней объективации, как правовой акт и правовой договор невозможно вне рамок методологического поля, создаваемого различными направлениями понимания права. В этой связи наибольший интерес представляет динамично развивающийся прогрессивный тип правового мышления, представленный интегративным правопониманием¹.

В целях раскрытия теоретико-правового потенциала интегративного правопонимания представляется необходимым обратиться к общей характеристике правопонимания как наиболее масштабной категории теории права. Изучение специальной литературы общей теории права позволяет констатировать, что категория «правопонимание» рассматривается в нескольких аспектах.

Во-первых, это проблематика как общей теории права, так и отраслевых юридических наук, относящихся к числу «вечных» тем, отличающихся предельной абстрактностью, масштабностью и имеющих значительный теоретико-прикладной характер.

Во-вторых, это теоретико-мировоззренческая платформа, система ценностных координат конкретного исследователя (в виде индивидуального правосознания), научной школы (в виде коллективного доктриналь-

индивидуального научного и педагогического стиля. Можно предложить уделить внимание педагогов-правоведов применению соответствующего краеведческого подхода как компоненту их квалификации.

Вывод. Правовые краеведческие знания, основанные на изучении правовых актов субъекта федерации или муниципального образования, должны быть представлены в содержании юридического образования по темам дисциплин, посвященным предмету и источникам конкретных правовых наук. Эти знания являются максимально приближенными к студенту, они наглядны, расширяют кругозор, формируют преемственность юристов разных поколений, почитание альма-матер, закрепляют познавательный интерес к праву, создают мотивацию трудиться в своем субъекте федерации или муниципальном образовании, оказывают влияние на формирование позитивной активной жизненной позиции.

Воронежский государственный университет

Сазонникова Е. В., доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права

E-mail: sazon75@mail.ru

Voronezh State University

Sazonnikova E. V., Doctor of Legal Sciences, Professor of Constitutional and Municipal Law Department

E-mail: sazon75@mail.ru

¹ См.: Канищев В. П., Палеха Р. Р. Интегративный подход к пониманию права как прогрессивный тип правового мышления // Вестник Воронежского института МВД России. Воронеж, 2018. № 2. С. 165–170.

ного правосознания), общества (в виде общественного правосознания), государства (в виде государственной идеологии).

В-третьих, это методологический ключ, лекало к изучению права и всей правовой и государственной действительности под тем или иным углом зрения, чем в значительной степени и объясняется плюрализм мнений в области понимания права и его сущности. Направленность правопонимания конкретного исследователя зависит от различных факторов, например, таких как: научной школы, в которой профессионально социализировался исследователь; тенденций развития юридической науки и общественных наук в целом; государственной идеологии и характера классовых борьбы; личностных научных предпочтений исследователя и других факторов.

Состояние современного правопонимания характеризуется наличием двух его направлений – классические типы правопонимания, соответствующие классической рациональности, предполагающей теорию корреспондентской истины, т.е. поиск объективной истины вне связи с оценивающим ее субъектом исследования (например, позитивистский тип правопонимания, естественно-правовой тип правопонимания), и постклассические типы правопонимания, соответствующие постклассической рациональности, предполагающей теорию когерентной истины, т.е. неразрывное рассмотрение объекта и субъекта, не предполагающей поиска объективной истины и рассматривающей объект через призму интерпретации субъекта. Этот период характерен для постиндустриального (информационного) общества. Это, например, такие направления в правопонимании, как феноменология, герменевтика, синергетика, коммуникативная теория права².

Обращаясь к предмету нашего исследования, в целях всестороннего рассмотрения и объективного представления правового акта и правового договора представляется обоснованным обращение к интегративному правопониманию. Так, В. В. Ершов, исследуя возможности интегративного правопонимания, пришел к выводу, что данный тип правопонимания «способствует регулированию разнообразных динамически развивающихся правоотношений, защите прав и правовых интересов физических и (или) юридических лиц»³. Данное наблюдение подтверждается широким пониманием регулятивного потенциала интегративного подхода в соответствии с которым «к формам международного и российского права – однородным элементам системы форм права (международного и российского права) в Российской Федерации можно отнести основополагающие принципы международного права, международные договоры, содержащие нормы права; международные обычаи, содержащие нормы права; основополагающие принципы российского права; нормативные

² См.: Сизова Н. М. Классическое и постклассическое правопонимание : онтологические, гносеологические, аксиологические и эпистемологические критерии соотношения // Философия права. 2014. № 1 (62). С. 88–91.

³ Ершов В. В. Теоретические и практические проблемы правопонимания, правотворчества и правоприменения // Российское правосудие. 2008. № 7. С. 4.

правовые акты, содержащие нормы права; нормативные правовые договоры, содержащие нормы права, и обычаи российского права, содержащие нормы права»⁴.

Таким образом, необходимо констатировать, что правовой акт и правовой договор выступают внешними формами права, что является их базовой общей характеристикой. Здесь особо хотелось бы обратить внимание, что правовой акт и правовой договор это именно формы, а не источники права. Как обоснованно отмечал В. П. Реутов, необходимо «...различать источники права, как истоки, порождающие право (экономика, нравственность, правосознание, доктрины и др.), и как внешние способы выражения и соответствующие им формы существования правовых норм»⁵. С. А. Дробышевский и Т. Н. Данцева к формальным источникам права обоснованно относят нормативный правовой акт и нормативный договор⁶.

Признание правового акта и правового договора в качестве форм права со всей очевидностью указывает на общее их наполнение, состоящее из норм права, принимаемых уполномоченными субъектами с соблюдением необходимых правотворческих процедур и способных к регулированию правоотношений.

Для предметной характеристики природы правового акта представляется интересным обратиться к рассмотрению Конституции Российской Федерации, выступающей разновидностью правового акта.

Конституция Российской Федерации – это писанный фундаментальный правовой акт, что нашло свое закрепление в ч. 1 ст. 15 Конституции РФ, в которой используется термин «правовые акты»⁷. В такой постановке вопроса прослеживается, что Конституция – это:

- разновидность родового понятия – право;
- самостоятельная форма национального (российского) права;
- форма права, содержащая как нормы права, так и принципы права,

что, собственно говоря, дает возможность утверждать, что Конституция – это не только нормативный правовой акт, содержащий только нормы права, но и правовой акт, в котором есть место принципам права, выступающим в качестве правовых регуляторов правоотношений. В этой связи В. В. Ершов приходит к обоснованному выводу, что «...принципы и нормы права, содержащиеся в Конституции, должны быть также и правовыми регуляторами конкретных правоотношений. В том числе осново-

⁴ Ершов В. В. Система форм права в Российской Федерации // Российское правосудие. 2009. № 1. С. 15.

⁵ Реутов В. П. Типы правопонимания и проблема источников и форм права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. № 2. С. 60.

⁶ Дробышевский С. А., Данцева Т. Н. Формальные источники права. М. : Норма : ИНФРА-М, 2011. С. 64–119.

⁷ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 01.07.2020 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 2020. № 31. Ст. 4398.

полагающие (общие) принципы права, содержащиеся в Конституциях, должны прямо применяться национальными судами в процессах рассмотрения конкретных споров (ad hoc)⁸.

Убедительной представляется позиция В. М. Шафирова, который обращает внимание на то, что «в современных условиях отсутствие нормы права не является непреодолимым препятствием при организации осуществления и непосредственном осуществлении прав и свобод личности... Но это удастся сделать не всегда и не всем субъектам. Данное обстоятельство позволяет высветить еще одну острую проблему – пробелов в профессиональном правосознании. Сегодня даже судьи не в полной мере готовы руководствоваться в своей деятельности Конституцией Российской Федерации, применять принципы, цели и т.д. права, что в конечном итоге не позволяет им выявлять действительный смысл правового регулирования»⁹.

Обращаясь к рассмотрению понятия «договор», необходимо указать, что обоснованно разграничивать такие категории, как «нормативный договор» и «индивидуальный договор». Так, В. В. Иванов, выделяя два типа договоров: «нормативные договоры» и «индивидуальные договоры», писал, что различие между ними «...перекрывается различием между правовыми результатами – правовой нормой и индивидуальным правовым установлением. Отсюда с необходимостью следует, что нормативный юридический договор выступает источником нормативного регулирования, а индивидуальный юридический договор – поднормативного»¹⁰.

К «универсальным» признакам указанных типов договоров В. В. Иванов относит: «...а) обособленность волеизъявлений субъектов, б) согласованность волеизъявлений субъектов, в) автономию волеизъявлений субъектов, г) формальное равенство субъектов, д) предполагаемое обязательное исполнение субъектами условий договора»¹¹.

М. Н. Марченко в числе «универсальных» признаков рассматриваемых договоров выделяет: «согласительный характер...; добровольный характер...; эквивалентный, в большинстве своем возмездный характер; обеспеченность в законодательном порядке; взаимно обязательный характер...», а в качестве «особых» признаков «нормативных правовых договоров» ученый указывает: «Во-первых, правовые договоры содержат в себе правовые нормы – правила общего и общеобязательного характера. Во-вторых, нормативный правовой договор может содержать в себе не только нормы, но и принципы права»¹².

По мнению В. В. Ершова, «российские правовые договоры – это самостоятельная форма национального права, содержащая специальные

(отраслевые) принципы и нормы права, регулирующие правоотношения, имеющие как универсальные (общие) признаки с иными формами российского права, так и специальные признаки, характерные только для них, например, согласованность, добровольность, свобода волеизъявления и т.д.»¹³.

Таким образом, краткий сравнительный анализ правового акта и правового договора, осуществленный в рамках интегративной парадигмы правопонимания, позволил выявить следующие их общие признаки: являются внешними формами права, состоят из норм и принципов права, способны к регулированию общественных отношений. К числу особых признаков правовых актов необходимо относить односторонний сознательно-волевой характер их создания в результате осуществления правотворческой деятельности различных управомоченных субъектов. К числу особых признаков правового договора необходимо относить согласованность, добровольность, свободу волеизъявления.

¹³ Ершов В. В. Регулирование правоотношений. М. : РГУП, 2020. С. 483.

Центральный филиал ФГБОУ ВО
«Российский государственный университет
права и правосудия»

Палеха Р. Р., кандидат юридических наук,
доцент, доцент кафедры теории и истории
права и государства

E-mail: paleharr@mail.ru

The Central Branch of The Russian
State University of Justice

Palekha R. R., Candidate of Legal
Sciences, Docent, Associate Professor of
the Theory and History of Law and State
Department

E-mail: paleharr@mail.ru

⁸ Ершов В. В. Регулирование правоотношений. М. : РГУП, 2020. С. 458.

⁹ Шафиров В. М. Проблема пробелов в праве и современное (интегративное) правопонимание // Российское правосудие. 2012. № 10. С. 7–9, 12.

¹⁰ Иванов В. В. Общие вопросы теории договора. М., 2000. С. 59.

¹¹ Там же. С. 125.

¹² Марченко М. Н. Особенности нормативно-правового договора как источника права // Вестник Московского университета. Сер. 11: Право. 2004. № 2. С. 6–7.

УДК 340.12

ЮРИДИЧЕСКИЙ ПОЗИТИВИЗМ И МЕСТО НОРМАТИВНОГО ПРАВОВОГО АКТА В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА¹

А. М. Михайлов

Московский государственный институт международных отношений

Аннотация: статья посвящена раскрытию связи между концепцией юридического позитивизма и значением нормативного правового акта как источника права. Обозначаются идейные предпосылки усиления значения нормативного акта в романо-германской правовой семье, раскрывается влияние концепции юридического позитивизма на систему источников права. Анализируются взгляды ключевых представителей английской аналитической юриспруденции XIX столетия на законодательство и судебный прецедент как источники права.

Ключевые слова: юридический позитивизм, нормативный правовой акт, источники права, общее право, аналитическая юриспруденция.

LEGAL POSITIVISM AND THE POSITION OF A NORMATIVE LEGAL ACT IN THE SYSTEM OF SOURCES OF LAW

A. M. Mikhailov

Moscow State Institute of International Relations

Abstract: the article is devoted to the disclosure of the connection between the concept of legal positivism and the role of statutory act as a source of law. The author identifies the ideological prerequisites for strengthening the significance of statutory act in the civil law system, reveals the influence of the concept of legal positivism on the system of sources of law. The views of the key representatives of the English analytical jurisprudence of the XIX century on legislation and judicial precedent as sources of law are analyzed.

Key words: legal positivism, statutory act, sources of law, common law, analytical jurisprudence.

Поступила в редакцию 20 июля 2021 г.

I. На современном этапе развития западной юридической традиции нормативный правовой акт признается ведущим источником позитивного права как в романо-германской правовой семье (*civil law*), так и в правовых системах, относящихся к семье общего (прецедентного) права (*common law*). После буржуазных революций и признания доктрины верховенства закона европейские юристы стали именовать XIX и XX столетия «законодательным фазисом права», а известный французский правовед М. Ориу охарактеризовал этот фазис как «централизацию источников права под господством закона»².

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00914 «Проект позитивизма сегодня: историческая траектория, проблемное поле и система юридического позитивизма в англо-американской традиции».

² Цит. по: Тарановский Ф. В. Энциклопедия права. СПб., 2001. С. 493.

© Михайлов А. М., 2021

Доминирование нормативных правовых актов в течение нескольких столетий закономерно сформировало представление о том, что «закон – лучший технический способ установления четких норм», позволяющий «воплотить в нормы законодательства права человека, идеи свободы, демократии, справедливости, равенства возможностей, конституционные принципы»³. В профессиональном сознании широко распространено убеждение в том, что именно нормативные юридические акты «в наибольшей степени соответствуют свойствам и ценности права, в максимальной мере способны к выявлению потенциальных возможностей и достоинств правового регулирования, к достижению юридического совершенства»⁴.

II. В романо-германской правовой семье идейные предпосылки для установления «господства» нормативного правового акта в системе источников права были сформированы тремя ведущими направлениями правопонимания XVIII–XIX столетий: школой естественного права, философией немецкого идеализма и исторической школой юристов.

Рационалистическая установка школы естественного права, выдвигавшая разум в качестве единственного источника и инструмента познания всеобщего и неизменного *ius naturale*, вполне закономерно привела к формированию представления о том, что закон является единственной формой, способной быстро и точно позитивировать принципы естественного права. Вера во всемогущество человеческого разума не могла не вызвать устойчивого стремления спроектировать будущее социума на основе масштабной кодификации⁵. Поэтому первым идеологическим основанием отраслевой кодификации европейского права в XVIII – начале XIX в. и ведущей причиной существенного повышения значения нормативного правового акта в системе источников позитивного права следует считать рационалистическую философию естественного права.

В учении Г. Гегеля закон рассматривается в качестве единственно возможной формы, посредством которой право обретает свою всеобщность и «истинную определенность»⁶. Исключительно через закон возможно познание содержания права в его определенной всеобщности⁷. И хотя немецкий философ исключал создание беспробельного законодательства, называя такое стремление «по преимуществу немецкой болезнью»⁸, вместе с тем именно с кодифицированным правом Г. Гегель связывал определенность и системность права, определял как «акт справедливости» вклад правителей, давших народу собрание законов или кодекс⁹. При этом философ негативно оценивал как «право юристов», закрепленное в

³ Леушин В. И. Романо-германское право // Правовые системы мира : учеб. пособие / отв. ред. А. Ф. Черданцев. Екатеринбург, 1995. С. 38–39.

⁴ Алексеев С. С. Общая теория права. М., 2008. С. 438.

⁵ См., например: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 2009. С. 45; Розин В. М. Генезис права : методологический и культурологический анализ. М., 2003. С. 181, 182.

⁶ Гегель Г. Философия права. М., 1990. С. 247.

⁷ См.: Там же.

⁸ Там же. С. 254.

⁹ См.: Там же. С. 253.

Corpus Juris Civilis, так и английское общее право, поскольку им чужда системность, фундированность во всеобщих началах, что неминуемо приводит к невероятной путанице при осуществлении правосудия¹⁰.

Историческая школа юристов содействовала усилению роли нормативного правового акта в системе источников права тем, что ее основоположники рассматривали свод законов как кульминационную фазу процесса правогенеза от обычая через «право юристов» к законному праву. Создание свода законов, по мнению Ф. К. фон Савиньи, должно осуществляться «только в такие времена, которые по образованию и знанию дела превосходят предшествующие»¹¹.

Помимо этого, Г. Ф. Пухта был убежден в том, что законодатель действительно выражает общее убеждение народа вне зависимости от того, «принимает ли он в свой закон уже установившееся юридическое воззрение или согласно истинному духу народа содействует образованию его»¹². Ученик Савиньи утверждал, что соблюдение законодателем конституционного порядка законотворчества достаточно для того, чтобы все, установленное законом, уже имело силу права по форме своего выражения¹³. Тем самым Г. Ф. Пухта – в расхождении с базовыми идеями исторической школы права – легитимировал не только законы, санкционирующие сложившиеся в общественной среде правила, но и законы, конституирующие новый правопорядок.

Поскольку правоведы континентальной Европы несколько столетий работали исключительно с *ius scripta*, истолковывали и систематизировали его содержание, то закономерно и то, что в эпоху монополизации государством правового регулирования именно нормативный правовой акт стал ведущим формальным источником права – он также, как в свое время *Corpus Juris Civilis*, носит письменный характер, обладает формальной определенностью, имеет единую организацию и систематизированное содержание. Подобно тому, как в юридическом позитивизме «тайнство «творения» права с Божества переносится на само государство»¹⁴, так и в традиции романо-германского права статус *ratio scripta*, придаваемый догматической юриспруденцией содержанию *Corpus Juris Civilis* и *Glossa Ordinaria*, переносится в XIX столетии на нормативные правовые акты, издаваемые законодательными и исполнительными органами государства.

132

III. Вместе с тем господствующее положение нормативного правового акта в системе источников позитивного права в континентальной Европе не было всецело обусловлено многовековой традицией догматической

¹⁰ См.: Гегель Г. Философия права. М., 1990. С. 248–249.

¹¹ Савиньи Ф. К. фон О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции // Система современного римского права / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М., 2011. Т. I. С. 138.

¹² Пухта Г. Ф. Энциклопедия права // Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010. С. 448.

¹³ См.: Там же. С. 449.

¹⁴ Поляков А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. М., 2016. С. 80.

юриспруденции. Значительную роль в усилении значения нормативного правового акта сыграл юридический позитивизм как философско-правовая концепция.

В качестве фундаментальных положений юридического позитивизма на европейском континенте в XIX столетии следует указать следующие: признание лишь положительного, установленного сувереном права, природа которого носит силовой характер; строгое различие должного (идеального) и сущего (положительного) права; ограничение объекта правоправления последним; определение в качестве цели ученого правоправления раскрытия внутренней логики языка положительного права.

Для представителей юспозитивизма подлинный источник права – есть манифестация волеизъявления суверена. Если «все право позитивно, все право «установлено» и только позитивное право является правом»¹⁵, то источник права – способ позитивизации, установления нормы в качестве правовой. Именно нормативный правовой акт, в отличие от правового обычая и судебного прецедента, в наибольшей степени подходит под такое понимание источника права, поскольку он вводится в юридическую силу односторонним актом установления верховной власти, не требует объективных социальных оснований для своей действительности. «Мерой» действительности нормативного правового акта выступает юридическая сила – искусственный критерий, позволяющий иерархически располагать, соподчинять правовые акты таким образом, чтобы их система выстраивалась наподобие «вертикальной» организации механизма государства.

Определяя право как результат одностороннего волеизъявления политического суверена, «первый» юридический позитивизм на европейском континенте исключает всякую децентрализацию в сфере правотворчества, если она не санкционирована «правотворческим монополистом», занимающим «пре-юридическое положение». С позиций юридического позитивизма исключается «правовой плюрализм» в сфере правообразования и правоустановления – право носит исключительно официальный, основанный на законе, единый в пределах государственной территории характер, а действие любых автономных от суверенной политической власти источников права не признается. Континентальный юридический позитивизм исходит из того, что «сверх закона действуют лишь те источники и виды положительного права, которые признаны законом, и только в пределах, точно законом установленных»¹⁶.

133

Соответственно, система источников позитивного права становится централизованной; принципом ее строения выступает юридическая сила, которая придается политическим сувереном, исключаются какие-либо источники *contra legem*. Все формальные источники права по характеру связи с властной инстанцией и порядку позитивизации подразделяются на *конституированные*, создаваемые суверенной властью, и

¹⁵ Bergbohm K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen. Erster Band: Einleitung. Erste Abhandlung: das Naturrecht der Gegenwart. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1892. S. 53.

¹⁶ Тарановский Ф. В. Указ. соч. С. 493.

санкционированные – формы выражения общеобязательных норм, при создании которых не совпадают по времени два момента – *нормативный* и *валидитарный*: сначала происходит формирование самих правил поведения, источника содержания норм (нормативный момент), а затем осуществляется придание правилу поведения юридической силы, создание источника обязательности норм (валидитарный момент)¹⁷.

Вся система источников позитивного права во главе с нормативным правовым актом с позиции юридического позитивизма носит условный, «рукотворный» характер, поскольку установлена и вменена подвластным носителем суверенной власти. Следовательно, действительность того или иного источника права зависит исключительно от его признания суверенной властью, а сами источники позитивного права различаются в зависимости от принадлежности к тому или иному политическому союзу.

Если до XIX столетия как в общественном, так и в профессиональном правосознании юристов основание действительности источника права не сводилось исключительно к волеизъявлению суверена, то актуализация и распространение юспозитивизма привели к исключению каких-либо объективных оснований правовой системы (природа вещей, разум, идея права, дух народа и др.). Следствием такого изменения стало то, что система источников права была признана изменяемой на основе формальной процедуры: посредством бланкетной нормы в законе или подзаконном акте суверен властен изменить ее в любом желаемом направлении, дополнив или исключив действие какого-либо источника права. Так, последовательно в русле юридического позитивизма высказывался Г. Ф. Шершеневич, указывая, что никакие формы права не могут существовать без воли государственной власти, поэтому юридическая доктрина не сама по себе является формой права, а лишь вследствие выраженной воли органов власти¹⁸. Аналогичным образом, Ю. С. Гамбаров утверждал, что прежде чем говорить о юридической доктрине как об источнике права, необходимо «доказать существование нормы, которая признавала бы за юристами способность к созданию такого права»¹⁹. При отсутствии же нормы, признающей обязательность доктринальных положений, нет оснований для отождествления *условного* авторитета юридической доктрины с *безусловным* авторитетом закона и обычного права.

134

IV. В истории английского права XIX столетие является и периодом, когда целый ряд идей юридического позитивизма становится влиятельным в профессиональном правосознании юристов, и временем стремительного развития статутного права, масштабной консолидации законодательства.

На наш взгляд, в усилении значения нормативного правового акта в английской правовой системе значимую роль сыграла *номиналистическая гносеологическая установка в учении И. Бентама*. Английский мыс-

¹⁷ См.: Муравский В. А. Актуальное право : происхождение, сущность, источники, соотношение с законом. Екатеринбург, 2004. С. 351–352.

¹⁸ См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1910. Вып. 1. С. 370, 372.

¹⁹ Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. СПб., 1911. С. 342.

литель признавал действительное существование лишь отдельных вещей с их индивидуальными свойствами, а общие понятия рассматривал как не имеющие собственной сущности имена конкретных вещей. Соответственно, в учении Бентама к фиктивным сущностям отнесены все вещи, которые хотя и имеют грамматическое выражение в виде тех или иных существительных, но не обладают доступными для непосредственного опыта референтами. Поскольку Бентам не находил никаких референтов, соответствующих термину «право», постольку он признавал последнее фиктивной сущностью, в то время как отдельные законы или их совокупность считал сущностями реальными. В работе «Комментарий к комментариям» (1775 г.) Бентам утверждает: «Чтобы знать, что есть право вообще, мы должны знать, что такое закон, а если мы знаем, что представляет собой закон, то мы в любом случае придем к пониманию права вообще»²⁰.

Родоначальник утилитаризма ратовал за коренную реформу английского *common law*, за замену прецедентного «собачьего» права кодифицированным законодательством не только потому, что содержание законодательного права носит значительно более определенный и рациональный характер, способно исключить произвол и злоупотребления юристов, но и потому, что оно может стать действенным средством позитивизации принципов утилитаризма, заложенных в самой природе человека.

Однако проект всеобщей кодификации английского права Бентама, как известно, до сих пор не реализован в правовой системе Англии. Причина, на наш взгляд, состоит в том, что представления Бентама о должной организации правовой системы шли вразрез с традицией общего права. Та степень централизации правоустановления, которая следует из учения Бентама, совершенно не характерна для прецедентного права. Проблематично утверждать, что английское прецедентное право устанавливается определенным носителем суверенной власти, последовательно выстраивается на принципе полезности, носит целостный и когерентный характер. Прецедентная юридическая культура основывается не на официальном санкционировании носителем суверенной власти правотворчества судей, а на *usus fori*.

Многовековая практика вынесения судьями вышестоящих английских судов решений прецедентного характера требовала согласования и с «командной концепцией» права Д. Остина как общих приказов суверена, обеспеченных угрозой применения наказания. Основоположник аналитической юриспруденции был вынужден создать юридическую фикцию «молчаливого санкционирования» сувереном фактически сложившейся судебной практики²¹, поскольку без нее было невозможно согласовать способ установления и действия прецедентного права с «командной» концепцией права.

²⁰ Bentham J. A Comment on the Commentaries // Collected Works of Jeremy Bentham. A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government. London, 1977. P. 7.

²¹ См.: Ллойд Д. Идея права. Репрессивное зло или социальная необходимость. М., 2002. С. 297; Богдановская И. Ю. Прецедентное право. М., 1993. С. 44.

135

Дальнейшее развитие английской юриспруденции свидетельствует о том, что позиция Д. Остина, защищавшего прецедентное право от критических выпадов Бентама, взяла верх над стремлением родоначальника утилитаризма осуществить всеобщую кодификацию английского права. Так, *III. Амос* в «Систематическом изложении юридической науки» в числе источников права наряду с прямым статутным и делегированным законодательством, кодификацией, указывает и судебное законодательство (*judicial legislation*), куда включает право справедливости, создание юридических фикций, расширительное или ограничительное толкование правовых текстов, санкционирование обычаев, инкорпорацию элементов зарубежного права, признание мнений авторитетных юристов, создание правил судебной процедуры, прямое законотворчество под покровом «права природы», «естественного разума», «естественной справедливости», «здорового смысла», «общей пользы»²². Другой представитель аналитической юриспруденции *Д. Салмонд* выделял пять юридических источников права – законодательство, обычай, прецедент, профессиональные мнения юристов и конвенциональное право²³. При этом правовед утверждал, что «превосходство законодательства над всеми иными методами юридической эволюции таково, что тенденция развития цивилизации требует признать его исключительное требование и отказаться от иных инструментов как от реликвий младенчества права»²⁴.

Противопоставляя законодательство судебному прецеденту *Д. Салмонд* выделял пять несомненных преимуществ первого над вторым. Во-первых, законодательство выступает не только эффективным способом установления новых норм права, но и средством их отмены. Во-вторых, законодательство, в отличие от судебного прецедента, обеспечивает разделение функций по установлению законов и их реализации. В-третьих, посредством процедуры промульгации законодательство позволяет произвести надлежащее обнародование права. В-четвертых, законодательство обладает преимуществом перед прецедентом в том плане, что является способом установления норм, регулирующих правовые ситуации, которые способны возникнуть в будущем. В-пятых, законодательство лучше судебного прецедента и в плане абстрактности правил, ясности, простоты нахождения соответствующих норм, строгой словесной формы выражения права²⁵.

²² *Amos S.* A systematic view of the science of jurisprudence. London, 1872. P. 52–53.

²³ *Salmond J. W.* Jurisprudence or the Theory of the Law. London, 1902. P. 111.

²⁴ *Ibid.* P. 119.

²⁵ *Ibid.* P. 119–123.

Московский государственный институт международных отношений

Михайлов А. М., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения международного-правового факультета

E-mail: antonmikhailov@hotmail.com

Moscow State Institute of International Relations

Mikhailov A. M., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Theory of Law and Comparative Law of International Law Faculty

E-mail: antonmikhailov@hotmail.com

«ВТОРИЧНЫЕ ПРАВИЛА» И ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЯ ПРАВОПОРЯДКА: МОДЕЛЬ «ПРОИСХОЖДЕНИЯ ПРАВА» В УЧЕНИИ ГЕРБЕРТА ХАРТА¹

С. Н. Касаткин

Самарский государственный экономический университет

Аннотация: статья эксплицирует элементы «теории происхождения права» в авторитетной концепции британского философа и правоведа Герберта Харта (1907–1992). В статье подчеркивается схематизм модели Г. Харта, направленной прежде всего на обоснование идеи права как системы правил и акцентирующей процессы усложнения (формализации и институционализации) соционормативного регулирования, отмечается ряд ее ограничений исторического и общетеоретического плана.

Ключевые слова: Г. Л. А. Харт, юридические правила, первичные правила, вторичные правила, правопорядок, теория происхождения права, системность права, источники права.

“SECONDARY RULES” AND INSTITUTIONALIZATION OF LEGAL ORDER: A MODEL OF “ORIGIN OF LAW” IN HERBERT HART’S DOCTRINE

S. N. Kasatkin

Samara State University of Economics

Abstract: this article explicates elements of a “theory of origin of law” in the authoritative conception of a British philosopher and jurist, Herbert Hart (1907–1992). The article highlights schematism of H. Hart’s model, aimed primarily at substantiating the idea of law as a system of rules and emphasizing processes of complication (formalization and institutionalization) of socio-normative regulation, and also states a number of its historical and general theoretical limitations.

Key words: H. L. A. Hart, legal rules, primary rules, secondary rules, legal order, theory of origin of law, systemic character of law, sources of law.

Поступила в редакцию 8 августа 2021 г.

Введение. Обращение к истории формирования базовых элементов и категорий правовой реальности является значимым аспектом и способом объяснения ее глубинных свойств, структур и детерминирующих факторов, ее современного состояния и развития. Это же касается и исследований феномена правового акта и системы юридических источников в целом, составляющих предметное поле настоящей конференции. В этом контексте статья обращается к учению о праве известного британского философа и правоведа Герберта Харта, содержащему описание перехода от доправового состояния к правовой системе и связанных с этим институциональных средств. Концепция Г. Харта рассматривается здесь в ка-

¹ Публикация подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований, проект № 20-011-00914 «Проект позитивизма сегодня: историческая траектория, проблемное поле и система юридического позитивизма в англо-американской традиции».

честве одного из авторитетных образцов теоретизирования, специально не обсуждаемых в отечественной литературе о происхождении права и требующих оценки своей состоятельности и значения. Структурно статья включает в себя обзор взглядов мыслителя на право и его становление / институционализацию, а также оценку ее статуса и объяснительного потенциала.

Концепция Г. Харта: право (правопорядок) и его становление.

В своем базовом труде «Понятие права» (1961) Герберт Харт предлагает осмысливать право в качестве единства / системы первичных (обязывающих) и вторичных (управомочивающих) правил². Сами правила трактуются им как стандарты, принимаемые членами сообщества в качестве руководств для собственного поведения и оснований оценки и критики поведения других лиц³. При этом правило считается правовым, т.е. обладает юридической действительностью, при двух общих условиях: если а) в обществе существует в целом действенный правопорядок и б) рассматриваемое правило соответствует критериям юридической действительности, принятым в данном правопорядке⁴.

Собственное понимание права раскрывается и обосновывается британским мыслителем с помощью различных способов / стратегий. Одной из них является очерчивание своей позиции в сравнении с другими правовыми доктринами, прежде всего в перспективе критики «простой модели» права как приказов суверена, введенной предшественником Г. Харта Джоном Остином (для Г. Харта такая модель «не соответствует фактам», будучи неспособной объяснить многообразие правил, их социальных функций, природу суверена, а главное – саму нормативность права, предполагающую «принятие» правил участниками правового общения)⁵. Другим подобным способом / стратегией – представляющей интерес для настоящей статьи – выступает историческая концептуализация права, где его объяснение как системы правил осуществляется в контексте обсуждения перехода от доправового состояния общества к формированию в нем правового порядка⁶.

Итак, что, по мнению Г. Харта, представляет собой доправовое / «примитивное» общество и его нормативную регламентацию? Согласно автору, речь идет о сообществе, где отсутствуют обособленные органы власти: законодатель, суды и «должностные лица», а управление / регуляция осуществляется лишь посредством обычаев (или, в терминологии Г. Харта, «первичных правил обязательства»), в целом принимаемых членами сообщества и не имеющих деления на моральные, правовые («официальные») и т.п.⁷ В числе условий выживания общества с подобной регламентацией

автором, в частности, называются: а) наличие нормативных ограничений / наказаний за применение насилия, воровство и обман, требуемых для сосуществования (то, что далее будет именоваться «минимальным содержанием естественного права»⁸), а также позитивных обязанностей в пользу общества, б) необходимость того, чтобы лица, соблюдающие правила лишь из-за страха наказания, составляли меньшинство сообщества по сравнению с конформным большинством, что обеспечивает в их отношении достаточный уровень социального давления⁹. Данные условия, в свою очередь, выводятся Г. Хартом из «наиболее очевидных трюизмов» о природе человека и мира. К таким характеристикам природы человека, его целей и окружения мыслитель, в частности, относит: а) уязвимость людей, б) их примерное равенство, в) ограниченный альтруизм, г) ограниченные ресурсы, а также д) ограниченное понимание и силу воли¹⁰.

Описанный «режим неофициальных правил», по мнению Г. Харта, постоятелен лишь для небольшого сообщества, связанного узами родства, общим чувством и верой и пребывающего в устойчивой среде¹¹. В иных обстоятельствах он недостаточен, обнаруживая три фундаментальных дефекта, присущих примитивной нормативной регламентации (соответствующей «социальной структуре») и требующих исправления. Во-первых, это ее неопределенность: неспособность участников общения четко установить, в чем состоят существующие правила или каков их охват, в силу отсутствия процедуры устранения таких сомнений, что, в свою очередь, производно от несистемности / обособленности первичных правил, которые не имеют общего или отличительного признака и объединены лишь фактом своего принятия конкретной социальной группой¹². Во-вторых, это статичность первичных правил: отсутствие механизма сознательного приспособления правил к меняющимся обстоятельствам через отмену прежних или введение новых стандартов (в ранних формах регламентации доступно лишь медленное преобразование от возможности до типичности и необходимости некоего поведения, и наоборот)¹³. В-третьих, это неэффективность социального давления, обеспечивающего соблюдение первичных правил: постоянная спорность вопроса о нарушении некоего правила в конкретном случае, вызванная отсутствием органа, уполномоченного устанавливать подобный факт¹⁴.

По мысли Г. Харта, исправление указанных дефектов примитивного социального регулирования возможно (и, судя по всему, фактически осуществлялось) через дополнение первичных правил особыми вторичными правилами. Такое дополнение рассматривается автором в качестве исторического движения по преобразованию режима примитивной регламен-

² См.: *Hart H. L. A. The Concept of Law*. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2012. Ch. V.

³ См.: *Ibid.* P. 55 ff., 85 ff., etc.

⁴ См.: *Ibid.* Ch. VI.

⁵ См.: *Ibid.* Ch. II–IV.

⁶ См.: *Ibid.* Ch. V, s. 3.

⁷ См.: *Ibid.* P. 91, 169, etc.

⁸ См.: *Ibid.* P. 193 ff.

⁹ См.: *Ibid.* P. 92.

¹⁰ См.: *Ibid.* Ch. XIX, s. 2. См. также: *Ibid.* P. 128 ff.

¹¹ См.: *Ibid.* P. 92.

¹² См.: *Ibid.*

¹³ См.: *Ibid.* P. 92–93.

¹⁴ См.: *Ibid.* P. 93.

тации в правовую систему, а также в качестве достаточного условия этого преобразования¹⁵. В трактовке Г. Харта, соответствующие вторичные правила имеют особую природу и выступают метастандартами, касаясь не тех или иных действий, а регулирующих их первичных правил: они специфицируют то, как возможно окончательное удостоверение, введение, отмена и изменение первичных правил, а также окончательное установление факта их нарушения¹⁶. В числе такого рода вторичных метаправил Г. Харт называет правила признания, изменения и судебного решения, соответственно направленных на устранение проблем неопределенности, статичности и неэффективности примитивного регулирования¹⁷.

Так, согласно правоведам, правило признания фиксирует признак или набор признаков, наличие которых у предполагаемых стандартов принимается сообществом в качестве исчерпывающего утвердительного указания на их юридический статус и должное подкрепление социальным давлением¹⁸. Иначе говоря, правило признания определяет «авторитетные критерии идентификации» юридических правил, по сути, указывая на «формальные» / «юридические» источники права как основания юридической действительности рассматриваемых правил в правовой системе¹⁹. Согласно Г. Харту, соответствующие критерии могут заключаться в любой из множества форм: а) в простой ссылке на авторитетный текст или перечень правил в ранних правовых порядках или б) в ссылке на факт постановления монарха, либо же в) в присущей развитым системам более сложной совокупности указаний на общие характеристики правил, порождающей множественность источников права (конституции, законодательные постановления, обычная практика, декларации официальных лиц, судебные решения) и их ранжирование по первенству и подчинению²⁰. В любой из форм правило признание несет в себе идею правовой системы, придавая единство подпадающим под ее критерии поведенческим стандартам²¹.

Схожим образом действуют два других типа вторичных правил. Правила изменения (по сути, правотворчества) наделяют лицо или группу лиц полномочиями по введению новых и отмене прежних правил, принимая разные по сложности формы, предусматривая объем полномочий и правотворческую процедуру²². Правила суда предоставляют лицам право определять, нарушено ли в конкретном случае некое правило, а также могут устанавливать обязательную судебную процедуру²³. При этом названные типы норм тесно связаны с правилом признания: их наличие в

правовом порядке предполагает, что принятое правило признания включает ссылки на правотворческую процедуру или судебное решение в качестве форм официальной идентификации юридических стандартов²⁴.

Итогом рассуждений Г. Харта становится то, что в его доктрине описанные правила признания, изменения и суда выступают одновременно как условия / показатели существования правового порядка (основания истинности соответствующих утверждений) и как эволюционные институциональные механизмы преодоления дефектов нормативного регулирования примитивных обществ и формирования систем права.

Теоретико-историческая модель Г. Харта: оценка. Прежде всего, следует учесть, что в обсуждении процессов перехода от доправового общества к правовому порядку целью Герберта Харта было не построение самостоятельной концепции происхождения права, а обоснование своего видения права как системы первичных и вторичных правил²⁵. Отсюда изложенная доктрина вряд ли претендует на статус целостной и всеобъемлющей теории происхождения права, выступая весьма схематичной моделью, ограниченной параметрами авторского проекта аналитической юриспруденции и потенциально комплементарной иным теориям подобного рода.

Построения Г. Харта трудно четко отнести к обсуждаемым в отечественной литературе традиционным учениям о происхождении права (и государства), притом что между ними обнаруживается ряд пересечений. Так, моделируя доправовое общество, британский мыслитель отталкивается от определенных «истин» о природе человека, что присуще, например, авторитетным для него представителям договорных теорий: Т. Гоббсу, Дж. Локку и др.²⁶ Однако он явно не разделяет идеи естественного права и общественного договора (и в целом метафизические, религиозные или ценностно-идеологические схемы), трактуя упомянутые «истины» скорее как антропологически подтверждаемые данности и подчеркивая (исторически удовлетворяемую) функциональную необходимость соответствующих юридико-нормативных механизмов для развивающихся сообществ²⁷. Не отвергает (и не абсолютизирует) Г. Харт и роли социальных, культурных, организационных, силовых и пр. факторов трансформации примитивных обществ и форм регулирования, акцентируемых в различных доктринах происхождения права: по сути, данные факторы остаются за рамками анализа, будучи так или иначе совместимыми с подходом автора. Г. Харт объясняет становление права прежде всего в русле процессов усложнения соционормативного регулирования, центрируя его формализацию и институционализацию, что получает отражение и в других теориях происхождения права. При этом, однако, мыслитель

¹⁵ См.: *Hart H. L. A. Op. cit.* P. 94.

¹⁶ См.: *Ibid.*

¹⁷ См.: *Ibid.* P. 94 ff.

¹⁸ См.: *Ibid.* P. 94.

¹⁹ См.: *Ibid.* P. 100–101.

²⁰ См.: *Ibid.* P. 94–95, 100–101, 294.

²¹ См.: *Ibid.* P. 95.

²² См.: *Ibid.* P. 95–96.

²³ См.: *Ibid.* P. 96–97.

²⁴ См.: *Ibid.*

²⁵ См., например: *Ibid.* P. 81, 98 ff. См. также: *Raz J. Ethics in the Public Domain.* Oxford : Oxford University Press, 1994. P. 203 ff.; *Schauer F. (Re)Taking Hart // Harvard Law Review.* 2006. Vol. 119. P. 852–883; и др.

²⁶ О соответствующих отсылках Г. Харта см.: *Hart H. L. A. Op. cit.* P. 303, 302.

²⁷ Об антропологических основах рассуждений Г. Харта см.: *Ibid.* P. 291–292.

воздерживается от широких структурно-функциональных обобщений и ценностных аналогий (подобно органическим или патриархальным учениям), сосредотачиваясь на узких аспектах становления правопорядка: дифференциации и специализации правил второго уровня, учреждающих критерии, субъекты и процедуры для обеспечения минимальной системности права. Не обсуждает Г. Харт и взаимосвязь эволюции права и государства, явно подразумевая таковую (например, в существе правил изменения, суда и в развитых правилах признания). Вместе с тем, в отличие от классического позитивизма, государство, его органы и должностные лица, всегда мыслятся автором в рамках идейно-нормативного каркаса правил²⁸.

Учитывая существенный схематизм доктрины Г. Харта, ее объяснительный потенциал (в целом адекватный целям британского правоведа) допускает разные оценки и вполне может не удовлетворять тех, кто ищет более масштабного и обстоятельного анализа истоков права.

Как теоретическая модель концепция Г. Харта подчеркивает аспекты, важные для понимания права и, тем самым, для фокусировки исследований его генезиса и эволюции. Речь прежде всего идет о праве как нормативной системе, об обеспечивающих ее особых вторичных правилах, о специфике правила признания, выступающем (в противовес суверену Дж. Остина или даже «Grundnorm» Г. Кельзена) основанием правопорядка и фиксирующем через отсылку к «источникам» принятые критерии и границы юридической действительности.

Вместе с тем, можно говорить и о ряде слабостей модели Г. Харта и в историческом, и в общетеоретическом плане. Так, исходя из имеющихся сегодня данных, регуляция в «доправовых» обществах и ее развитие имеют более комплексный характер. Например, с одной стороны, «примитивное» поведенческое регулирование включало более разнообразный и менее формализованный аппарат, несводимый к конструкции «правил», тем более сугубо обязывающего вида²⁹. С другой стороны, слишком строгим / упрощенным и спорным может видаться разграничение доправового и правового порядков через учреждение вторичных правил признания, изменения и суда, вследствие чего из пространства «правовых систем» вычеркивается множество обществ с менее формализованными механизмами правотворчества и разрешения конфликтов³⁰. К тому же само принятие автором современного западного государственно-организованного порядка как центрального случая права расходится с уравнивающими методологическими установками современной антропологии³¹.

²⁸ Ср., например: *Hart H. L. A. Op. cit.* P. 98, а также ch. IV.

²⁹ См.: *MacCormick N. H. L. A. Hart. 2nd ed.* Oxford : Oxford University Press, 2008. Ch. 9.

³⁰ См., например: *Roberts S. Order and Dispute : an Introduction to Legal Anthropology.* London : Penguin, 1979. P. 23 ff.

³¹ Ср., например: *Синха С. П. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс.* М. : Академия, 1996. Гл. 2; *Рулан Н. Антропология права.* М. : Норма, 1998. Ч. 1; и др.

В теоретическом плане очевидно смешение Г. Хартом различных оснований дифференциации (юридических) стандартов в рамках дихотомии «первичных – вторичных» правил³², в связи с чем, например, выглядит непоследовательным жесткое отнесение норм первого порядка лишь к обязывающим, а второго порядка – к управомочивающим правилам. Нуждаются в большем прояснении взаимные связи метаправил³³, в частности, возможность обособленного существования и идентификации правила признания от правил правотворчества и судебного решения. Проблемным кажется и сведение правила признания к фиксации набора формальных источников права, по сути, недостаточных для окончательного установления действительности конкретных правил и требующих своего дополнения возможными содержательными критериями юридической силы и / или определенными стандартами юридической интерпретации³⁴. Наконец, даже если ограничиться составом правовых стандартов (без анализа институциональных, социокультурных и др. основ поведенческой регламентации), предпочтительней вести речь о множественности – неучтенных в модели Г. Харта – механизмов обеспечения системности права: возможности нескольких правил признания, разнотипных метаправил, правил умолчания, а также множества полностью не формализуемых правовых принципов, целевых установок и т.д.³⁵

³² Ср., например: *Green L. Introduction // Hart H. L. A. The Concept of Law. 3rd ed.* Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 314; и др.

³³ См., например: *MacCormick N. Op. cit.* Ch. 9.

³⁴ См., например: *Dworkin R. Taking Rights Seriously.* 2nd ed. Cambridge, Ma. : Harvard University Press, 1978. Ch. 2–3; *Dworkin R. Law's Empire.* Cambridge, Ma. : Harvard University Press, 1986. Ch. 2; *Shecaira F. Sources of Law are not Legal Norms // Ratio Juris.* 2015. Vol. 28. P. 15–30; *The Cambridge Companion to Legal Positivism.* Cambridge : Cambridge University Press, 2021. Ch. 19; и др.

³⁵ См., например: *Dworkin R. Taking Rights Seriously.* Ch. 2–4, 13; *Raz J. The Concept of a Legal System.* 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1980. P. 197–200, etc.; *Альчуррон К. Э., Булыгин Е. В. «Нормативные системы» и другие работы по философии права и логике норм.* СПб. : СПбГУ, 2013; и др.

Самарский государственный экономический университет

Касаткин С. Н., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права и философии Института права
E-mail: kasatka_s@bk.ru

Samara State University of Economics
Kasatkin S. N., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor at Theory of Law and Philosophy Department of Law Institute
E-mail: kasatka_s@bk.ru

РАЗВИТИЕ КОНЦЕПЦИИ ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА В ХРИСТИАНСКОЙ ДОКТРИНЕ

Е. А. Костенникова

Юго-Западный государственный университет

Аннотация: данная работа посвящена выявлению главных положений естественного права и их отражению в христианской доктрине от момента возникновения христианства и до современных христианских концепций. Автор сравнивает Ветхий Завет, где был установлен правовой порядок для иудейского общества, с последующим христианским учением, которое утвердило приоритет естественного права. Особое внимание уделяется взглядам современного теолога Й. Ратцингера.

Ключевые слова: естественное право, доктрина, христианство, правовой порядок, нормы, универсализм, партикуляризм.

DEVELOPING THE CONCEPT OF NATURAL LAW IN CHRISTIAN DOCTRINE

E. A. Kostennikova

Southwestern State University

Abstract: this work is devoted to identifying the main provisions of natural law and their reflection in Christian doctrine from the moment of the emergence of Christianity to modern Christian concepts. The author compares the Old Testament, which established a legal order for Jewish society, with subsequent Christian teaching, which affirmed the priority of natural law. Special attention is paid to the views of the modern theologian J. Ratzinger.

Key words: natural law, doctrine, Christianity, legal order, norms, universalism, particularism.

Поступила в редакцию 15 июля 2021 г.

На протяжении всей двухтысячелетней истории для христианства характерна преемственность традиций и тех основополагающих идей, которые были сформулированы на первом этапе его становления. Среди множества проблем, которые поднимались христианскими богословами, одной из важнейших является проблема сущности права. Эта проблема сопутствует всей истории христианства с момента его зарождения и до наших дней.

144

В целях более полного освещения проблемы христианского понимания сущности права мы обратимся к истокам христианства – Ветхому Завету. Как известно, Ветхий Завет, в отличие от Нового, изобилует социальными, правовыми и даже политическими нормами. Можно сказать, что сама суть и назначение ветхозаветного учения заключались как раз в том, чтобы установить определенный правовой и социальный порядок. Важно отметить, что ветхозаветное учение никогда не стремилось к всеобщности и универсальности. Наоборот, конкретный субъект, которому предписаны все установления – народ Израиля, т.е., закрытое и сплоченное на основании происхождения и религии сообщество. Еврейский народ сознавал свою исключительность и особое положение. В силу этого

большинство ветхозаветных предписаний носят характер исключительного права и не распространяются на иноверцев. Наличие конкретных норм и правил поведения вполне соответствует духу ветхозаветного партикуляризма.

Нельзя не отметить точку зрения некоторых ученых, полагающих, что несправедливо вовсе лишать ветхозаветные предписания свойства универсальности. Так, Хосе Мария Вегас пишет, что Ветхий Завет – существенная часть истории прогрессивного морального познания. Религиозное и моральное переживание Израиля хоть и самобытно, но открыто окружающим его культурам¹. Юзеф Майка отмечает, что в Ветхом Завете закреплены общие положения, принципы и морально-правовые оценки, которые имеют всеобщее и непреходящее значение. Именно они, по мнению социолога, легли в основу христианского гуманизма, христианской социальной доктрины и заложили основы всей европейской цивилизации². Особое внимание вопросу универсализма ветхозаветного учения уделяет католический богослов Йозеф Ратцингер (Римский понтифик на покое Бенедикт XVI). Он называет Израильский народ носителем универсального обетования и отмечает, что уже в книгах Моисея можно обнаружить субстанциональный момент: Израиль существует не просто сам по себе – лишь для того, чтобы жить по «вечным» правилам закона – он существует для того, чтобы стать светом народов³. Ратцингер поясняет, что обетование спасения, согласно Ветхому Завету, адресовано всем народам, но Израиль является первым, кому обетование открылось и через кого оно будет реализовано: «Мы слышим, что Его узнают все народы, что Египет и Вавилон – две мировые державы, противостоящие Израилю, – протянут руки к Израилю и будут вместе с ним молиться единому Богу. Мы слышим, что исчезнут границы и что Бог Израиля будет признан и почитаем всеми народами как их Бог, как Единый Бог»⁴.

Итак, согласимся, что ветхозаветное учение не лишено идей универсальности. Тем не менее, в буквальном прочтении общественно-правовые порядки иудеев не могли быть перенесены на все народы. Ветхозаветный закон, изначально имевший непреложный ритуальный характер, в результате тысячелетней истории стал формализованным и наполнился религиозно-моральными санкциями. Миссия Христа заключалась в том, чтобы, не отвергая традиций, пересмотреть глубинный смысл ветхозаветного учения. Христос, провозглашая всеобщность и универсальность Божественных установлений, разрушает внутренние и внешние границы сложившихся общественных порядков. Внутренние – надуманный формализм и ритуальность социально-правовых предписаний; внешние – освобождение от ориентации исключительно на закрытое иудей-

145

¹ См.: Августин Блаженный. Об истинной религии. Теологический трактат. Минск, 1999.

² См.: Августин Блаженный. Творения. СПб., 1998. Т. 3: О Граде Божьем. С. 49.

³ См.: Ратцингер Й. Иисус из Назарета. СПб., 2009. С. 126.

⁴ Там же. С. 127.

ское сообщество. Еще раз подчеркнем, что сам по себе Закон для Христа непреложен. Как указывает Катехизис Католической церкви, «проповедь Господня не только не отменяет и не обесценивает моральные предписания ветхого закона, но напротив, выявляет его скрытые возможности, извлекая из него новые требования»⁵.

Иисус Христос не вводит новых внешних правил взамен старых порядков и законоположений, поскольку установление конкретных норм нивелирует идею универсализма Его учения. Миссия Христа – провозглашение нового союза между Богом и человеком. Опираясь на этот союз, люди вольны определять, что в политическом и социальном устройстве сообразно этому союзу воли, а что нет, и тем самым самостоятельно формировать правовые отношения. Как отмечает Йозеф Ратцингер, конкретные правовые и социальные идеи, политические уложения перестали закрепляться как незыблемые нормы сакрального права, соблюдаемого непреложно во все времена и всеми народами. «За отсутствием социального плана в проповеди Иисуса, – пишет ученый, – обнаруживается скрытый процесс всемирно-исторического значения, не имеющий аналогов ни в каком другом культурном пространстве: конкретные политические и социальные установления выводятся за пределы непосредственной сакральности, за пределы религиозного закона и отдаются на волю человека, который утверждает в воле Бога и осознает, что есть право и что есть добро»⁶.

Именно в этом направлении впоследствии стала развиваться правовая концепция западной христианской церкви. Уже в I–II в. в трудах христианских богословов мы можем наблюдать тенденцию к пониманию права в более широком смысле, нежели простой совокупности законов. Это право соотносится с Божественной волей. Так, святой Иустин Философ (ок. 100–165 гг.) в «Апологии» говорит о том, что не все законы совершенны, поскольку «и злые ангелы могут устанавливать законы, соответствующие их порочности, но и в таких законах находят удовольствие люди»⁷. Иустин рассматривает право и религию как единое и неразрывное целое. И государственное управление, и законы, и религию философ относит к единой сфере нормативно-регулятивного воздействия на поведение людей. «Идеальным» законодателем Иустин видит Моисея: его законы применялись не только для регулирования общественных отношений, но также для нравственного и морального воспитания людей, для постижения божественной воли и углубления веры. По мысли святого Иустина, христиане, будучи одновременно гражданами «земными и небесными», призваны не просто формально повиноваться земным законам, но «превзойти» их в своей морали, нравственности и богочитании.

Фундаментальным основанием правового учения, на которое опирались раннехристианские богословы, стала теория естественного права.

Знаменитый апологет Тертуллиан (155/65–220/40 гг.) ссылается на античное учение о естественном праве в таких сочинениях, как «Апологетик» и «К Скапуле». Он полагает, что зло, творимое людьми, кроется не в самой человеческой природе, а скорее, в несправедливых социальных порядках. И люди совершают зло именно тогда, когда они нарушают природный закон. Одним из ярчайших проявлений естественного права Тертуллиан считает свободу совести. Свобода – свойство человеческой природы, и поэтому право каждого быть свободным, в том числе и в выборе религии, есть естественное право. Тертуллиан полагает, что это право универсально, оно не должно иметь исключений. Осуждая гонения христиан, он обвиняет римское государство в непоследовательности: с одной стороны, власти Рима позволяют египтянам поклоняться животным и терпят существование бессмысленных и изуверских культов, а с другой – не разрешают христианам поклоняться их Богу. Римские правители, по словам философа, лишают естественный закон универсальности, а следовательно, упраздняют его.

Нельзя не упомянуть учение еще одного раннехристианского автора – Лактанция (ок. 250 – ок. 325 гг.), которого за любовь к риторике иногда называют «христианским Цицероном». В сочинении «Божественные установления» он рассуждает об общечеловеческих ценностях и универсальной этике. Он уверенно повторяет мысль Цицерона о том, что «истинный закон – это разумное положение, соответствующее природе, распространяющееся на всех людей, постоянное, вечное, которое, приказывая, призывает к исполнению долга, запрещая же, отпугивает от преступления. Отменить его полностью невозможно, и мы ни постановлением сената, ни постановлением народа освободиться от этого закона не можем. И не будет одного закона в Риме, другого – в Афинах, одного – ныне, другого – в будущем. Нет, на все народы в любое время будет распространяться один извечный и неизменный закон, причем будет один общий как бы наставник и повелитель всех людей – Бог, создатель, судья и автор закона»⁸.

Итак, начала естественно-правовой теории как части христианской концепции заложены уже первыми теоретиками христианства. Как отмечает Г. Г. Майоров, латинские апологеты способствовали оформлению и прояснению христианского мировоззрения. Они отчасти поставили это мировоззрение в связь с античной классической традицией, отчасти противопоставили его этой традиции, выделив как элементы общности, так и его специфику⁹. Полагаем, что это утверждение также справедливо и в отношении естественно-правовой концепции: с одной стороны, воззрения раннехристианских богословов испытали значительное влияние римских юристов, но с другой – теологическая составляющая внесла значительные изменения в эту теорию. Теперь в лице Бога вполне конкретно

⁵ Катехизис Католической церкви. М., 2001. С. 462.

⁶ Ратцингер Й. Указ. соч. С. 127.

⁷ Иустин Философ. Творения. М., 1995. С. 246.

⁸ Лактанций. Божественные установления. СПб., 2007. Сер.: Библиотека христианской мысли. Источники. С. 379.

⁹ См.: Майоров Г. Г. Формирование средневековой философии : латинская патристика. М., 2009. С. 124.

определен источник формирования природного, разумного права. И теперь поиск истинного закона в божественных наставлениях стал задачей для последующих философских изысканий представителями классической патристики, а затем и схоластики.

Особое внимание следует уделить концепции естественного права в учении святого Августина. Августин разделяет понятия вечного (божественного) и временного (человеческого) закона. В его понимании Божья воля не просто определяет сущность и содержание вечного, т.е. высшего закона, но сама эта воля и есть воплощенный закон. Бог постепенно открывает его людям через священное писание. Вначале это был закон, провозглашенный с горы Синай Моисеем: «Бог дал Своему еврейскому народу закон, написанный на еврейском языке, не какой-нибудь невразумительный и неведомый, а сделавшийся уже известным всем народам»¹⁰. Августин называет его «первым» законом. Затем последовал закон Христа. Он обозначается философом вторым по последовательности, но первым по значимости: «Хотя Ветхий предшествует по времени, Новый, однако же, должен предпочитаться ему по достоинству; ибо тот Ветхий был предвозвестником этого Нового»¹¹. Божественный закон Августин определяет как истину и особенным образом подчеркивает его неизменность.

Таким образом, в граде Божьем вечный закон абсолютен, он реализуется непосредственно и непрестанно, он – вечная, неизменная истина, воплощение Божественной воли. К земному граду, согласно учению Августина, характеристика «вечности» не применима. Здесь время течет линейно, и временные характеристики распространяются на все предметы и явления, в том числе и на закон. Здесь действует, прежде всего, естественный закон. Он не затрагивает «высших» причин творения, а определяет физиологическую природу всего сущего – существ, вещей и явлений. Воля Бога уже реализовалась в момент творения, и теперь они существуют по своим, природным законам.

В земном граде также действует временный закон – низший из всех, согласно иерархии святого Августина. Он создан людьми, для удовлетворения их личных интересов, и его предписания исполняются постольку, поскольку обеспечиваются силой государственного принуждения. Временный закон также может быть справедливым: «...Законодатель, при составлении временных законов, если он человек добрый и мудрый, соотносится с тем вечным законом»¹². Следовательно, вечный, божественный закон есть источник всего справедливого и благого, что может содержать в себе временный закон.

В литературе встречается точка зрения, согласно которой именно Августин Блаженный заложил основы разграничения права и морали, имеющие сегодня такое важное теоретическое и практическое значение.

Так, по замечанию В. А. Четвернина, Августин намечает разграничение права (положительных законов) и морали на основе различия между «легальностью» и «моральностью» действий В. А. Четвернин обращает внимание на тот аспект учения, согласно которому временный закон предназначается, прежде всего, для тех, кто неспособен к добровольному нравственному поведению, и осуществляется в основном благодаря властному принуждению. Праведники, осененные божественной благодатью, не нуждаются в принудительных временных законах – они руководствуются законом вечным¹³. Итак, с точки зрения Августиновой этики, вечный закон – это совпадение права и морали, совпадение закона и свободы.

Таким образом, значение теории святого Августина заключается в том, что он определил сущность и источник высшего, вечного закона: это Бог и Его воля. Соответственно, характеристиками истинности, справедливости обладает именно вечный закон. Термин «естественный закон» он использует в ином смысле, нежели римские юристы и нежели его предшественники – раннехристианские богословы. Этим термином он обозначает природно-физиологическую сущность вещей и явлений, которая хотя и вдохновлена самим Богом, но не является Его отражением: «...Природа есть и у человека, и у скота, и у дерева, и у камня, но ни один из этих предметов не есть Бог»¹⁴.

Подобное понимание соотношения вечного и естественного законов впоследствии нашло отражение у представителей ранней схоластики – Ансельма Кентерберийского, Иоанна Солсберийского. Однако наиболее структурированное и логичное изложение мы находим в работе Фомы Аквинского «Сумма теологии». Для Фомы понятия «вечный» и «естественный» закон также не идентичны. Вечный закон – это всеобщее правило мироздания и абсолютное направляющее начало всякого творения. Вечный закон – постановление Божественного разума. В силу того, что Бог вечен и не подчиняется времени, сумма Его установлений – закон – тоже должен быть назван «вечным». Все на свете подчинено Божественному разуму, а значит, управляется вечным законом. Естественный же закон представляет собой непосредственное проявление закона вечного: если вечный определяет цель всякого творения, то естественный характеризует способы достижения этой цели. Естественным законом обусловлены присущие творению свойства и качества, а также мысли, поступки и поведение в целом. Для человека естественный закон приобретает особый смысл. Если вечный закон направляет его к осуществлению добра как цели, то естественный – наделяет его способностью отличать добро от зла.

Таким образом, общим для средневекового христианского богословия является восприятие и толкование естественного (природного) закона как частности проявления или как следствия вечного (божественного) закона.

¹⁰ Августин Блаженный. Творения. С. 315.

¹¹ Там же. С. 318.

¹² Там же. С. 477.

¹³ См.: Четвернин В. А. Политическое учение Блаженного Августина (метод исследования, основные идеи и их историческое движение) // Политико-правовые идеи и институты в их историческом развитии. М., 1980. С. 17.

¹⁴ Августин Блаженный. Творения. С. 276.

Однако в результате Реформации в Новое время эта мысль была подвергнута жесткой секуляризации. По замечанию Г. Бермана, лютеранские реформаторы скептически относились к способности человека создать такой закон, который отражал бы закон вечный. Кроме того, они активно отрицали, что создание человеческого закона является задачей церкви¹⁵. Вначале теологическая составляющая естественного права была перемещена на второй план, как, например, у Гуго Гроция. Согласно его доктрине, сам Бог подчиняется действующим законам природы: «Естественное же право столь незыблемо, что не может быть изменено даже самим Богом... Подобно тому, как Бог не может сделать, чтобы дважды два не равнялось четырем, так точно он не может зло по внутреннему смыслу обратить в добро»¹⁶. Божественное право – такое же волеустановленное право, как человеческое. Поэтому естественному праву должно соответствовать не только человеческое, но и божественное. В работах последователей Гроция – философов просветительской эпохи – теологический аспект был вовсе утрачен. Источником естественного права провозглашался человеческий разум, либо же – при необходимости введения трансцендентной составляющей – сама природа. Так постепенно происходила секуляризация правового мышления, которая заложила основы современного юридического позитивизма.

Сегодня религиозные корни и трансцендентные начала права утрачены полностью. Превалирующая концепция заключается в том, что право должно быть морально нейтральным, иначе оно лишится свойства универсальности. Теперь главное предназначение права – служить инструментом государства и средством реализации воли политической власти. Современные правовые системы, которые принято считать развитыми, строятся исключительно на рационально-прагматических началах. Как пишет Г. Берман, право становится фрагментарным, субъективным, больше настроенным на удобство, чем на мораль¹⁷. Подобная ситуация влечет за собой ряд негативных последствий: во-первых, создается почва для произвола власти, а во-вторых, в обществе складывается негативное, недоверчивое отношение к праву.

Каким же образом должно быть устроено право, которое являет собой мораль и справедливость, а не самоуправство и деспотизм? Сущность такого подхода к праву и принципы его реализации представлены Католической церковью в виде концепции естественного нравственного закона. Согласно Катехизису Католической церкви, существует так называемый нравственный закон, который представляет собой разумный порядок, учрежденный могуществом и мудростью Бога¹⁸. Он есть первичная и высшая истина. Непосредственная реализация нравственного закона осуществляется посредством закона естественного, который выражает

первозданное чувство, позволяющее человеку при помощи разума распознавать, что такое добро и зло, правда и ложь¹⁹. Естественный закон абсолютно универсален: он присутствует в сердце каждого человека, утверждается разумом и его власть распространяется на всех людей. Он выражает достоинство личности и определяет основания фундаментальных прав и обязанностей человека. Именно естественный нравственный закон, с точки зрения Церкви, способен преодолеть неизбежные различия и противоречия между народами и культурами. И только он, предписывающий общие принципы, способен стать объединяющим началом для людей. Церковь предлагает использовать естественный нравственный закон как базу для гражданского законодательства, «которое с естественным законом связывается либо путем рассуждения, делающего выводы из его принципов, либо путем дополнений положительного и юридического характера»²⁰. Таким образом, естественный нравственный закон, обладая характеристиками истинности, неизменности и универсальности, создает нравственные основания, необходимые для построения общества.

¹⁹ Там же. С. 458.

²⁰ Там же. С. 459

Юго-Западный государственный университет

Костенникова Е. А., соискатель кафедры теории и истории государства и права

E-mail: e.kostennikova@gmail.com

*Southwestern State University
Kostennikova E. A., Applicant of the
Department of Theory and History of State
and Law*

E-mail: e.kostennikova@gmail.com

¹⁵ См.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 44.

¹⁶ Вегас Х. М. Основы христианской этики. СПб., 2007. С. 74–76.

¹⁷ См.: Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 53.

¹⁸ См.: Катехизис Католической церкви. С. 457.

СООТНОШЕНИЕ ДОКТРИН ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА, КОНСТИТУЦИОННОГО И АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА В ВОПРОСАХ ПОСТРОЕНИЯ ТЕОРИИ ПРАВОВЫХ АКТОВ

М. В. Скрынникова

Воронежский институт Министерства внутренних дел России

Аннотация: в статье раскрываются некоторые подходы к формированию теории правовых актов, существующие в общей теории права и науках конституционного и административного права; дается оценка соотношению соответствующих юридических конструкций.

Ключевые слова: правовой акт, нормативный правовой акт, индивидуальный правовой акт, закон, подзаконный акт.

CORRELATION OF DOCTRINES OF GENERAL THEORY OF LAW, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN THE CONSTRUCTION OF THE THEORY OF LEGAL ACTS

M. V. Skrynnikova

Voronezh Institute of the Ministry of the Interior of Russia

Abstract: the article discusses some approaches to the formation of the theory of legal acts that exist in the general theory of law and the sciences of constitutional and administrative law; an assessment of the ratio of the corresponding legal structures is given.

Key words: legal act, regulatory legal act, individual legal act, law, subordinate act.

Поступила в редакцию 15 июля 2021 г.

Понятие «правовой акт» является одним из центральных в доктринах общей теории права, а также в теоретических разработках отраслевых наук российского публичного права, – прежде всего, наук конституционного и административного права. О важности заявленной темы свидетельствует и историко-правовой аспект подготовки и принятия таких разновидностей актов органов и должностных лиц государства, как нормативные акты. Согласимся с Б. Акуниным в том, что «... бурная законотворческая деятельность ставила своей целью отнюдь не верховенство права, а лишь регламентирование сложной системы повинностей и запретов»¹. Эта характеристика законов Российской империи говорит о том, что, в значительной степени, проблемность развития в нашей стране права обуславливалась такими цивилизационными характеристиками общества, которые предполагали обязательность законодательных предписаний для населения и практическую несвязанность правом верховной власти.

Современная отечественная общая теория права, в целом, рассматривает правовой акт в рамках так называемых «узкой» и «широкой»

¹ Акунин Б. Азиатская европеизация. История Российского государства. Царь Пётр Алексеевич. М. : Издательство АСТ, 2017. С. 373–374.

концепций². При этом правовой акт в узком смысле обычно трактуется как официальный документ компетентного государственного органа, порождающий какие-либо юридические последствия (возникновение прав, обязанностей, ответственности)³. Широкая же концепция основана на следующих предпосылках:

1) правовой акт охватывает собой не только документы компетентных органов публичной власти, но и документы иных субъектов (например, такие юридические акты граждан и организаций, как завещания, доверенности, различные виды гражданско-правовых договоров, трудовой договор, брачный контракт и прочее предусмотрены законами, и, в случае надлежащего их оформления, порождая юридические последствия, являются обязательными для всех участников соответствующих общественных отношений, в том числе и для суда при необходимости разрешения спора);

2) правовой акт не исчерпывается понятием документа, – он может быть рассмотрен и как акт-действие, и как акт – результат действия. Здесь доктрина определяет устные правовые акты (устные распоряжения работодателя, руководителя территориального органа государственной власти, некоторые виды договоров, для которых закон не требует письменной фиксации как обязательного условия), а также конклюдентные акты (действия регулировщика дорожного движения, дорожные знаки и т.п.)⁴.

Достаточно распространены, однако, и такие определения правового акта, которые стремятся охватить оба указанных выше подхода. Например, видный отечественный теоретик права С. С. Алексеев так раскрывает рассматриваемый нами термин: «Этим термином... обозначаются: а) действие (поведение), как правило, правомерное, т.е. юридический факт, являющийся основанием тех или иных правовых последствий; б) результат правомерного действия, т.е. юридически значимый, содержательный элемент правовой системы (юридическая норма, индивидуальное предписание, акт “автономного” регулирования), вошедший в правовую ткань вследствие правотворческой, властной индивидуально-правовой или автономной деятельности субъектов; в) юридический документ, т.е. внешнее словесно документально оформленное выражение воли, закрепляющее правомерное поведение и его результат»⁵.

Р. Ф. Васильев определяет понятие «правовой акт» при помощи такой ключевой терминологии, как «волеовое действие», «письменный документ», «средство выражения решения»: «это волеизъявление управомоченного субъекта права, регулирующее общественные отношения путем установления (изменения, отмены, изменения сферы действия) правовых норм, а также установления (изменения, прекращения) конкретных правоотношений, результат которого в виде велений, обращений, согла-

² См.: Малько А. В., Гайворонская Я. В. Теория правовых актов : необходимость и пути создания // Государство и право. 2012. № 2. С. 21.

³ Там же. С. 21.

⁴ Там же. С. 22–23.

⁵ Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. М. : Юрид. лит., 1982. Т. 2. С. 192.

шений и т.п. в установленных законом случаях фиксируется в документальной форме (акте-документе)»⁶.

Заслуживает внимания и точка зрения, высказанная О. В. Шопиной: «Правовой акт – это выражающее волю субъекта права и оформленное в установленном порядке решение, которое призвано достигать социально-позитивные цели (регулировать общественные отношения) и влечет определенные юридические последствия»⁷.

В любом случае следует отметить, что целостные воззрения на понятие «правовой акт», главным образом, зависят от того или иного типа понимания права, которого придерживается конкретный исследователь. Автор данной статьи принципиально согласна с точкой зрения В. А. Четвернина о том, что в ряду разнообразных видов правопонимания следует выделять, прежде всего, два диаметрально противоположных подхода:

– легистский (наиболее распространенный в современной юриспруденции термин – юридический позитивизм), фактически отождествляющий право с законодательством, или, в наиболее широком смысле, с любыми официальными текстами, содержащими нормативные веления публичной власти, направленные на урегулирование общественных отношений;

– либертарно-юридический, исходящий из того, что правом, как специфическим регулятором общественных отношений, являются только те нормы, создаваемые или санкционируемые субъектами публичной власти, которые устанавливают формальное равенство фактически неравных субъектов – участников социальных взаимодействий, защищают их свободное состояние и подавляют агрессивное насилие⁸.

Безусловно, следует сразу оговориться, что автор в своих рассуждениях придерживается либертарно-юридического типа понимания права, поэтому не следует именовать правовым актом, например, любое нормативное или индивидуально-конкретное веление, распоряжение (в виде запретов, дозволений или предписаний) того или иного органа или должностного лица публичной власти.

Рассмотрим, например, такую точку зрения Ю. С. Салаватовой: «...отнесение к правовым актам неправомερных (вернее... незаконных) документов, противоправных действий (их результатов) является обоснованным. Во-первых, неправомερные документы, неправомερные действия (их последствия) так же, как и правомερные, регулируются правовыми нормами и отнесение тех или иных действий к правомερным или неправомερным осуществляется исходя из существующих норм права. Во-вторых, представляется спорной необходимость отождествления понятий “правовой” и “правомερный”. Можно привести массу примеров определенных действий (актов), являющихся правовыми ввиду того, что

⁶ Васильев Р. Ф. О понятии правового акта // Вестник Московского ун-та. Сер.: Право. 1998. № 5. С. 4.

⁷ Шопина О. В. Система правовых актов современной России : проблемы теории : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 10.

⁸ См.: Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства : учебное пособие. М. : Институт государства и права РАН, 2003. С. 30, 39.

они охватываются нормами права, но в то же время являющихся неправомερными ввиду того, что нарушают те самые нормы права. В-третьих, есть ли, наконец, целесообразность усложнения правопонимания путем введения нового понятия? Ведь, по сути “правовой акт” и есть “юридически значимый акт”, влекущий за собой юридически значимые последствия»⁹.

Данная точка зрения о том, что правовым актом следует считать также и неправомερные действия и решения, если они влекут соответствующие юридические последствия, представляется необоснованной. Да, с позиции легистики возможно утверждать, что, коль скоро в законодательстве установлены правовые нормы, например, о компетенции того или иного должностного лица, то все властные решения по реализации этой компетенции будут представлять собой правовые акты соответствующего носителя властных полномочий. Однако, по нашему мнению, сам термин «правовой акт» предполагает не только соответствие букве того или иного предписания закона или подзаконного акта, но и необходимость соответствия принципам права как такого регулятора общественных отношений, который основан на идее обеспечения свободы субъектов социальных взаимодействий и запрете, подавлении агрессивного насилия (даже если последнее исходит от представителя публичной власти).

Положение дел, сложившееся в отношении правовых актов в теории публично-правовых отраслевых наук, в целом, видится следующим. С позиции доктрин, господствующих в конституционном праве, теория правовых актов в основном сводится к разработкам в сфере законодательного процесса. То есть, наука конституционного права и с материально-правовых, и с процессуальных точек зрения преимущественно сориентирована на такой вид правовых актов, как законы. Нормативный же материал в этой области общественных отношений, устанавливающий особенности стадий законодательного процесса и отдельных этапов последних, опирающийся непосредственно на предписания главы 5 Конституции РФ¹⁰, представляется вполне достаточным для целенаправленной законотворческой деятельности.

Наибольшее количество разработок в сфере теории правовых актов имеется в отечественной науке административного права. При этом следует отметить, что данные отраслевые теоретические взгляды затрагивают исключительно подзаконные акты, вводя в научный оборот термин «правовые акты публичного (государственного или муниципального) управления». Также очень важно то, что соответствующие вопросы материального и процессуального права сосредоточены не только на подзаконных нормативных правовых актах, но и на многочисленных разновидностях индивидуальных правовых актов.

⁹ Салаватова Ю. С. Правовые акты : некоторые теоретические вопросы // Вестник Московского ун-та. Сер. 11: Право. 2011. № 1. С. 120.

¹⁰ Конституция Российской Федерации : с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г. // Рос. газ. 2020. 4 июля.

Весьма показательной иллюстрацией к этому утверждению служит перечень производств и отдельных управленческих процедур современного российского административного процесса (данный перечень представлен с позиции широкой концепции указанного вида юридического процесса)¹¹. Итак, в наиболее глобальном разграничении последнего доктрина административного права выделяет:

- производства управленческого (позитивного административного) процесса;
- производства административно-юрисдикционного процесса.

К числу первых, не предполагающих применение мер правового принуждения и непосредственно не связанных с конфликтами, относятся:

- производства по подготовке и принятию нормативных правовых актов государственного управления;
- регистрационные производства (регистрация граждан по месту жительства и месту пребывания, регистрация юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, регистрация общественных объединений, регистрация актов гражданского состояния и прочие регистрационные действия публичной администрации);
- лицензионно-разрешительные производства;
- производства по предложениям и заявлениям граждан, обращениям организаций в сфере государственного управления;
- административно-договорные производства (наиболее массовый характер носит заключение контрактов о прохождении государственной службы);
- производства по делам о поощрениях (в системе государственной службы);
- отдельные управленческие процедуры, обусловленные прохождением государственной службы (аттестация, присвоение специальных званий, классов чинов и т.п.).

Административно-юрисдикционными производствами, фактической основой которых является правонарушение, конфликт либо необходимость превентивного ограничения прав и свобод субъектов, являются:

- производство по делам об административных правонарушениях;
- дисциплинарные производства в системе государственной службы;
- производства по реализации института материальной ответственности государственных служащих;
- производство по жалобам граждан на действия и решения органов и должностных лиц публичной власти (если соответствующее действие или решение обжалуется в суде общей юрисдикции, то предусмотрена процессуальная форма в виде административного искового заявления);
- производства по применению мер административного принуждения, не предполагающих наложение наказаний (главным образом, име-

ются в виду комплексы процессуальных действий по применению административно-предупредительных мер персонального характера)¹².

Очевидно, что, за исключением производств по подготовке и принятию нормативных правовых актов государственного управления, предполагающих результатом деятельности издание подзаконных нормативных правовых актов, прежде всего, многочисленными центральными органами исполнительной власти, все остальные производства административного процесса связаны с принятием в финальных стадиях индивидуальных правоприменительных актов уполномоченными органами и должностными лицами публичной власти. Если же иметь в виду мнение Н.Н. Толмачёвой о том, что «...у лиц, принимающих волевые решения, на все теоретические обоснования юристов существует одно возражение: все это существует только в теории, покажите, в каком правовом акте это написано»¹³, то приведенная выше структура современного российского административного процесса свидетельствует о том, что количество нормативных правовых актов и в ранге федеральных законов, и на уровне подзаконных актов, устанавливающих процессуальные формы решений субъектов публичной власти (а, фактически, определяющих порядок осуществления того или иного конкретного процессуального производства), весьма велико. Например, итоговые постановления по делам об административных правонарушениях выносятся по правилам, определяемым Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях¹⁴, приказы руководителей территориальных органов исполнительной власти о поощрении государственных служащих, наложении на них дисциплинарных взысканий, возложении обязанностей по возмещению имущественного ущерба в рамках отношений материальной ответственности, как итоговые решения по юридическому делу соответствующего вида, издаются по правилам, установленным законодательством о государственной службе¹⁵ либо, в отдельных случаях, трудовым законодательством¹⁶.

¹² См.: *Леженин А. В.* Юридический процесс по доктрине административного права : монография. Воронеж : Воронежский институт МВД России, 2011. С. 131–133.

¹³ *Толмачёва Н. Н.* К вопросу о соблюдении верховенства закона и других принципов законности в законодательстве субъектов Российской Федерации // Журнал российского права. 2008. № 2. С. 47.

¹⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (с изм. и доп.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

¹⁵ О государственной гражданской службе Российской Федерации : федер. закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ (с изм. и доп.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 31. Ст. 3215; О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации : федер. закон от 30 ноября 2011 г. № 342-ФЗ (с изм. и доп.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 49. Ст. 7020.

¹⁶ Трудовой кодекс Российской Федерации : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ (с изм. и доп.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1. Ст. 3.

¹¹ О концепциях административного процесса см. подробнее: *Сорокин В. Д.* Административно-процессуальное право : учебник. СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 316–325.

Указанные выше обстоятельства дают основания говорить о том, что современная отечественная общая теория права (в господствующем ее варианте, основанном на легистском типе понимания права) в части обоснования и развития положений теории правового акта, отличаясь значительной противоречивостью и размытыми сущностными характеристиками, не создала должных ориентиров для отраслевых юридических наук, законодателей и правоприменителей. Такие же отраслевые юридические науки, как науки конституционного и административного права, сосредоточившись на исследованиях отдельных видов правовых актов, вполне способны предоставить в распоряжение общей теории права необходимый фактический материал, но при условии формулирования соответствующих правовых конструкций в русле либертарно-юридического подхода к праву.

Воронежский институт МВД России

Скрынникова М. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета

E-mail: marydance0511@mail.ru

Voronezh Institute of the Ministry of the Interior of Russia

Skrynnikova M. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Theory and History of State and Law Department of Law Faculty

E-mail: marydance0511@mail.ru

НОРМАТИВНЫЙ ПРАВОВОЙ АКТ КАК АБСТРАКТНАЯ ФОРМА ПРАВА (К ПРОБЛЕМЕ ВОЗРОЖДЕНИЯ ПРАВОВОЙ АРХАИКИ)¹

З. В. Соломко

Российский государственный университет правосудия

Аннотация: тезисы затрагивают проблему различения абстрактных и конкретных форм права. По убеждению автора, нормативный правовой акт является абстрактной формой права и правовые концепции, которые игнорируют эту его особенность, упускают из виду реальный порядок и присущие ему конкретные закономерности. Одной из таких закономерностей является возрождение в праве стран периферийного капитализма разного рода правовой архаики.

Ключевые слова: нормативный правовой акт, формы права, абстрактное и конкретное, правовой порядок, правовая архаика, периферийный капитализм.

NORMATIVE LEGAL ACT AS AN ABSTRACT FORM OF LAW (TO THE PROBLEM OF THE REVIVAL OF THE LEGAL ARCHAIC)

Z. V. Solomko

Russian State University of Justice

Abstract: the theses touch upon the problem of distinguishing between abstract and concrete forms of law. According to the author, a normative legal act is an abstract form of law and legal concepts that ignore this feature of it, lose sight of the real legal order and its inherent specific laws. One of these patterns is the revival in the law of the countries of peripheral capitalism of various kinds of legal archaic.

Key words: normative legal act, forms of law, abstract and concrete, legal order, legal archaic, peripheral capitalism.

Поступила в редакцию 15 июля 2021 г.

В господствующих в современной российской юриспруденции подходах к пониманию права, а также в дискуссиях и публикациях, посвященных теоретическому пониманию нормативных правовых актов и закона в частности, зачастую серьезно недооценивается либо вовсе игнорируется одна важная особенность нормативных правовых актов, без учета которой нельзя уяснить их роль в правовом регулировании и само действительное устройство правопорядка.

В чем эта проблема состоит? Представители большинства школ права, в том числе и недогматически мыслящие позитивисты, готовы согласиться с тем, что нормативные правовые акты – это все-таки не источник права, а именно форма права, одна из форм его внешнего выражения.

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (РФФИ) в рамках проекта № 19-011-00943 «Вперед к прошлому: архаика и архаизационные тенденции в современном российском обществе (междисциплинарный анализ)», реализуемого Региональной общественной организацией «Сообщество профессиональных социологов».

Однако, чтобы продвинуться в понимании нормативного правового акта дальше, следует задать ряд вопросов.

Что это за форма права, она какая – абстрактная или конкретная?

Если эта форма, как полагают многие позитивисты, конкретная, то почему существовали и существуют государства, где в судах и других правоприменительных инстанциях считается дурным тоном ссылаться на конституцию?

Если же законодательство – действительно форма абстрактная, то как это следует понимать? Является ли эта абстрактность некой постоянной величиной – или степень абстрактности может быть разной? От каких факторов зависит мера этой абстрактности? В какой степени абстрактность присуща различным видам нормативных правовых актов, в том числе обладающих формально разной юридической силой, – можно ли их как-то ранжировать по этому признаку?

Наконец, если эта форма абстрактная, то существуют ли более конкретные формы права? Если да, то что это за формы и как они соотносятся с нормативными правовыми актами по своей действительной юридической силе? Возможно, признание того, что такие более конкретные формы права существуют, должно иметь своим следствием качественную перестройку основных исследовательских стратегий в юридической науке и стратегии юридического образования?

Нет нужды доказывать, что в современной отечественной юриспруденции и особенно в системе юридического образования, несмотря на разного рода оговорки, которые встречаются в ученых трудах, господствует своего рода молчаливая презумпция того, что нормативный правовой акт является конкретной формой права: именно такой вывод можно сделать из подавляющего большинства учебников и диссертаций по теории права и отраслевым дисциплинам. И те вопросы, о которых шла речь выше, чаще всего игнорируются или обсуждаются изредка и вскользь. Полагаю, происходит это по причинам, которые не имеют ничего общего с интересами самой науки и интересами общества.

Однако понимание нормативного правового акта как наиболее конкретной формы права входит в противоречие и с практикой как наиболее надежным критерием истины, и с достигнутым в ходе исторического развития уровнем научного понимания права.

Даже обладающему здравым рассудком обывателю очевидно, что право – это прежде всего не напечатанные на бумаге слова, а регулятор общественных отношений, некие принудительные правила, которые реально действуют. С этим вынужден согласиться и обладающий здравым рассудком позитивист, если он не готов быть причислен к разряду поборников того «чисто юридического метода», который, по меткому выражению Е. Пашуканиса, вполне мог бы пригодиться «обитателям желтого дома»².

² Пашуканис Е. Б. К обзору литературы по общей теории права и государства // Вестник Социалистической академии. Книга пятая. Август – сентябрь 1923 г. М.; Петроград, 1923. С. 230.

Уже у Георга Гегеля не было сомнений в том, что «ближайшим местом и исходным пунктом» права является воля³, которую он определял как «мышление, перемещающее себя в наличное бытие»⁴. И не кто иной как Гегель писал: «Положенность составляет ту сторону наличного бытия, в которой может появляться также и случайно порождаемое своеволием и другой особенностью; поэтому то, что есть закон, все же еще может быть отличным по своему содержанию от того, что есть право в себе»⁵.

Аутентичный марксизм также последовательно различает право как форму регуляции волевых – идеологических – отношений классового общества, как форму классовой воли – и закон как одну из возможных, по природе своей абстрактных, форм выражения этой воли. Большая заслуга в разъяснении марксистской идеи о законе как абстрактной форме права и абстрактной форме общественных отношений принадлежит Петру Стучке⁶, который неоднократно писал о двух абстрактных формах права – законе и правовой идеологии – и одной конкретной – правовом отношении. Не без влияния марксизма различение права и его абстрактной формы выражения – нормативного правового акта, закона – становится одной из ключевых идей разных направлений социологического правопонимания, представители которого настаивают: не все действующее право выражено в законодательстве и иных формально легализованных «источниках» и не все право, выраженное в законодательстве и иных признанных государством формах, действует.

Есть ли у формально-догматической юриспруденции, в том числе той, которая маскируется под иные модные типы правопонимания, аргументы, опровергающие эту очевидную истину? Полагаю, что нет. Как же официальная юриспруденция реагирует на эту очевидность? Реакция очень напоминает ту, которую философ Петер Sloterdijk определил как позицию цинического разума: «Они сознают, что делают, но тем не менее делают это» («Критика цинического разума»). Другими словами, здесь обнаруживается та самая новая идеологическая логика, присущая сознанию позднекапиталистического общества, которое сознательно держится за некие спасительные иллюзии. Ведь если признать, что нормативный правовой акт, закон в частности, – абстрактная форма права, то перед носителями юридического знания возникает ряд неудобных вопросов, на которые нужно конкретно отвечать: например, о действительной юридической силе акта, называемого основным законом, конституцией, или о той же самой «фактической конституции», которая может быть не так привлекательна, как конституция юридическая, о разных формах латентного и теневого права, которые не очень хорошо согласуются с де-

³ См.: Гегель Г. Философия права // Гегель Г. Сочинения : в 14 т. / пер. с нем. Б. Столпнера. М. ; Л. : Соцэкгиз, 1934. Т. 7. С. 31.

⁴ Там же. С. 33.

⁵ Там же. С. 233.

⁶ См., в частности: Стучка П. И. Революционная роль права и государства // Стучка П. И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига : Латвийское государственное издательство, 1964. С. 185–186, 189, 215.

кларифицируемыми в «юридической конституции» ценностями и официальной политико-правовой идеологией.

Проблема «абстрактного» в законодательстве многоаспектна, – с учетом ограниченного формата тезисов обращу внимание лишь на несколько моментов, крайне важных для понимания современного российского правопорядка.

Если ранжировать нормативные правовые акты по степени их абстрактности, то, безусловно, самой абстрактной формой буржуазного права, как правило, оказывается «основной закон» – именно в конституциях наблюдается наибольшая концентрация того, что Гегель деликатно называл «стороной наличного бытия», порождаемой «своеволием и другой особенностью», а Энгельс в «Происхождении семьи, частной собственности и государства» так же изящно именовал «покровом любви». Более того, конституция в современных государствах чаще всего оказывается не просто абстрактной, но и превращенной формой права, которая играет важную роль в поддержании стабильности существующей социальной системы. Именно поэтому нельзя, оставаясь в поле юридической науки, характеризовать общественно-политический строй современного государства, полагаясь на акт, называемый конституцией. Такая позиция однозначно указывает на идеологическую ангажированность правоведа – представители западной критической правовой теории (*critical legal theory*) здесь совершенно правы, хотя эта закономерность была прояснена еще Марксом в работе «Конституция Французской республики, принятая 4 ноября 1848 г.»⁷.

Степень абстрактности законодательства как формы выражения правовых норм не некая постоянная величина, она варьирует в зависимости от конкретных исторических обстоятельств и условий. Так, даже на феноменальном уровне более-менее вовлеченный наблюдатель может сделать вывод, что в современной России и большинстве постсоветских стран разрыв между законом как абстрактной формой права и реальным правопорядком, более конкретными формами права, гораздо глубже, чем на Западе. Закон в современной России более прогрессивен, чем реальный правопорядок, конкретные формы права намного более архаичны. Неожиданным для многих образом вместо вождя права государственного после исчезновения СССР возродились некие, казалось бы, навсегда ушедшие в прошлое формы права, правовой практики и феномены правового сознания.

Так, в последние годы ряд наших известных юристов и правоведов, в том числе представители ведущих цивилистических школ, криминологи, специалисты, занимающиеся проблемами социологии права, то и дело встревоженно говорят о том, что в нашу дверь все настойчивее стучится какая-то архаика.

Доктор юридических наук Артем Карапетов, который возглавляет Юридический институт «М-Логос» и входит в число авторитетнейших

⁷ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Изд. 2-е. М.: Государственное издательство политической литературы, 1956. Т. 7. С. 525–538.

российских цивилистов, комментируя скандальное выступление главы «Росгвардии» В. Золотова против А. Навального, на своей странице в «Фейсбуке» 11 сентября 2018 г. написал так: «Архаика нарастает. Вот теперь ордалии как способ очиститься от обвинений в коррупции, поток и разграбление для врагов государя уже в ряде регионов практикуются, попытки давно стали нормой, феодальный подход к собственности укоренился, кормление и местничество налицо, парламентаризм и разделение властей спущены в утиль и уступили место хорошо знакомой абсолютной монархии, в думу разве что коня не заводят, наследный принцип передачи власти или что-то в духе римского принципата постепенно намечается, казаки те же с нагайками... Что дальше? Порки и шпицрутены для холопов, воскрешение домостроя, застенки для поборников “ереси жидовствующих”, проскрипции...»⁸.

9 июля 2021 г. известный криминолог с мировым именем доктор юридических наук Яков Гилинский, восторженно отозвавшийся о статье В. Иноземцева «План “Крепостные”», опубликованной 7 июля 2021 г. в «Новой газете», написал в том же «Фейсбуке»: «Я давно говорю и пишу, что Россия скатилась в Средневековье»⁹.

Кто-то скажет, что это чрезмерная драматизация происходящего и речь идет всего лишь о каких-то единичных эксцессах. Однако если те самые «ордалии» еще можно рассматривать в качестве эксцесса, то многое другое вполне оформилось как некая закономерность: сложно отрицать, что в правовом порядке современной России вполне утвердились и продолжают усиливаться довольно значимые проявления сословности, что принцип формального юридического равенства давно уступил место принципу незыблемости разного рода писаных и неписаных привилегий и двойных и тройных стандартов, что многие развитые формы позитивного права просто-напросто не востребованы и успешно замещаются разного рода примитивными формами, о чем писал в своей нашумевшей статье бывший председатель ВАС РФ Антон Иванов¹⁰.

Правовой партикуляризм, возрождение «кулачного права», частичный отказ от принципов светского государства и возрождение религиозного права, разрастание государственно-институционального насилия, возрождение элементов рабовладельческих и квазифеодальных отношений (включая систему внеэкономического принуждения к труду, о которой хорошо осведомлены официальные структуры правопорядка) – это реальные и устойчивые проявления архаики в нашем правопорядке, которые теоретики права должны как-то осмыслить. Полагаю, что столь популярный концепт «переходного периода» совершенно не годится для объяснения всех этих явлений. «Переходный период» слишком уж зата-

⁸ Страница А. Карапетова в социальной сети «Фейсбук». URL: <https://www.facebook.com/karapetovag/posts/2138790649720835> (дата обращения: 28.16.2021).

⁹ Страница Я. Гилинского в социальной сети «Фейсбук». URL: <https://web.facebook.com/yakov.gilinskiy> (дата обращения: 10.07.2021).

¹⁰ См.: Иванов А. А. Проблема примитивизации гражданского права России // Закон. 2015. № 5. С. 58.

нулся, и очень уж эта картина напоминает реальность ряда других стран, не входящих в условный западный мир. Дело не в переходном периоде, а в том, что в этих «архаических» феноменах проявляется объективная закономерность развития правопорядка во многих странах современного мира.

Эта закономерность не будет понята, если не учитывать того, что в результате глобализации, т.е. формирования единого мирового капиталистического рынка, в современном мире сформировалось глобальное классовое общество и два совершенно разных с точки зрения правовой определенности и развитости правовой формы, но неразрывно связанных между собой правовых мира – мир «классического» западного капитализма (ортокапитализма) и мир периферийного капитализма (паракапитализма)¹¹. Если применительно к первому миру с оговорками можно говорить о существовании хотя бы формального «правового государства», то во втором мире правовой произвол то и дело возводится в норму, а правопорядок местами то и дело проваливается в архаику.

Как мне уже приходилось об этом писать¹², периферийный капитализм является не «переходным» этапом в развитии общества, правовую неопределенность которого можно было бы объяснить сложностями «транзита», и не ранней формой классического капитализма, опосредуемого в своем нормальном состоянии относительно определенной и устойчивой правовой формой (тем, что называют правлением права, «the rule of law»), – это вполне устойчивая в своих существенных чертах специфическая общественная форма, для которой – именно по самой ее природе – характерен определенный симбиоз капиталистических и докапиталистических отношений, а следовательно – и симбиоз классической буржуазной правовой формы и разного рода «архаичных» правовых форм, опосредствующих эти докапиталистические отношения.

Большая отвлеченность законодательства от реального правопорядка в странах паракапитализма, в том числе современной России и многих других государствах, входивших ранее в так называемый «социалистический лагерь», не в последнюю очередь обусловлена тем, что законодательство в таких государствах в силу разных причин, в том числе идеологической логики его конструирования, является по своему содержанию слишком «ортокапиталистическим»: проще говоря, многие институты и формы отношений, которые в нем закреплены, были рассчитаны

на опосредствование классических капиталистических отношений «западного» типа, а многие реально существующие паракапиталистические отношения остались без позитивно-правового опосредствования. Не удивительно, что появляются не согласующиеся с законодательством более конкретные формы права, которые выполняют эту функцию. Возникает своего рода параллельная правовая реальность, конкурирующая с официальным законодательством и отрицаемая официозным позитивистским правоведением.

Сталкиваясь с этой фиктивностью закона, приверженцы классического буржуазного права часто начинают сетовать на то, что «право попирается», хотя в действительности происходит нечто иное – более конкретные формы права берут верх над более абстрактными. Важно понимать, что такая фиктивность, абстрактность закона не может быть устранена никакими мерами, кроме радикального изменения социально-экономической основы соответствующих обществ, поскольку этот феномен связан со специфическими отношениями собственности и классовой структурой этих обществ, отличной от классовой структуры обществ классического капитализма.

Таким образом, закон в обществах зависимого периферийного капитализма оказывается чрезвычайно абстрактной, нередко даже превращенной формой права, и право в этих обществах в гораздо большей степени, чем в странах Запада, выражается в других формах, отличных от закона, – в формах устоявшейся правоприменительной практики, разного рода латентного, неформального, теневого права. Полагаю, именно эти формы должны быть объектом пристального внимания правоведов, которые осознают себя деятелями юридической науки, а не идеологического аппарата государства или «игроками в бисер».

Российский государственный университет правосудия

Соломко З. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права, государства и судебной власти

E-mail: solzary@gmail.com

*Russian State University of Justice
Solomko Z. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Theory of Law, State and Judicial Power*

E-mail: solzary@gmail.com

¹¹ Термины «ортокапитализм» и «паракапитализм» введены в научный оборот современным историком и философом Ю. И. Семеновым, который много лет занимается осмыслением процесса глобализации, глобального классового общества и периферийного капитализма. См., в частности: *Семенов Ю. И. Философия истории от истоков до наших дней : основные проблемы и концепции. М. : Старый сад, 1999. С. 274.*

¹² См.: *Соломко З. В. Правовое государство vs архаизация права (к вопросу о специфике правовой формы зависимого периферийного капитализма) // Право и политика. 2020. № 11. С. 41–56. URL: https://e-notabene.ru/hr/article_34699.html (дата обращения: 09.07.2021).*

ТРАНСФОРМАЦИЯ ПРАВОВЫХ АКТОВ

А. А. Соловьёва

Уральский государственный юридический университет

Аннотация: в статье, посвященной проблеме трансформации правовых актов, автор на основе анализа, во-первых, процесса развития европейской философии и теории права, основных подходов, сложившихся в сфере правового регулирования, во-вторых, современных тенденций развития общественных отношений, а также особенностей цифровых отношений, нуждающихся в правовом регулировании, которое будет опираться на новые принципы, делает вывод о наиболее вероятных направлениях изменения правового регулирования и трансформации правовых актов. В статье представлены результаты проведенного автором исследования теоретико-методологических концепций Платона, Аристотеля, Г. Радбруха, которое позволило раскрыть проблему трансформации правовых актов с точки зрения правопонимания и его отдельных направлений.

Ключевые слова: правовой акт, правовое регулирование, типы правопонимания, цифровые отношения.

TRANSFORMATION OF LEGAL ACTS

A. A. Solovyova

Ural State Law University

Abstract: in the article devoted to the problem of transformation of legal acts, the author, based on the analysis of, firstly, the process of development of European philosophy and theory of law, the main approaches that have developed in the field of legal regulation, secondly, modern trends in the development of public relations, as well as the features of digital relations that need legal regulation, which will be based on new principles, concludes about the most likely directions of changes in legal regulation and transformation of legal acts. The article presents the results of the author's research of the theoretical and methodological concepts of Plato, Aristotle, G. Radbruch, which allowed to reveal the problem of transformation of legal acts from the point of view of legal understanding and its individual directions.

Key words: legal act, legal regulation, types of legal understanding, digital relations.

Поступила в редакцию 23 августа 2021 г.

Проблема правовых актов, тем более взятая в исторической перспективе, неизбежно ставит вопрос и о их обозримом будущем. Быстрые и масштабные изменения общественных отношений под влиянием цифровизации и пандемии, свидетелями которых мы являемся, грозят охватить все сферы жизни общества и привести к существенным преобразованиям в правовой сфере. Какими будут правовые акты, как изменится правовое регулирование в целом, сохранят ли нормативные правовые акты свое ключевое положение в системе источников права, во всяком случае в нашей правовой системе? Эти вопросы, с одной стороны, весьма актуальны, и мы с тревогой и (или) надеждой смотрим в будущее – опираясь на прогностическую функцию правопонимания. С другой стороны,

именно обращение к прошлому, к теоретическому осмыслению проблем государства и права на разных этапах развития общества позволяет нам сегодня делать некоторые предварительные выводы и первые попытки дать ответы на эти вопросы. Пока можно с определенностью утверждать, что предмет правового регулирования меняется, и развитие так называемых цифровых отношений уже красноречиво об этом свидетельствует, а значит меняется и система методов регулирования, а также неизбежно – методология исследований, так что юридическая теория и практика тоже уже не будут прежними.

Изменение предмета и методов регулирования неизбежно должно повлечь определенную трансформацию правовых актов. В Евангелии приведена очень точная метафора: не вливают вино молодое в мехи ветхие иначе и вино вытечет, и мехи пропадут. Но молодое вино должно вливать в мехи новые, тогда сбережется и то и другое (Лк. 5:37–39).

Анализ европейской истории философии и теории права позволяет говорить как минимум о двух противоположных подходах к правовому регулированию, а следовательно, и к источникам права: условно их можно назвать перспективным и ретроспективным. Первый получил распространение в континентальной Европе, в странах романо-германской правовой семьи, в его основе лежит юридический позитивизм как тип правопонимания, главная роль отведена государству и исходящему от него законодательству, право и закон тождественны, нормативный правовой акт считается основным источником права. Стоит отметить, что крайний юспозитивизм способен оправдывать злоупотребления властью со стороны государства и его чрезмерное вмешательство в дела общества и личности.

Второй подход диалектически противоположен первому, опирается на судебный и административный прецедент как основной источник права, который является ядром англосаксонской правовой семьи. Этот подход к правовому регулированию гораздо более гибкий, предполагает широкое судебное усмотрение: уже не законодатели, а судьи становятся ключевыми игроками. Философский базис этого подхода – юснатурализм. Истинное право, с его точки зрения, – существует «до» закона, это идеи справедливости, свободы, равенства и гуманизма, которые государство *должно* обеспечить и воплотить в позитивных законах, поэтому этот тип правопонимания оперирует понятиями «неправовой закон» и «естественные права», принадлежащие каждому в силу рождения независимо от закрепления в позитивном законодательстве и подлежащие обеспечению и защите со стороны государства. Несмотря на то, что юснатурализм во второй половине XX в. получил в Европе широкое распространение, что безусловно связано с последствиями Второй мировой войны, показавшей весь ужас крайнего позитивизма, ведь фактически, как писал Г. Радбрух, именно Нюрнбергский и другие судебные процессы над нацистскими преступниками показали естественное право в действии¹,

¹ См.: Радбрух Г. Философия права. Пер. с нем. М. : Международные отношения, 2004.

однако крайний юснатурализм не менее опасен, чем позитивизм. Его страшные гримасы показала еще Великая французская революция. «Вот – революции горький плод! Фатальнейшая доктрина! Во всём виноваты Жан-Жак Руссо, Вольтер и гильотина!», – писал Генрих Гейне. Действительно, именно представления о народном суверенитете тогда выступили идеологической основой острого социального конфликта.

Сравнивая эти два подхода к правовому регулированию – перспективный и ретроспективный, – т.е. стремящийся заранее предвидеть и предписать с помощью закона все значимые черты будущих правоотношений и, наоборот, оглядывающийся назад, на уже принятые ранее решения, и опирающийся на них при принятии новых, можно сделать вывод, что один из них выражает интересы государства и его главная ценность – стабильность, а второй тесно связан с интересами личности, а его ценностью является справедливость.

В связи с этим особый интерес представляет аксиологическая концепция Г. Радбруха, имеющая также методологическое значение, о ценностях справедливости, стабильности и общего блага как своего рода «общающихся сосудах», когда выигрыш в одном дает проигрыш в другом². Так, абсолютизация справедливости как при крайнем естественно-правовом типе правопонимания с его идеей «неправового» закона, дает проигрыш в стабильности, о последствиях уже было сказано выше. Гипертрофированная стабильность – крайний позитивизм в ущерб справедливости «с его верой в принцип “закон есть закон” сделал немецких юристов беззащитными перед законами преступного содержания и диктуемых произволом» национал-социализма – это то, о чем писал Г. Радбрух³. Можно сказать, что эти две ценности – справедливость и стабильность – на противоречие между которыми указывал Г. Радбрух (о третьей ценности – общем благе – будет сказано несколько позже), становятся кардинальными не для двух основных типов правопонимания – юспозитивизма и юснатурализма – и именно они находят своеобразное отражение в основных европейских правовых семьях: соответственно англосаксонской, романо-германской с их специфическими источниками права.

Ещё более удивительно, что оба эти подхода к правовому регулированию на заре европейской цивилизации нашли отражение в научных трактатах Платона. Именно им были впервые осмыслены и противопоставлены эти две линии правового регулирования, что позволяет считать мыслителя подлинным основателем науки теории государства и права. В своем трактате «Государство», написанном в духе ретроспективного подхода к правовому регулированию, Платон отрицает необходимость позитивных законов, считая, что прошедшие специальную подготовку профессиональные правители смогут сами разрешать все конфликты, руководствуясь своей мудростью, пониманием справедливости и древними обычаями, которые выше любых перспективных правовых предписаний.

Разочаровавшись в возможности реализации этого проекта, как и, до некоторой степени, в человеческой природе, Платон создает второй проект государства, по его словам, менее идеального, который он излагает в трактате «Законь». Здесь перспективный подход к правовому регулированию предстает во всей полноте, Платон идет по пути детальной законодательной регламентации, стремясь наиболее полно и точно отразить идеальные модели взаимоотношения людей и обязать ими руководствоваться. Закрепляя необходимость принятия множества законов, Платон всё более расширял круг отношений, которые должны быть урегулированы. Непомерное расширение предмета регулирования вызвало ироническое замечание Гегеля в «Философии права», что Платон «мог бы воздержаться от рекомендации нянькам не стоять с детьми на одном месте, а всегда качать их»⁴, а в XX в., который лицом к лицу столкнулся с последствиями крайнего позитивизма, – гораздо более суровые обвинения в тоталитаризме⁵, когда Платон был объявлен «врагом» «открытого общества»⁶. Но Платон «всего лишь» открыл новый подход к правовому регулированию и значение законов для совершенствования человека и общества и, как это часто бывает, возвел эту идею в абсолют. Истинные законы, по его мысли, являются связующим звеном между миром идей и миром вещей и явлений. Они позволяют приблизить к миру идей тех граждан государства, кто сам не способен его постичь.

Не вызывает сомнения, что указанные типы правового регулирования и соответствующие им типы правопонимания при всей их распространенности, во-первых, представляют собой диалектические противоположности с присущей им борьбой и единством, во-вторых, безнадежно устарели. Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к проблеме регулирования цифровых отношений. Первый подход, перспективный, – потому что ведущая роль государства, и его тотальный контроль, безусловно будет препятствовать развитию цифровых правоотношений, которые по своей природе более свободны и развиваются быстро и спонтанно. Второй подход, ретроспективный, не может быть применен, так как сами прецеденты пока еще не выработаны, отношения новые, и для их регулирования приходится смотреть вперед, а не оглядываться назад.

Чтобы решить эту проблему, необходимо диалектическое снятие – третий подход, который стал бы синтезом рассмотренных двух. Этот подход мог бы знаменовать переход на качественно новый уровень в правовом регулировании, но поиск его затруднен уже потому, что, казалось бы, он должен одновременно явить собой и некое диалектическое «снятие» в вопросах правопонимания. А синтез юснатурализма и юспозитивизма, как и их философских оснований – материализма и идеализма (так как это своего рода «основной вопрос права», что первично, закон или право):

⁴ Гегель Г. В. Ф. Философия права. Пер. с нем. М.: Мысль, 1990. С. 54.

⁵ См.: Михаленко Ю. П. Платон и современная антитеза либерализма и тоталитаризма. М.: Диалог – МГУ, 1998. С. 6–7.

⁶ Поннер К. Открытое общество и его враги: в 2 т. / пер. с англ. под общ. ред. [и с предисл.] В. Н. Садовского. М.: Феникс, 1992. Т. 1: Чары Платона. 446 с.

² См.: Радбрух Г. Указ. соч. С. 233.

³ См.: Там же. С. 228.

едва ли возможен на современном этапе. Именно поэтому попытки осуществить такой синтез в сфере правопонимания до настоящего времени не увенчались успехом (речь идет и о либертарно-юридической концепции, и об интегративном правопонимании).

Тем не менее, видимо, всё-таки есть то, что можно уже сегодня противопоставить юснатурализму и юспозитивизму, хоть и несколько в другой плоскости. И для этого также необходимо обратиться к истокам европейской теории права. Оба подхода Платона, предложенных им в трактатах «Государство» и «Закон», – это всё та же идея, где, в сущности, хвост виляет собакой. Для Платона справедливость – основополагающая идея, принцип, в соответствии с которым должно быть организовано идеальное государство. Философ стремится создать проект государства, в котором эта идея справедливости нашла бы наиболее полное воплощение. Теория идей как методологическая основа его правовой доктрины предопределяет использование своеобразной дедукции: философ переходит от более общей идеи справедливости к менее общему принципу построения идеального государства. Мыслитель утверждает, что государство должно быть основано по аналогии с сотворением космоса Богом-демиургом, т.е. разумно и в соответствии с идеей справедливости. Для Платона, как отмечает И. А. Исаев, всегда неустойчивая и ускользающая от познания политическая практика по качеству ниже, чем политическая идея⁷. То есть, переворачивая известное высказывание: «Человек для субботы, а не суббота для человека» (Марк. 2: 23–27).

Позднее, создавая проект наилучшего государства, Аристотель, кардинально разойдясь со своим учителем и другом ради истины, использует прямо противоположный метод перехода от частного к общему. Как отмечал Дж. Г. Льюис, Аристотель не допускал объективного существования идей, но не отрицал их в субъективном смысле в качестве материала для науки⁸. Так как идеи не являются сущностями, а общие термины лишь выражают отношения между отдельными предметами, он приходит к выводу, что существуют одни только реальные предметы, которые могут быть познаваемы через ощущения: по убеждению Аристотеля, наука всегда должна основываться на общих истинах⁹, поэтому он использовал метод открытия общего в частном, т.е. метод индукции. «Естественный метод исследования состоит в собирании фактов или частных, а потом выводе из них общих, относящихся ко всем предметам и их действиям»¹⁰. О модели государства Аристотеля В. Ф. Асмус писал: «Проект свой Аристотель построил, изучая реальные, существующие в его время экономи-

ческие структуры и типы государственной власти»¹¹. Используя метод индукции, философ выделяет черты разных форм правления и стремится объединить их. «Итак, правильнее суждения тех, кто смешивает несколько видов, потому что тот государственный строй, который состоит в соединении многих видов, действительно является лучшим» (Политика; кн. В, III, 11)¹².

Эту «линию» Аристотеля можно продолжить: противопоставление личности и государства, юснатурализма и юспозитивизма, справедливости и стабильности отчасти преодолевается в такой ценности, как общее благо. Общее благо – третья ценность, по Г. Радбруху, – основная идея социологического правопонимания находит наиболее полное отражение в третьей европейской правовой семье – скандинавской.

Если для естественно-правового типа правопонимания характерно представление, что истинное право, т.е. идеи справедливости, свободы, равенства и гуманизма, существуют «до» позитивного закона, то для позитивизма «право и есть закон», а для социологического подхода – право «после» закона, т.е. сама система правоотношений и рассматривается в качестве права, именно так называемого «живого» или «актуального» (в терминологии разных социологических школ) права.

Г. Радбрух наибольшее внимание уделял конфликту между правовой стабильностью и справедливостью, об общем благе он пишет применительно к целесообразности: «В иерархии этих ценностей мы должны поставить целесообразность права в том, что касается общего блага, на последнее место. Право не является только тем, что “полезно народу”»¹³. Но сегодня в условиях происходящих изменений возможно именно общее благо как основная правовая ценность может помочь преодолеть проблемы, стоящие перед современным обществом. Так, неслучайно опыт скандинавских стран в борьбе с пандемией, коррупцией, терроризмом широко обсуждается, внимательно исследуется и даже частично применяется в других странах. Специфика этих стратегий, как и, к примеру, распространенной в этих странах социологической теории уголовного преследования¹⁴, как раз состоит в том, что на первый план выходит представление об общем благе, о необходимости согласования различных социальных интересов.

В прежние десятилетия, как отмечает Г. фон Хофер в статье «Преступление и наказание в Скандинавии», Министерство юстиции было вынуждено балансировать между интересами власти и сограждан, которые охватывали как проблему защиты общества от правонарушителей, так и проблему защиты интересов правонарушителя. В настоящее время этот

⁷ См.: Исаев И. А. *Politica hermetika* : скрытые аспекты власти. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юрист, 2003. С. 44, 46.

⁸ См.: Льюис Дж. Г. *Античная философия : от Евклида до Прокла*. Минск : Галаксиас, 1998. С. 105.

⁹ См.: Там же. С. 106.

¹⁰ Цит. по: Там же. С. 107.

¹¹ См.: Асмус В. Ф. *Античная философия*. М. : Высшая школа, 2001. С. 285.

¹² Здесь и далее трактат Аристотеля «Политика» цит. по изд.: Аристотель. *Политика*. Афинская полития / предисл. Е. И. Темнова. М. : Мысль, 1997.

¹³ Радбрух Г. Указ. соч. С. 233.

¹⁴ См.: Lahti R. *Towards a rational and humane criminal policy – trends in Scandinavian penal thinking*. J. of scand. Studies in criminology A. crime prevention. Stockholm, 2000. Vol. 1. P. 141–155.

процесс значительно усложнился: двусторонние отношения сменились многосторонними, где меняющиеся интересы приспособляются к ситуации с учетом требований власти, оппозиционных политических партий, групп влияния и средств массовой информации¹⁵.

Не абсолютизируя законы и ограниченно пользуясь судебными прецедентами, судьи скандинавских стран могут позволить себе принять решение, опираясь на потребности общества, например, не применить меру ответственности к юридическому лицу, причинившему ущерб своими действиями другим физическим и юридическим лицам, если это приведет к его банкротству; в этом случае будет принято во внимание, что множество людей могут потерять работу. Такое решение может быть принято в ущерб ценностям справедливости и стабильности, но «выигрыш» в общественном благе будет очевиден. Необходимыми условиями такого подхода являются консолидированное общество и доверие государственной власти, что само по себе сегодня сложно представить, но становится очевидно, что за ним будущее и, прежде всего, в регулировании цифровых отношений.

Возможно, именно на этот тип правопонимания будет опираться правовое регулирование цифровых отношений и это определит соответствующие пути трансформации правовых актов. То есть, на первый план в правовом регулировании должно выйти не государство и не личность, а общество, его благо и интересы как целого, и процесс и результат такого регулирования должны соответствовать именно его интересам. Сами цифровые отношения предопределяют именно такой тип правового регулирования, так как, во-первых, имеют децентрализованную, сетевую, даже «ризоматичную» природу, исключая императивность и вертикальную иерархию, во-вторых, благодаря развитию цифровых технологий появляется возможность устранить те препятствия в правовом регулировании, которые еще совсем недавно казались непреодолимыми.

Анализируя закономерности генезиса и развития новых цифровых отношений, можно сделать вывод о тенденции их регулирования не «сверху», со стороны государственных органов в виде отдельных нормативных правовых актов, пусть даже законодательных, а скорее «снизу», со стороны институтов гражданского общества, причем глобально международного, так как государственные границы в этих отношениях, очевидно, будут играть всё меньшую роль, как и государство в целом. Такой метод регулирования можно условно назвать «медиационным» с организационной точки зрения, и «ризоматическим» – с правовой. Международным сообществом будут разработаны основные принципы, общие направления правового регулирования, применять которые в конкретных ситуациях будут специальные международные комиссии, куда будут входить специалисты-представители различных отраслей науки и практики. Сборники

¹⁵ См.: Ананиан Л. Л., Хофер Г. фон. Преступление и наказание в Скандинавии. Hofer H. von. Brott och straff i Skandinavien // Nord. tidsskr. for kriminalvid. København, 2003. Årg. 90, № 3. S. 178–191 // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4: Государство и право : реферативный журнал. 2005. № 3. С. 117–126.

решений этих комиссий станут использоваться для принятия новых решений, но не в качестве прецедентов, обязательных для применения и содержащих правовые нормы, а, скорее, нас ждет новая «рецепция», это будет по своему методологическому и регулиющему правовому значению новый «Кодекс Юстиниана».

Правовое регулирование станет таким же, как было в период римского права. Целесообразно вспомнить Дж. Бермана: «Понятия римского права, как и его многочисленные нормы, были привязаны к определенным юридическим ситуациям. Римское право состояло из сложной сети норм; однако они существовали не как интеллектуальная система, а скорее, как красочная мозаика практических решений конкретных юридических вопросов. Таким образом, можно сказать, что, хотя в римском праве присутствовали понятия, там отсутствовало определение самого понятия»¹⁶.

«Все нормы (definitiones) в гражданском праве опасны, ибо они почти всегда могут быть искажены», – гласит правило Яволена. Эти «нормы», несмотря на их отточенность и форму правовых принципов, имели значение только в контексте содержания дел, в которых они когда-то были применены, т.е. применительно к конкретным ситуациям. Именно такое правовое регулирование первоначально ждет цифровые отношения и такие правовые акты будут их регулировать. Закономерности генезиса римского, а затем и европейского права в его современном понимании, созданного усилиями глоссаторов и постглоссаторов, будут вновь повторены и воспроизведены при рождении новой области правового регулирования, тенденции эти вполне закономерны, иначе новая система правового регулирования не сможет возникнуть. Это не та сфера, в которой можно «придумать» новый «закон», ввести его в действие и ждать результата, именно в связи с уже упоминавшейся опасностью искажения. Сначала будут сформулированы принципы, которые будут играть роль основных направлений регулирования новой сферы общественных отношений – общие начала, первичные запреты, которые позволят очертить границы, определить меру, масштаб регулирования и выстроить приоритеты.

¹⁶ Berman Harold J. Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition. Harvard University Press, 2009. 216 p.

Уральский государственный юридический университет

Соловьёва А. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права

E-mail: araukaria@yandex.ru

Ural State Law University
Solovyova A. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Theory of State and Law Department
E-mail: araukaria@yandex.ru

УДК 343.13

**ЗАКОНОДАТЕЛЬНАЯ ТЕХНИКА
УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

О. В. Кузьмина, Е. А. Поцелуев

Ивановский государственный университет

Аннотация: в статье раскрыты следующие вопросы: влияние советского, романо-германского и англо-американского процессуального права на содержание Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в период его разработки, принятия и вступления в силу, а отсюда – эклектизм действующего Кодекса; многочисленные изменения и дополнения в УПК РФ; структура УПК РФ в сравнении с УПК РСФСР; особенности новой главы, посвященной принципам уголовно-процессуального права.

Ключевые слова: Уголовно-процессуальный кодекс РФ, законодательная техника, структура, принципы российского уголовно-процессуального права, новеллы в действующем УПК РФ, эклектика уголовно-процессуального закона.

**LEGISLATIVE TECHNIQUE OF CRIMINAL PROCEDURE CODE
OF THE RUSSIAN FEDERATION**

O. V. Kuzmina, E. L. Potseluev

Ivanovo State University

Abstract: the article considers the following issues: influence of Soviet law, civil law and Anglo-American procedural law on the content of the Criminal Procedure Code (CPC) of the Russian Federation (RF) in the time of its development, adoption and coming into effect, and hence the eclecticism of the current Code; numerous changes and amendments in the Criminal Procedure Code of the RF; structure of the CPC of the RF in contrast with the CPC of the RSFSR; peculiarities of the new chapter on the principles of the Criminal Procedure Code.

Key words: Criminal Procedure Code of the Russian Federation, legislative technique, structure, principles of the Russian Criminal Procedure Law, new laws of the current Criminal Procedure Code of the RF, eclectic of the criminal procedure law.

Поступила в редакцию 17 июля 2021 г.

Различные аспекты юридической техники уголовно-процессуального законодательства, в том числе законодательные дефиниции, привлекают внимание современных ученых¹.

¹ См.: Кузьмина О. В. Определение принципа состязательности в проекте УПК РФ (соблюдение правил законодательной техники) // Проблемы юридической техники : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород : Б.и., 2000. С. 706–710; Хрящева А. А. Юридическая техника регламентации предмета доказывания в уголовно-процессуальном законодательстве // Там же. С. 711–718;

Законодательная техника и требования к законодательству. По мнению профессора О. Ф. Скакун, «юридическая техника в правотворчестве» включает методики работы над текстами законов и подзаконных актов: 1) приемы оптимального изложения в них мысли законодателя (других субъектов правотворчества); 2) выбор наиболее целесообразной структуры акта, терминологии, языка; 3) специальные правовые средства, обеспечивающие соблюдение мысли законодателя (организационные меры, меры поощрения, контроля и др.); 4) способы внесения изменений, дополнений, отмены (полной или частичной); 5) систематизации актов по одному и тому же вопросу и т.п.»².

Во-первых, в определенной мере именно с таких позиций мы и рассмотрим законодательную технику УПК Российской Федерации (далее – УПК РФ и Кодекс): его структуру, принципы уголовно-процессуального права, институты уголовно-процессуального права, различные виды уголовно-процессуальных норм, способы внесения изменений в Кодекс, содержание изменений и дополнений в Кодекс с момента принятия и по настоящее время.

«Одним из важных условий совершенствования законодательства является овладение системой определенных требований, предъявляемых к процессу создания законов и подзаконных актов, – пишет член-корреспондент РАН (на 2000 г.) Д. А. Керимов. – Эти требования, выработанные

Москвитина Т. А. О влиянии интерпретационной практики на технико-юридическое совершенствование уголовно-процессуальных норм // Там же. С. 718–724; Поляков М. П. Законодательная дефиниция в уголовно-процессуальном праве // Законодательная дефиниция : логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические и практические проблемы : материалы Международного «круглого стола» (Черновцы, 21–23 сентября 2006 г.) / под ред. д-ра юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ В. М. Баранова, д-ра юрид. наук, проф., заслуженного юриста Украины П. С. Пацуркивского, канд. юрид. наук Г. О. Матюшкина. Н. Новгород : Юридическая техника, 2007. С. 1299–1305; Федуров А. В. К вопросу о конкретизации дефиниции доказательства в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации // Там же. С. 1305–1310; Александров А. С., Бестаев А. О. К вопросу о законодательной дефиниции понятия «уголовное преследование» // Там же. С. 1310–1313; Ковтун Н. Н., Гаврилюк Р. В. Реабилитация : о роли законодательных дефиниций в определении сути данного уголовно-процессуального института // Там же. С. 1313–1324; Шевелев А. В. К вопросу об определении уголовно-процессуального понятия «довод» // Там же. С. 1324–1329; Кухта А. А. К вопросу о законодательном определении понятия «неустранимые сомнения» и разъяснения смысла выражения «отсутствие сомнений» // Там же. С. 1329–1345; Марчук А. Д., Марушин Д. Н. К вопросу об определении в Уголовно-процессуальном кодексе понятий «жалоба» и «ходатайство» // Там же. С. 1345–1351; Кухта А. А., Фролов С. А., Частнов К. С. О возможности законодательного закрепления правил, касающихся относимости уголовно-процессуальных доказательств // Там же. С. 1352–1365; Круглов И. В., Зимина Т. Г. Об амбивалентности понятия «законность» в тексте русского уголовно-процессуального права // Там же. С. 1366–1374; и др.

² Скакун О. Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс) : учебник. Харьков : Эспада, 2007. С. 784–785.

ные в течение веков различными государствами, концентрированно формулируются в отрасли знания, именуемой законодательной техникой»³. Ученый ратует за то, чтобы законы были мудрыми и выразительными, логичными и лаконичными, строгими, четкими и ясными⁴. Согласны с тем, что нормы права, в том числе, закрепленные в законах, должны быть хотя бы рациональными, ясными (понятными, недвусмысленными), логичными (непротиворечивыми), по возможности краткими (лапидарными), а вот термин «строгость» нам кажется не самым удачным. «Строгими», на наш взгляд, должны быть уголовно-правовые санкции по сравнению с санкциями других отраслей внутригосударственного права.

Существует, как минимум, три позиции ученых относительно требований, предъявляемых к закону: «Во-первых, качество закона – это его способность соответствовать социальным реалиям (экономическим, политическим и иным), т.е. акцент делается на содержании закона. Во-вторых, качество закона проявляется прежде всего в том, что в нем формулируются потребности и требования социальной реальности, т.е. главное в нем – юридическая форма. Даже если закон точно транслирует требования жизни, но не удобоварим, его действенность окажется под вопросом. В-третьих, качество закона – это совокупность его свойств (касающихся как содержания, так и формы), позволяющая быть регулятором общественных отношений»⁵. Специалист по юридической технике профессор Т. В. Кашанина дает следующее определение: «Качество законодательства – это внутренне присущая его форме и содержанию совокупность социальных и юридических свойств, обуславливающая пригодность законодательства удовлетворять определенные потребности общества»⁶. По ее мнению, чтобы быть качественным, законодательство должно отвечать следующим требованиям: отражение воли государства, стремление к минимальному количеству нормативных актов, стабильность, своевременное обновление, полнота, конкретность, демократичность⁷. С первым положением можно было бы поспорить, так как государства могут иметь авторитарный или тоталитарный режимы и воля их руководителей отражается в законодательстве. Но Т. В. Кашанина последним требованием называет демократизм, а, следовательно, речь идет об отражении в праве воли такого государства и его высших органов, избранных демократическим путем, с помощью демократических процедур. С остальными требованиями мы согласны, но следует помнить, что конкретность законов, да и в определенной мере подзаконных нормативных правовых актов, имеет свои пределы, поскольку есть много абстрактных норм, легальные дефиниции также довольно абстрактны, это же можно сказать и про принципы права.

³ Керимов Д. А. Законодательная техника. Научно-методическое и учебное пособие. М. : НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2000. С. 1.

⁴ См.: Там же, примечание.

⁵ Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник. М. : Эксмо, 2007. С. 143–144.

⁶ Там же. С. 144.

⁷ См.: Там же. С. 144–148.

Профессор Ю. А. Тихомиров определяет законодательную технику как систему правил, предназначенных и используемых для познавательного-логического и нормативно-структурного формирования правового материала и подготовки текста закона. Он делит законодательную технику на две части: содержательную (связана с достижением адекватности законов и реальных общественных отношений) и формально-юридическую (связана с приданием общественным отношениям оптимальной правовой формы)⁸.

Требования к содержательным правилам законов: законность, соответствие нормам морали, целесообразность, обоснованность, эффективность, своевременность, стабильность, экономичность, реальность и оптимальность⁹. Важнейший способ формирования содержания нормативных правовых актов – принципы права, «потому что позволяют выразить содержание права в концентрированном виде. В принципах отражается сущностный и даже философский момент права. Принципами в праве, как и в большинстве наук, являются идеи, либо фундаментальные, либо просто важные, опирающиеся на здравый смысл, на практику судебных решений, иногда исходящие из сделанного выбора, и составляющие максимально абстрактные нормы и даже цели, которых будут придерживаться и по которым будет строиться юридическое рассуждение (правотворческое или правоприменительное)»¹⁰. Учитывая это обстоятельство и ограниченный объем данной статьи, большое внимание уделим принципам уголовно-процессуального права¹¹. Нам импонирует позиция профессора В. В. Ершова, который предлагает «признать “основополагающие (общие) принципы национального и международного права”, реализуемые в государстве, неоспоримым “правом” (juscogens) для правотворческих и правореализующих органов и лиц...»¹². Полага-

⁸ См.: Там же. С. 156.

⁹ См.: Там же. С. 158–166.

¹⁰ Там же. С. 169.

¹¹ О важности принципов права и интересе ученых к этой проблематике свидетельствует, в частности, проведение научных конференций в ведущих вузах страны. В них принимал участие и один из авторов данной статьи. См.: Поцелуев Е. Л. 1) Справедливость как мифологема, философия, принцип права и как принцип юридической ответственности // Принципы права : материалы всероссийской научно-теоретической конференции : Санкт-Петербург, 30 ноября 2006 г. / сост. С. В. Волкова, Н. И. Мальшева ; под общ. ред. Д. И. Луковской. СПб. : Б.и., 2007. С. 256–273; 2) Принципы права в западной теории права и философии права (середина XX – начало XXI вв.) // Принципы права : проблемы теории и практики : материалы XI международной научно-практической конференции : в 2 ч. М. : РГУП, 2017. Ч. 1 (разделы I–IV). С. 295–309; 3) Равенство и справедливость в философии права Г. Радбруха (1878–1949) и В. С. Нерсесянца (1938–2005) // Признание права и принцип формального равенства : сборник трудов международной научной конференции. Воронеж, 10–11 июня 2015 г. / редколл.: В. В. Денисенко (отв. ред.), М. А. Беляев. М. : Современная экономика и право, 2015. С. 279–288.

¹² Ершов В. В. Принципы права : актуальные теоретические и практические проблемы // Принципы права: проблемы теории и практики : материалы XI международной научно-практической конференции : в 2 ч. Ч. 1 (разделы I–IV). С. 38.

ем, что принципы важнее норм и что при коллизии нормы и принципа правоприменитель, в том числе суды, должны отдавать приоритет принципу, а не норме, не ее буквальному толкованию. В этом случае будет меньше проигранных Российской Федерацией дел в Европейском Суде по правам человека и будет меньше репутационных потерь для страны, ее судебной системы. Отметим, что корректнее, тем более в многонациональном обществе и государстве, право называть не национальным, а внутригосударственным.

УПК РФ: подготовка, реквизиты, юридическая сила, поправки, эклектика. Российское уголовно-процессуальное право является кодифицированным на уровне федерального закона. Действующий УПК РФ был принят Государственной Думой 22 ноября 2001 г., одобрен Советом Федерации 5 декабря 2001 г. Работа над проектом УПК после нескольких изменений составов рабочих групп, неоднократных обсуждений (нередко проводившихся без достаточной гласности) и интенсивных консультаций с зарубежными экспертами завершилась 18 декабря 2001 г., когда Президент РФ поставил на нем свою подпись.

Законодатель дал возможность правоприменителю не только освоить содержание закона, но и организационно подготовиться к его применению, введя УПК РФ в действие с 1 июля 2002 г.

Можно считать, что разработка проекта длилась в общей сложности 15 лет. Из них только в Федеральном Собрании РФ она шла почти семь лет. «Пожалуй, ни один другой закон, когда-либо принимавшийся в России, не отнимал столько времени у его создателей. Попутно можно добавить, что ни один другой закон не вызвал денежных затрат, сопоставимых с теми, которые были произведены в связи с подготовкой данного проекта, и не сопровождался привлечением многочисленных зарубежных экспертов (западноевропейских и американских)»¹³.

Такой длительный срок подготовки и принятия УПК объясняется немалыми трудностями, с которыми встретились его создатели. Главная из них состояла в различных подходах ученых и практиков к претворению в жизнь Концепции судебной реформы в Российской Федерации. Среди них были как сторонники традиционных представлений о судопроизводстве, так и новаторы, ратовавшие за привнесение в отечественный уголовный процесс западных юридических конструкций и институтов.

УПК РФ наделен специфической юридической силой по отношению к другим федеральным законам. Это прямо вытекает из предписаний ст. 4 Закона о введении его в действие. Идея о приоритетном характере Кодекса по отношению к другим законам выражена также и в ч. 1 и 2 ст. 7 УПК РФ, ориентирующих должностных лиц органов, участвующих в производстве по уголовным делам, на то, чтобы они не применяли даже федеральные законы в случае признания их противоречащими или несоответствующими УПК.

¹³ Гуценко К. Ф. Источники уголовно-процессуального права // Уголовный процесс : учебник для студентов юрид. вузов и факультетов / под ред. К. Ф. Гуценко. М. : Зерцало, 2005. С. 49–50.

УПК РФ является основным источником уголовно-процессуального права по содержанию и по значению.

На законодательном уровне особая стабильность УПК РФ подчеркивается тем, что с 2015 г. внесение в него изменений допускается только отдельными федеральными законами. Единственным исключением из этого правила являются федеральные законы, одновременно вносящие поправки в УК РФ.

О состоянии современного российского уголовного судопроизводства дискуссии ведутся с момента принятия ныне действующего УПК РФ. Еще до введения его в действие, наряду с позитивной оценкой нового уголовно-процессуального закона, все более нарастала волна критических высказываний. Изменения уголовно-процессуального закона начались до введения его в действие и продолжают до сих пор: в общей сложности на апрель 2021 г. в УПК РФ внесены изменения 263 федеральными законами. Если УК изменяется 17 раз в год, то УПК – 28 раз. Эти данные привела профессор Л. А. Воскобитова 28 апреля 2021 г. в докладе «Современное уголовное судопроизводство: поиск истины и мечты о справедливости» в рамках авторского инициативного проекта «Философские беседы о праве» кафедры философии и социологии МГЮУ им. О. Е. Куцафина (МГЮА).

В чем причина? Ныне действующий УПК представляет собой конгломерат разрозненных идей, вводимых не всегда продуманными, непоследовательными многочисленными поправками, дополнениями и изменениями. Профессор Л. М. Володина считает, что объяснение этой непоследовательности лежит в отсутствии глубоко продуманной концепции уголовного судопроизводства, которое, в свою очередь, вызвано отсутствием концепции единой уголовной, уголовно-процессуальной, пенитенциарной и уголовно-профилактической (превентивной) политики государства в сфере противодействия преступности¹⁴. Мы разделяем ее позицию.

В основу концепции УПК РФ была положена идея об уголовном процессе охранительного типа, т.е. уголовном судопроизводстве как сфере, которая гарантирует права и свободы человека. В таких условиях особое значение приобретает качество уголовно-процессуального закона, возрастают требования определенности, непротиворечивости его норм. Кроме того, важно обеспечить единообразное понимание и применение положений УПК на практике. Здесь нельзя не отметить уникальный национальный проект мониторинга УПК РФ (до 1 января 2004 г.) или наблюдения за ходом подготовки и введения в действие УПК РФ, который проводился Межведомственной рабочей группой (далее – МРГ), созданной на общественных началах при Комитете по законодательству Государственной Думы третьего созыва. При этом МРГ могла выбрать один из двух вариантов совершенствования УПК. Можно было бы задержать

¹⁴ См.: Володина Л. М. Актуальные проблемы уголовного судопроизводства : науч.-практ. пособие. М. : Юрлитинформ, 2020. С. 3.

процесс внесения поправок в него на определенный период времени (так было сделано применительно к Гражданскому кодексу РФ). Однако Комиссия избрала другой путь, необычный для деятельности России: путь корректировки Кодекса в первые годы его применения, «ибо легче исправить процессуальный закон сразу после его принятия и таким образом повлиять на его основе на практику, нежели переломить практику, сложившуюся в результате стихийного поиска правоприменителями механизма преодоления несовершенства закона...»¹⁵. В результате за пять лет действия УПК РФ было принято 26 федеральных законов, внесших 666 поправок в 209 статей из 473 статей этого федерального закона. Если внимательно проанализировать все принятые законы, то внесенные ими поправки можно разделить на три группы: 1) содержательные поправки, связанные с необходимостью совершенствования его норм (например, Федеральный закон от 29 мая 2002 г. № 58-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации», первый федеральный закон, внесший поправки в УПК РФ еще до введения его в действие; в этой связи с инициативой внесения в Государственную Думу проекта данного федерального закона выступил Президент РФ В. В. Путин); 2) поправки, которые хотя и обусловлены принятием других федеральных законов, однако затрагивают концептуальные моменты уголовного судопроизводства (Федеральный закон от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ «О внесении в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации»); 3) поправки, продиктованные принятием других федеральных законов и вытекающие из них уточнения наименований государственных органов, осуществляющих процессуальные полномочия, или изменение подсудности и подсудности дел в связи с включением в Особенную часть УК новых составов преступлений (например, Федеральный закон от 29 июня 2004 г. «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию государственного управления»)¹⁶.

УПК РФ оказался очень эклектичным, будучи результатом трехстороннего влияния: советского, континентального и англо-американского¹⁷.

¹⁵ Мизулина Е. Б. Правовая необходимость или политическая целесообразность // Уроки реформы уголовного правосудия (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введением в действие) : сб. ст. и материалов / отв. ред. А. Е. Лебедев и Е. Б. Мизулина. М. : Норма, 2007. С. 108.

¹⁶ См.: Там же. С. 111.

¹⁷ Одним из разработчиков УПК РФ был Билл Бауринг – профессор права Колледжа Бирбек Лондонского университета (Великобритания), директор магистерской программы «Права человека», адвокат-барристер, участник многих международных научных конференций, в том числе на юридическом факультете ИвГУ. 2 июля 2021 г. по инициативе доцента Е. Л. Поцелуева ему было присвоено звание «Почетный профессор Ивановского государственного университета». См.:

Прежде всего Кодекс в неизменном виде сохранил многие советские институты, которые почти несовместимы с западным уголовным процессом. Например, нормы, регулирующие стадию возбуждения уголовного дела, организацию предварительного следствия, главы о доказательствах и доказывании. Не соответствуют идее «чистой» состязательности нормы, обязывающие следователя устанавливать обстоятельства как обвинительного, так и оправдательного характера (ст. 73 УПК РФ); положения об обязанности суда собирать доказательства в целях установления всех обстоятельств, подлежащих доказыванию (ст. 73, 85, 86 УПК РФ). Перечень примеров институционально взаимоисключающих процессуальных подходов можно было бы продолжить. Полноценная стадия предварительного расследования и присущее ей разграничение дознания и предварительного следствия могут быть только в континентальном (романо-германском) уголовном процессе. В то же время произошло инкорпорирование так называемых «дел с правосудием» в уголовно-процессуальное законодательство России, только с другим названием – «Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением» (гл. 40 УПК РФ) и «Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве» (гл. 40 со значком 1 УПК РФ). Эти институты противоречат правилам об использовании в качестве доказательств признательных показаний обвиняемого, предусмотренным в ч. 2 ст. 77 УПК РФ.

Структура УПК РФ. Его структура, на наш взгляд, четкая и логически верная. Не смотря на то, что в тексте Кодекса отсутствуют указания на Общую и Особенную части, фактически такое деление существует. В Общей части содержатся предписания, применяемые во всех стадиях процесса. К Особенной части относятся нормы, определяющие порядок производства в отдельных стадиях процесса или по отдельным категориям уголовных дел.

Действующий УПК РФ состоит из 6 частей, 19 разделов и 64 глав, четыре из которых утратили силу.

Новеллы (приложения, международное сотрудничество). Существенным моментом, характеризующим УПК, является то, что в него была включена часть 6 с многочисленными приложениями. Она определяла порядок оформления процессуальных действий и решений на бланках процессуальных документов.

Ни в Уставе уголовного судопроизводства 1864 г., ни в УПК РСФСР 1922, 1923, 1960 гг. таких приложений не было. Бланкам процессуальных документов значение актов, имеющих силу закона, не придавалось. Они разрабатывались и утверждались в советский период Генеральной прокуратурой, Министерством юстиции, Министерством внутренних дел и некоторыми другими министерствами и ведомствами. При отсутствии изготовленного в типографии бланка должностные лица, которые

осуществляли производство по уголовным делам, могли составлять процессуальные документы в произвольной форме. Важным считалось соответствие этих документов требованиям закона своим содержанием, а не оформлением. Существенное изменение юридического значения бланков процессуальных документов было в высшей степени новым и крайне неожиданным явлением не только для российского уголовного судопроизводства, но и для процессуальной деятельности многих других стран, в том числе ведущих западных¹⁸.

Включение образцов процессуальных документов было продиктовано стремлением унифицировать практику применения норм УПК. Прежнее многообразие процессуальных документов, разработанных отдельными ведомствами, порождало многообразие практик применения Кодекса, а значит, и плюрализм понимания законности в сфере уголовного судопроизводства.

Рассматриваемое нововведение было обусловлено также и тем, что уголовное судопроизводство в России, особенно на досудебных стадиях, в значительной мере сохраняет письменную форму. Образцы процессуальных документов в подобных условиях выступают своего рода правовыми стандартами осуществления процессуального действия.

Однако Федеральный закон от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ «О внесении изменений в УПК РФ и Федеральный закон «О прокуратуре РФ» снял требования, связанные с едиными стандартами процессуальных действий и решений, исключив из Кодекса все положения, которые были связаны с процессуальными формами или образцами процессуальных документов. Видимо, это было вызвано тем, что на практике возникло немало проблем, связанных с оценкой тех доказательств, которые фиксируются в процессуальных документах, не соответствующих закрепленным в УПК бланкам во всех деталях их предустановленной формы. Такие доказательства должны быть признаны недопустимыми (ст. 75 УПК РФ).

Профессор Е. Б. Мизулина выразила надежду, что пятилетний опыт применения УПК в условиях, когда существовали единые процессуальные стандарты, оказался достаточным, чтобы далее правоприменительная практика могла сохранить свое процессуальное единство и при отсутствии в законе норм, устанавливающих формы процессуальных документов и действий¹⁹.

Новеллой выглядит и ч. 5 УПК РФ, регламентирующая вопросы международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства и содержащая правила осуществления в ходе него процессуальных действий и принятия соответствующих решений. В ней установлен порядок взаимодействия органов дознания, следователей, прокуроров и судов с соответствующими компетентными органами и должностными лицами иностранных органов и международными организациями. Это имеет важное значение в условиях, когда преступность приобрела транснациональный характер.

¹⁸ См.: Гуценко К. Ф. Указ. соч. С. 52.

¹⁹ См.: Мизулина Е. Б. Указ. соч. С. 115–116.

Способы, методы и тип правового регулирования. В УПК имеются нормы, содержащие дозволения (разрешения) на совершение действий. Тем самым они запрещают действия и отношения, не разрешенные законом. Именно в смысле разрешения в УПК употребляется термин «вправе», когда речь идет, например, о применении меры пресечения (ст. 97 УПК РФ).

Некоторые нормы в Кодексе содержат запреты (например, ст. 10). Но большинство уголовно-процессуальных норм относится к обязывающим, предписывающим совершение определенных действий, в силу особенностей предмета правового регулирования. Например, предписание о собирании доказательств дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, содержащееся в ч. 1 ст. 86 УПК.

Таким образом, законодатель при изложении норм в УПК использовал, как минимум, три способа правового регулирования – дозволения, запреты и особенно – обязывания. Поэтому можно говорить, что налицо два метода правового регулирования – диспозитивный и, в большей мере, – императивный, что логично, закономерно, поскольку речь идет о сфере публичного права. Между рядом участников процессуальных отношений: дознаватель – подозреваемый, следователь – обвиняемый; судья – подсудимый; судья – другие участники процесса (защитник, эксперт, свидетель) – возникают и существуют отношения субординации, иерархии, властеотношения. Тип правового регулирования – специально-разрешительный²⁰, поскольку законодатель справедливо отдал приоритет не дозволениям, а запретам и обязываниям, что характерно для правового регулирования отраслей публичного права.

Принципы уголовно-процессуального права. В УПК РФ впервые включена специальная глава, посвященная принципам уголовного судопроизводства (гл. 2). Полагаем, что законодатель поступил правильно. В ней содержатся нормативные положения, которые являются исходными (определяющими), общими для законодательной регламентации и осуществления всей уголовно-процессуальной деятельности, для построения всех ее стадий и институтов уголовного судопроизводства. У многих ученых и практиков такой прием (непосредственное закрепление принципов в статьях российского кодифицированного закона) вызвал поддержку. Это было связано с тем, что лица, применяющие нормы права, вступающие или вовлекаемые в правоотношения, таким образом получают возможность соотносить осуществляемые действия или принимаемые решения с базовыми

²⁰ «Специально-разрешительный – тип правового регулирования, основанный на общем запрете, в рамках которого закон устанавливает конкретные дозволения. Принцип специально-разрешительного режима (это относится и к типу правового регулирования. – О. К., Е. П.): «запрещено все, кроме того, что прямо разрешено законом». По этому типу правового регулирования устанавливаются правовые статусы и функции должностных лиц, государственных служащих, министров, прокуроров, судей, мэров городов и др. Например, суд по уже решенному делу вправе вновь возвратиться к нему только в случаях, которые прямо предусмотрены в законе», – пишет О. Ф. Скаун. См.: Скаун О. Ф. Указ. соч. С. 318.

требованиями, заложенными в основу конкретной отрасли права или вида правоприменительной деятельности²¹. Однако наличие в УПК РФ специальной главы, в которой четко определена система принципов, вызвало к жизни другие проблемы. В условиях действующего правового регулирования принципы не могут находиться за пределами рассматриваемой нами главы и выводиться из ряда других нормативных предписаний. А если это так, то насколько совершенна и адекватна современным потребностям регламентации и уголовно-процессуальной деятельности та система принципов, которая сформирована на сегодняшний день законодателем? Некоторые ученые считают, что закрепленная в УПК РФ система принципов не вполне отражает сущность отечественного уголовного процесса, что существует недооценка роли принципов в механизме уголовно-процессуального регулирования²². Другие исследователи обращают внимание на проблему взаимосвязи принципов и полноты их системы²³.

Важно отметить, что гл. 2 УПК РФ, пожалуй, является наиболее стабильной его частью на фоне бесконечных изменений и дополнений, вносимых в этот закон. Но и она была дополнена двумя новыми принципами: в 2010 г. закреплено положение о разумном сроке уголовного судопроизводства (ст. 6.1), а в 2013 г. – о независимости судей (ст. 8.1).

Есть ученые, которые не согласны с включением в число принципов процессуальной деятельности правила о разумности сроков уголовного судопроизводства, полагая, что оно определяет сущность и направление развития всей системы уголовного судопроизводства. Они предлагают считать его одним из общих условий как досудебной, так и судебной деятельности²⁴. По нашему мнению, все право должно быть разумным: внутригосударственное и международное, публичное и частное, материальное и процессуальное, что позволит ему быть более эффективным регулятором общественных отношений²⁵, а, следовательно, его нормы и принципы будут максимально реализованы.

²¹ См.: *Безруков С. С.* Принципы уголовного процесса : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 14.

²² См.: Там же. С. 4.

²³ См.: *Михайловская И. Б.* Цели, функции и принципы уголовного судопроизводства. М. : Проспект, 2003. С. 119.

²⁴ См., например: *Аширбекова М. Т.* Соблюдение разумного срока как качественная характеристика производства по уголовному делу // Российская юстиция. 2010. № 12; *Быков В. М.* Новый закон о разумном сроке уголовного судопроизводства // Законность. 2010. № 11.

²⁵ См. об эффективности права, эффективности правового регулирования: *Жинкин С. А.* Эффективность права : антропологическое и ценностное измерение : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Краснодар, 2009; *Алексеев С. Н.* Эффективность институционально-правового механизма обеспечения правопорядка : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2011; *Оносов Ю. В.* Диалектика соотношения социальной и юридической эффективности правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2011; Эффективность правового регулирования : монография / под общ. ред. А. В. Полякова, В. В. Денисенко, М. А. Беляева. М. : Проспект, 2017; и др.

К. Е. Коваленко отмечает, что «в правоведении наблюдается повышенный интерес к соотношению разумности правовых установлений в обществе и разумности претворения правовых предписаний в жизнь, прежде всего посредством судебного правоприменения», и связывает это с «активизацией действия на территории России Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (ст. 6) и принятого Федерального закона от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»²⁶.

«В период с 1994 г. по 2015 г. Конституционный Суд Российской Федерации обращался к понятию разумности примерно в каждом тринадцатом решении (1655 из 23 127), Верховный Суд Российской Федерации – примерно в каждом двадцатом (4501 из 93 197)... Каждое четвертое решение Европейского Суда по правам человека в отношении Российской Федерации за 2014 год касается обеспечения разумности (46 из 209)». Эти данные приводит К. Е. Коваленко в своей работе²⁷.

В доктрине российского уголовного процесса сегодня существуют и другие, отличные от законодательных установок, представления о том, какие положения необходимо рассматривать в качестве имеющих принципиальное значение и как их следует сформулировать. В частности, активно обсуждается вопрос о необходимости включения в нормативно закрепленную систему принципов отечественного уголовного судопроизводства таких требований, как публичность; справедливость; полнота, всесторонность и объективность обстоятельств совершенного преступления; необходимость достижения объективной (материальной) истины²⁸; нравственность уголовного судопроизводства; и др.

Нечто большее, чем принцип, видят профессор А. В. Смирнов – в состязательности²⁹, а И. А. Пикалов – в законности уголовного судопроизводства³⁰. Состязательность в демократических государствах – это межотраслевой (общепроцессуальный) принцип права, а законность – общий или общеправовой принцип, а, значит, он должен быть присущ любой отрасли законодательства и любой отрасли права. Т. В. Кашанина утверждает, что «принцип законности – самый важный юридический

²⁶ *Коваленко К. Е.* Разумность в праве : основные формы проявления : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2015. С. 5.

²⁷ См.: Там же.

²⁸ См., например: *Кузьмина О. В.* 1) Состязательность уголовного судопроизводства как способ достижения истины // Бюллетень Международной Ассоциации содействия правосудию (приложение к журналу «Уголовный процесс». 2015. № 1. С. 59–65; 2) Истина и состязательность уголовного судопроизводства // Актуальные проблемы юридической науки и практики : Гатчинские чтения – 2017 : в 2 т. : сб. науч. трудов по материалам Международной науч.-практич. конф. (г. Гатчина, 31 марта 2017 г.). Гатчина : ГИЭФПТ, 2017. С. 288–292.

²⁹ См.: *Смирнов А. В.* Состязательный процесс. СПб. : Альфа, 2001. С. 18, 27.

³⁰ См.: *Пикалов И. А.* Принципы отечественного уголовного процесса. М. : Юрлитинформ, 2012. С. 46.

принцип, по которому ни один индивид, ни одна группа индивидов, ни один орган государственной власти не вправе действовать вопреки закону в широком понимании этого слова»³¹.

Ученые спорят также о том, является ли принципом уголовного процесса свобода оценки доказательств (ст. 17 УПК РФ) или это правило оценочной деятельности.

Таким образом, авторы отмечают, что ряд положений, позиционируемых законодателем в качестве принципов, таковыми не являются. Особое возмущение вызывает включение в гл. 2 УПК РФ положения о назначении уголовного судопроизводства (ст. 6). Очевидно, что задачи уголовно-процессуальной деятельности принципами не являются³².

Профессор М. П. Поляков утверждает, что большинство авторитетных ученых-процессуалистов (к примеру, профессор З. З. Зинатуллин) высказали критическое отношение к формулировкам, содержащимся в ст. 6 УПК РФ. Данный специалист считает, что эта законодательная дефиниция «перечеркивает ряд существенных моментов, которые были закреплены в УПК РСФСР, в частности, нацеленность уголовного процесса на быстрое и полное раскрытие и расследование преступлений. Примечательно, что УПК большинства стран СНГ не только сохранили привычный термин “задачи” (“назначение” – это новелла УПК РФ), но и оставили на месте эту важнейшую методологическую установку»³³.

Как справедливо пишет профессор И. Б. Михайловская, «установленный законом перечень принципов не исключает, а предполагает необходимость теоретических изысканий, предметом которых могут быть как вопросы, связанные с реализацией в нормативной модели и практике применения указанных в законе принципов, так и проблема системы принципов, их взаимосвязи, полноты»³⁴.

В юридической литературе выработан ряд требований, которым должна отвечать система уголовно-процессуальных принципов. К ним относят: адекватность (отражение в системе принципов существенных черт уголовного процесса), полноту или достаточность, непротиворечивость (неприемлемость присутствия в системе взаимоисключающих предписаний), независимость (недопустимость дублирования схожих по своей сути положений)³⁵. Кстати, по мнению специалистов, непротиворечивость и единство правовой системы обеспечивает разумность³⁶. Если разумность способна на подобный эффект в полисистеме – правовой системе общества, то и в меньшей системе (субсистеме, подсистеме) – системе уголов-

но-процессуального права эта категория также должна выполнять данную функцию.

Именно вышеуказанным требованиям и должен, на наш взгляд, следовать законодатель, формируя главу, содержащую систему принципов российского уголовного процесса. А будет ли это в новом кодексе или уже в существующем – это дело второе и зависит не от позиций ученых, тем более, что они существенно разнятся, а от воли политической элиты страны.

Итак, в результате анализа действующего УПК РФ можно сделать следующие выводы.

Во-первых, можно констатировать рекордно длительный для Российской Федерации срок от разработки до принятия УПК РФ по сравнению со всеми другими действующими кодифицированными законами.

Во-вторых, «политика открытых дверей», курс на демократизацию страны, либерализацию законодательства, на сотрудничество с Западом привел к активному участию в подготовке проекта УПК европейских, американских и английских ученых-юристов, что выразилось в том, что в УПК вошли институты не только отечественного (советского) уголовно-процессуального права, но романо-германского и англо-американского, причем получился не симбиоз, а эклектика, поскольку некоторые институты явно противоречат друг другу, что ставит под сомнение принцип системности Кодекса в этом аспекте.

В-третьих, Кодекс имеет, по сути, пандектную систему, что характерно для кодифицированных законов стран, входящих в романо-германскую правовую семью. Реквизиты Кодекса отвечают всем требованиям, существующим в Российской Федерации.

В-четвертых, поддерживаем позицию законодателя о закреплении принципов в кодифицированных законах, в том числе в УПК, но считаем, что в него нужно включить, как минимум, и принципы публичности и справедливости, а принцип назначения уголовного процесса исключить из гл. 2, так как это не принцип, а задачи уголовного судопроизводства, и посвятить им отдельную статью в гл. 1 действующего УПК.

В-пятых, законодатель в тексте Кодекса использовал различные нормы права – дозволения, запреты и особенно – обязывания (обязывающие), т.е., как минимум, три способа правового регулирования; два метода правового регулирования – диспозитивный и преимущественно – императивный; специально-разрешительный тип правового регулирования, что правильно, логично, поскольку уголовно-процессуальное право – это сфера публичного права.

В-шестых, мониторинг применения норм Кодекса доказал свою эффективность и привел к серьезным изменениям уголовно-процессуального закона, поэтому подобный мониторинг следует проводить после вступления в действие и других кодифицированных актов.

В-седьмых, нужно тщательно анализировать действующее законодательство при внесении новелл, чтобы обеспечить внутреннюю согласованность вносимых норм с уже существующими.

³¹ Кашанина Т. В. Указ. соч. С. 169.

³² См., например: Васильев О. Л. Справедливость на досудебных стадиях уголовного процесса России. М. : Юрлитинформ, 2017. С. 11.

³³ Поляков М. П. Указ. соч. С. 1304.

³⁴ Михайловская И. Б. Указ. соч. С. 119.

³⁵ См.: Манова Н. С. Понятие принципов уголовного судопроизводства и их система // Принципы российского уголовного судопроизводства : содержание и проблемы реализации / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Н. С. Мановой. М., 2019. С. 23.

³⁶ См.: Коваленко К. Е. Указ. соч. С. 9.

Ивановский государственный университет

Кузьмина О. В., кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права и процесса юридического факультета, первый проректор
E-mail: kuzolga03@mail.ru

Поцелуев Е. Л., кандидат исторических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета
E-mail: elp777@yandex.ru

Ivanovo State University
Kuzmina O. V., PhD in Law, Associate Professor, Head of the Department of Criminal Law and Procedure, First Vice-Rector
E-mail: kuzolga03@mail.ru

Potseluev E. L., PhD in History, Associate Professor, Head of the Theory and History of State and Law Department
E-mail: elp777@yandex.ru

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ «ПРОБЕЛ В ПРАВЕ» В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВИЗАЦИИ ПРАВОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Т. В. Шатковская

Южно-Российский институт управления – филиал РАНХиГС
при Президенте РФ

Аннотация: статья посвящена проблеме конструирования понятия «пробел в праве» в условиях цифровизации как нового тренда правового развития. Автором осуществлена верификация научных подходов к рассматриваемому понятию и подведены некоторые итоги его исследования. В работе доказывается, что пробел может быть только в позитивном праве. Автором выделены проблемы, без решения которых невозможно «беспробельное» правообразование и разработаны подходы к их решению.

Ключевые слова: пробел закона, правовая конструкция, пробельность права, правовое понятие, цифровая реальность, цифровая экономика.

ON THE ISSUE OF THE CONCEPT OF “GAP IN LAW” IN THE CONTEXT OF DIGITALIZATION OF LEGAL REALITY

T. V. Shatkovskaya

The Russian Presidential Academy of National Economy
and Public Administration

Abstract: the article is devoted to the problem of constructing the concept of "gap in law" in the context of digitalization as a new trend in legal development. The author verified scientific approaches to the concept under consideration and summed up some of the results of his research. The work proves that the gap can only be in positive law. The author highlighted the problems, without the solution of which it is impossible to "gap-free" legal education and developed approaches to their solution.

Key words: gap in law, legal structure, gap in law, legal concept, digital reality, digital economy.

Поступила в редакцию 28 июня 2021 г.

В современной юриспруденции система понятий выстроена на основе правового материала конца XIX–XX вв. Появление цифрового пространства актуализирует исходные задачи общей теории права, а именно научное описание, обобщение и систематизацию юридического материала в логически продуманное целое. Противоречие между ограниченностью теории права и все возрастающими вызовами, стоящими перед практической юриспруденцией, породило множество не связанных общим смыслом и системным единством определений, ассоциируемых больше с вавилонским столпотворением, чем с правопорядком. Исключением не является и понятие «пробел в праве», «общий» смысл которому по-разному придают в отраслевых юридических науках. Так, специалисты по уголовному праву под пробелом в праве понимают «неполноту правового регулирования с его внутренней стороны, несовершенство правовой регламентации, затрудняющее реализацию права»¹.

¹ Галкин В. М. Пробелы в уголовном праве и пути их преодоления // Проблемы совершенствования советского законодательства. М., 1988. С. 33.

В международном праве пробелом считается обусловленное «объективными и субъективными факторами правообразования явление, означающее недостаточность международного права, неполноту или отсутствие юридических норм», необходимых для закрепления существующих или возможных в ближайшей перспективе связей субъектов права².

Понимание того, что есть пробел в праве, исключительно методами анализа, классификации и систематизации действующего законодательства сдерживает развитие права, так как ограничивает научное объяснение тем, какое право есть, а не каким оно должно стать, а также познание сущности и актуального состояния правовых явлений, целей и принципов нормального правового общения, выработку научно-рациональных форм и юридико-технических средств их достижения.

Современные правоведы в большинстве своем ведут историографию исследований пробелов в праве с советской юридической литературы, чем допускают, на наш взгляд, весьма существенное упущение. В досоветской общей теории права специальных исследований о пробелах в праве и законодательстве нет. Однако понятие пробела изучается, причем не только применительно к законодательству³, которое, как отмечал Л. И. Петражицкий, не может заполнить вновь возникающих вопросов жизни⁴. Этот недостаток Ф. В. Тарановский переносит на все действующее положительное право, характеризуемое пробельностью, которая может быть преодолена либо аналогией закона, либо аналогией права с помощью его общих принципов, и наконец, в исключительных случаях — обращением к абстрактной идее справедливости⁵.

Пробел в положительном праве, по Ф. В. Тарановскому, чаще всего обнаруживается в случаях его применения и преодолевается тремя способами: оставлением казуса без юридического решения, путем издания нового закона, принятием судебного акта. Именно третий способ, т.е. восполнение пробелов положительного права судом, он считал оптимальным, но порождающим вопросы: о значении судебной практики как самостоятельного источника права и взаимоотношениях между судом и законом⁶.

Интерес вызывает высказанное Ф. В. Тарановским суждение о возможности обнаружения пробела в положительном праве при научно-догматической разработке юридической техники. В этой связи ученый разъясняет технологию использования аналогии закона, объясняя ее отличие от толкования, которое выражается в возможности свободного правотворения правоприменителя, обобщающего норму, извлекающего из нее наиболее общие начала. Невозможность применения аналогии, по мне-

нию Ф. В. Тарановского, свидетельствует о наличии абсолютного (безусловного) пробела. Именно такие пробелы привлекают особое внимание правоведов, которые по способам их решения подразделены ученым на старое и новое направление⁷.

Начало XX в. стало временем новой теории права, обрушившейся с критикой на юриспруденцию понятий. Прежде всего оспаривалась логическая завершенность положительного права. Это объяснялось тем, что общие принципы выводятся из действующего правового материала и, соответственно, они не применимы для решения казусов, не предусмотренных им. Соответственно, восполнение пробелов невозможно осуществить конструктивно-дедуктивным путем. В качестве альтернативы предложено «свободное правотворение» в порядке правоприменения, учитывающее социальную обстановку подлежащего регулированию обстоятельства и руководствующееся естественной справедливостью как критерием для оценки положительного права. Сторонники социальной юриспруденции исходят из неизбежности пробелов права, которые догматической юриспруденции приходится восполнять, переходя от правоприменения «к самостоятельному до известной степени правотворению».

В советской теории права пробелом признавалось полное или частичное отсутствие необходимых для удовлетворения практических потребностей нормативных установлений, т.е. в широком смысле — отсутствие полноты, несовершенство права, а в узком смысле — незавершенность юридических предписаний, нарушающих функционирование законодательства. Такой позиции придерживаются В. И. Акимов⁸, А. С. Пиголкин, ограничивавшие сферу правового регулирования случаями, указанными в нормативно-правовых актах. Исходя из этого, А. С. Пиголкин делает вывод об отсутствии пробелов в отраслях и институтах законодательства⁹.

Широкий подход реализован в исследовании В. В. Лазарева. Под пробелом в праве он понимает и дефект государственной воли, и дефекты в системе права, выражающиеся в отсутствии необходимых для регулирования общественных потребностей норм права и их совокупностей, и «нерегулированность конкретной нормой отношений, закрепленных общей нормой». Автор настаивает на широком понимании пробела, полагая, что его узкое понимание непригодно «для объяснения многих правовых явлений».

В целом в советский период российская юриспруденция возвращается к подходам к пробелам в праве догматической юриспруденции. Такой выбор обернулся рядом негативных последствий. В их числе возврат к юриспруденции понятий в ее наиболее консервативных статистических проявлениях, так как в отличие от догматической юриспруденции XIX — начала XX в., основанной на принципах легальности и научности, со-

² См.: Лихачев В. Н. Пробелы в современном международном праве. Казань, 1985. С. 15, 16.

³ См.: Рожественский А. А. Общая теория права. М., 1909. С. 69–110.

⁴ См.: Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1910. С. 564, 565.

⁵ См.: Тарановский Ф. В. Энциклопедия права. Берлин, 1923. С. 175.

⁶ См.: Там же. С. 205.

⁷ См.: Тарановский Ф. В. Указ. соч. С. 270.

⁸ См.: Акимов В. И. Понятие пробела в праве // Правоведение. 1969. № 3. С. 110–112.

⁹ См.: Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоления пробелов права // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 49, 50.

ветская юриспруденция исходила из постулатов марксистско-ленинской идеологии и практической целесообразности советского общежития.

Следствием вышесказанного становится отождествление права и советского закона. Поэтому и пробельность законодательства была прямо спроецирована на пробелы в праве. Так, в одной из статей известных советских юристов прямо сказано, что пробелы в праве есть выражение «несовершенства права, отсутствия в нем необходимых компонентов»¹⁰.

Единственный позитивный аспект пробела, который был выявлен советскими юристами, заключался в том, что он является основанием для появления новой юридической нормы. Только в рамках правотворческой деятельности ученые видели возможность и установления (с помощью формально-юридических или конкретно-социологических методов), и восполнения пробела в праве¹¹.

Современная юридическая наука в целом остановилась на советском подходе к пониманию пробела в праве¹². В частности, вызывает дискуссию положение, содержащееся в ряде исследований, о том, что если пробелы возникают в положительном (позитивном) праве, то они могут быть исследованы только методами позитивистского подхода. Признанные в течение столетий способы восполнения пробелов – аналогия закона и аналогия права – не исключают выход правоприменителя за рамки действующего права, и его усмотрение.

Поэтому до сегодняшнего дня пробел в праве остается пробелом в юридической науке. Прежде всего отсутствует ответ на вопрос о моменте и приемах установления пробела в положительном праве, его критериях, позволяющих определить наличие и квалифицировать вид пробела. Нет единообразия и в подходах к их восполнению, не выходящих за пределы аналогии права и закона.

Некоторые итоги исследования пробела в праве цифровой эпохи

Научно-критический анализ рассмотренных выше позиций о пробеле в праве позволяет выявить ряд существенных проблем. Во-первых, смешение понятий пробельность права, пробелы в праве и пробелы в законодательстве свидетельствует о том, что частные, выявленные опытно-эмпирическими приемами, недостатки в нормативных предписаниях и в сфере их реализации не путем доказывания, а волюнтаристски относят к пробелу. Так, пробелом в уголовном законодательстве исследователи называют и несовершенство законодательной техники¹³, и основание

возникновения «теневой юстиции»¹⁴, и неконкретность уголовного законодательства¹⁵, и формальное несовершенство права. Такая ситуация, по нашему мнению, объясняется размытостью предмета и общих понятий. Так, неясность того, что есть пробельность права, препятствует исследованию пробелов в законодательстве.

В этой связи отметим, что значение слова «пробел» имеет как положительное, так и негативное значение. В первом смысле – это необходимое свободное пространство, и только во втором – недостаток или неполнота чего-либо. Непонимание исходного лексического дуализма слова «пробел», который применительно к праву в некоторой степени отражает дуализм между «сущим» и «должным» правом, привело к тому, что в теории права появились термины «действительный» и «мнимый» пробел. Следует напомнить, что понятие «мнимый» пробел ввел в юриспруденцию К. Бергбом, назвавший его «юридически пустым пространством, окружающим среду права»¹⁶. Последний, по мнению советских правоведов, означает, что наличие пробела не свидетельствует о неясности или неполноте законодательства.

Однако право может существовать в различных формах. Вследствие этого отсутствие материала в положительном праве не всегда означает наличие в нем пробела, а лишь свидетельствует об имеющемся свободном пространстве вне юридической реальности, определяющем внутреннюю свободу и самоопределение субъекта. Игнорирование таких пробелов ограничивает правовую действительность исключительно нормативно-правовыми рамками действующего положительного права. Это важно понять в цифровую эпоху, когда помимо субъекта – гражданина, активную роль играет субъект права – создатель новых интеллектуальных социально значимых продуктов, в том числе виртуальных информационно-телекоммуникационных сетей.

Таким образом, пробел в смысле неполноты или отсутствия необходимого для принятия юридически значимого решения материала возможен только в позитивном праве. Данные пробелы могут быть *относительными*, когда конкретный случай не полностью укладывается в юридическую норму и восполняется аналогией закона, и *безусловными*, в случаях отсутствия нормы и необходимости творческого юридического решения либо правоприменителя (аналогия права), либо законодателя.

Относительные пробелы в действующем праве чаще всего обусловлены юридико-техническими недостатками нормативно-правового материала, в то время как безусловные пробелы, как правило, связаны с усложнением или расширением сферы социально-коммуникативного взаимодействия либо «квалифицированным молчанием» законодателя,

¹⁰ Фельдман Д. И., Лазарев В. В., Лихачев В. Н. О понятии пробелов в современном международном праве // Советский ежегодник международного права. М., 1980, С. 128, 129.

¹¹ См.: Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 5, 8, 9, 37, 55.

¹² См.: Дробышевский С. А., Тихонравов Е. Ю. Способы восполнения пробелов в праве. М., 2014. С. 33–34.

¹³ См.: Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и судебское усмотрение. М., 2009. С. 340–341.

¹⁴ См.: Намнясева В. В. Судейское усмотрение : за и против // Научно-методический электронный журнал «Концепт». 2017. № 31. С. 756–760. URL: <http://ekoncept.ru/2017/970166.htm>

¹⁵ См.: Галкин В. М. Пробелы в уголовном праве и пути их преодоления // Проблемы совершенствования советского законодательства. М., 1988. С. 133.

¹⁶ Bergbohm K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. 1892. Vol. I. P. 371–393.

оставляющего определенную сферу общественных отношений вне нормативно-правового регулирования.

С учетом того, что восполнение пробелов в действующем праве должно основываться на принципах легитимности и законности, квалификация неполноты действующего позитивного права как относительного или безусловного пробела должна осуществляться компетентными субъектами. К их числу следует отнести не только правоприменителей и субъектов правотворчества, но и научное сообщество. При этом каждая группа субъектов выполняет определенную функцию в общем процессе установления пробелов и их последующего восполнения.

Особенно это касается правоотношений в цифровой сфере¹⁷. Правоприменители оказываются здесь бессильными в связи с отсутствием по этим вопросам устоявшейся судебной практики. Законодательный процесс не ориентирован на регулирование виртуальных отношений, так как опирается на территориальный и национальный принцип действия права. Кроме того, нормативно-правовые акты принимаются в отношении устоявшихся отношений, в то время как информатизация и цифровизация стремительно формируют новые запросы. Современное нормотворчество не рассчитано на такие темпы. Как справедливо отмечал Г. Ф. Шершеневич, только научное познание права позволяет и выявлять технические погрешности действующего права до их правоприменительного обнаружения, и обоснованно определять идеал, применительно к которому должен перестраиваться государственный и правовой порядок¹⁸.

Выводы

Таким образом, своеобразие законодательства, обусловленное целым рядом причин, но прежде всего тем, что закон фиксирует устоявшееся отношение и не в состоянии учесть его последующую динамику и индивидуальное разнообразие, порождает в нем пробелы. Именно этим и объясняется известный теоретический постулат о том, что нормативно-правовой акт, важная, но не исключительная форма права.

Любой социальный феномен, в том числе и право, един в своем многообразии. Целостность права складывается из множественности его проявлений. Исходя из этого, считаем, что не следует каждое свободное от законодательного регулирования пространство рассматривать как пробел и пытаться его восполнить законодательной нормой. Такая поспешность оборачивается серьезными системными сбоями в юридической деятельности, вызванными в том числе и доктринальными заблуждениями, например, именуемыми их создателями юридическими фикциями, но являющимися юридическими «химерами», конструкциями цифровых прав, цифрового права как отрасли или подотрасли права и прочее.

¹⁷ См.: Shatkovskaya T. V., Epifanova T. V., Vovchenko N. G., Maslova I. S. (2020). "Goals and Interests in the Law of the Digital Age", Digital Economy : Complexity and Variety vs. Rationality, Springer Nature Switzerland AG. P. 899–907.

¹⁸ См.: Шершеневич Г. Ф. Философия права. М., 1912. Vol. 1: Часть теоретическая. Вып. 4: Общая теория права. С. 801, 802.

Исходя из этого, заполнение цифрового пространства, на данный момент представляющего собой то самое свободное поле, окружающее право, необходимо осуществлять с использованием всего комплекса юридических методов, инструментов и технологий. Прежде всего, необходимо изучить сложившиеся на эмпирическом уровне регуляторные практики, осуществить их обобщение для выявления наиболее стабильных приемов и подходов и только после этого возможно осуществлять собственно нормативно-правовое регулирование виртуальных отношений.

Проведенное исследование позволяет выделить положения, которые, как представляется, необходимы для формирования теории пробела в праве:

- к первоочередным проблемам, без решения которых невозможно осуществлять «беспробельное» правообразование, относятся: выявление круга и качественных характеристик общественных отношений, нуждающихся в нормативно-правовом регулировании; определение форм права, применимых в информационно-телекоммуникационных сетях; разработка системы технического инструментария юридической защиты и ее формально-юридическое обоснование, т.е. изучение возможности применения различных технологий как средств правовой защиты;

- виртуальное пространство требует отказа от механистической модели правового регулирования и восприятия свободного от законодательного регулирования виртуального пространства как пробела в праве, апробации новых способов правовой регламентации и моделей правового мышления;

- неполнота нормативного материала при разрешении жизненных ситуаций, т.е. нежелательное отсутствие правовой нормы, в цифровой среде в большинстве случаев может быть квалифицирована как безусловный пробел. Однако на стадии динамично изменяющейся реальности возможно принятие только рамочных законов, которые будут направлены на обеспечение национальной безопасности и защиту прав человека.

Южно-Российский институт управления – филиал РАНХиГС при Президенте РФ

Шатковская Т. В., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории права и государства

E-mail: shatkovskaya.tv@gmail.com

South Russian Institute of Management – Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration

Shatkovskaya T. V., Doctor of Juridical Sciences, Professor, Head of the Department of Theory and History of Law and State

E-mail: shatkovskaya.tv@gmail.com

ИСТОЧНИКИ УГОЛОВНОГО ПРАВА ФРГ В НАЧАЛЕ XXI ВЕКА**Е. А. Поцелуев**

Ивановский государственный университет

Аннотация: в статье систематизирован материал российских и некоторых немецких ученых о различных видах источников современного уголовного права ФРГ. В свете заявленной темы дана характеристика Основного закона ФРГ 1949 г., Уголовного кодекса (Уголовного уложения) Германии 1871 г. и новелл в него, законов о реформе уголовного права, Вводного закона к УК Германии 1974 г., Уголовного кодекса о международных преступлениях 2002 г., иных федеральных уголовных законов, уголовных законов Земель и обычного права страны.

Ключевые слова: Основной закон, Уголовный кодекс, новеллы, дополнительное уголовное право, федеральные уголовные законы, уголовное законодательство Земель, уголовное право ФРГ.

PENAL LEGISLATION SOURCES IN THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY AT THE TURN OF THE 21ST CENTURY**E. L. Potseluev**

Ivanovo State University

Abstract: the article gives systemic account of the writings of Russian and some German scholars concerning different types of modern penal legislation sources in the Federal Republic of Germany. From the standpoint of the paper's topic the 1949 Fundamental Law is characterized. Consideration is also given to the 1871 Criminal Code with later novelties, to the laws reforming penal legislation, to the Introductory Law of the 1974 German Criminal Code, to the 2002 Penal Code of International Crimes, to other federal penal laws, to criminal laws of federated states and to the country's customary law.

Key words: Fundamental Law, Criminal Code, legal novelties, additional penal law, federal criminal legislation, criminal legislation of federated states, German criminal legislation.

Поступила в редакцию 8 июля 2021 г.

Актуальность темы. «Углубленное изучение современного зарубежного уголовного права и тенденций его развития имеет большое значение, ибо сегодня Россия сотрудничает с зарубежными странами в борьбе с преступлениями международного характера (терроризм, захват заложников, угон воздушного судна и т.д.)», – писала в конце прошлого века Т. М. Клюканова¹. Несмотря на возрождение холодной войны и режим санкций в отношении нашей страны, РФ остается членом Интерпола и, по крайней мере, в рамках этой организации продолжает сотрудничать с другими государствами в сфере борьбы с преступностью. Подобные мысли высказывает в 2012 г. и С. И. Вейберт: «Россия не остается в стороне от международного сотрудничества в области противодействия преступности, в связи с чем изучение и анализ современного состояния

и тенденций развития уголовного права зарубежных государств помогает осмыслить место российской уголовно-правовой системы среди других уголовно-правовых систем»².

По мнению Н. Е. Крыловой и А. В. Серебренниковой, чтобы быть грамотным, высококвалифицированным юристом, нужно владеть основами зарубежного уголовного права, что необходимо и ученому, и юристу-практику³.

Актуальность исследования уголовного законодательства ФРГ и других государств – членов Европейского Союза важна для адаптации позитивного опыта формулирования уголовно-правовых норм стран, входящих в романо-германскую правовую семью для сотрудничества в этой сфере, что «невозможно без системного толкования и анализа уголовного закона исследуемых стран...». Далее С. И. Вейберт справедливо отмечает, что «анализ и сравнение правовых систем различных государств (в данном случае – ФРГ. – Е. П.), с одной стороны, позволяет лучше узнать свое национальное право, а с другой стороны, дает возможность государствам выработать единые позиции по вопросам преступности и наказуемости тех или иных деяний». Автор отмечает, что при разработке УК РФ 1996 г. «достаточно широко использовался опыт зарубежных стран (преимущественно Франции и ФРГ) при проведении уголовно-правовой реформы»⁴.

По оценке профессора А. В. Серебренниковой (МГУ им. М. В. Ломоносова) и преподавателя Альбины Клемент (Академия государственных служащих, г. Гессен, ФРГ), «уголовное право представляет собой одну из самых развитых отраслей правовой системы Германии»⁵, поэтому обращение к нему актуально и важно. Одно замечание: с позиций российской теории права отрасль – это элемент системы права, а вот систему права можно назвать элементом (звеном, частью) правовой системы⁶.

² Вейберт С. И. Уголовное право Европейского Союза и России : сравнительный анализ : монография : в 2 т. Екатеринбург : Уральский институт – филиал РАНХиГС, 2012. Т. 1: Общая часть. С. 3.

³ См.: Крылова Н. Е., Серебренникова А. В. Уголовное право современных зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии) : учебное пособие. М. : Зерцало, 1997. С. 4.

⁴ Вейберт С. И. Уголовное право Европейского Союза и России : сравнительный анализ. С. 4.

⁵ Серебренникова А. В., Клемент Альбина. Германское уголовное законодательство сегодня // Преступления в сфере экономики : российский и европейский опыт : материалы совместного российско-германского круглого стола 9 октября 2009 г. М. : МПЮА, 2009. С. 269.

⁶ См.: Поцелуев Е. Л. 1) Понятие и структура правовой системы в отечественной и зарубежной компаративистике // Правовая система общества : проблемы теории и практики : труды международной научно-практической конф. С.-Петербург, 12 ноября 2010 г. / сост. С. В. Волкова, Н. И. Малышева. СПб. : Издательский дом СПбГУ, 2011. С. 104–109; 2) Понятие, признаки и структура правовой системы в российской и зарубежной юридической науке // Університетські наукові записки Хмельницького університету економіки і права. 2012. № 1 (41). С. 130–136.

¹ Клюканова Т. М. Уголовное право зарубежных стран : Германия, Франция, Финляндия : Общая часть. СПб. : Изд-во С.-Петербур. гос. ун-та, 1996. С. 3.

Один из лучших знатоков немецкого права, а особенно уголовного права ФРГ, профессор А. Э. Жалинский в 2009 г. констатировал: «Потребность изучения различных национальных правовых систем, и, несомненно, немецкого уголовного права, что обозначается понятием сравнительного правоведения, является общепризнанным»⁷. Если быть точным, то речь идет об особенной части сравнительного правоведения.

Источники уголовного права⁸ ФРГ: Основной закон, УК, иные источники уголовного права, уголовное законодательство Земель, правовой обычай, европейское и международное уголовное право. Системе источников уголовного права ФРГ составляют Основной закон ФРГ 1949 г., до недавнего времени Уголовный кодекс 1871 г. (в редакции от 13.11.1998)⁹, а теперь – УК (часть ученых называют его Уголовным уложением) по состоянию на 30 ноября 2020 г. с изменениями и дополнениями, вступившими в силу с 1 января 2021 г.¹⁰, а также уголовные законы. Подзаконные акты источниками уголовного права не являются¹¹. А. В. Серебренникова уточняет, что уголовными законами (кроме УК) являются федеральные уголовные законы, уголовное законодательство Земель, иностранное уголовное законодательство, и констатирует, что «уголовное право ФРГ кодифицировано не полностью»: наряду с УК «существуют иные уголовно-правовые нормы, содержащиеся в различных законах, относящиеся к так называемому дополнительному уголовному праву (Nebenstrafrecht)»¹².

Основной закон ФРГ (Grundgesetz) «закрепляет ряд уголовно-правовых принципов: недопустимость обратного действия закона

⁷ Жалинский А. Э. Проблемный подход к сравнительному изучению немецкого и российского уголовного права // Преступления в сфере экономики : российский и европейский опыт. С. 101.

⁸ В данной статье под источниками права мы будем понимать, в духе традиционного подхода, источники в юридическом смысле, т.е. источники (формы) права.

⁹ См.: Уголовный кодекс ФРГ / пер. с нем. А. В. Серебренниковой. М. : Зерцало, 2000; Уголовный кодекс ФРГ от 15 мая 1871 г. (в редакции от 10 марта 1987 г. с изменениями на 1 апреля 1998 г.) // Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). Сборник законодательных материалов / под ред. И. Д. Козочкина. М. : Зерцало, 1999. С. 248–306.

¹⁰ См.: Головненков П. В. Уголовное уложение Федеративной Республики Германия – Strafgesetzbuch, (StGB) – Научно-практический комментарий и перевод закона. Schriften zum deutschen und russischen Strafrecht. Научные труды в области немецкого и российского уголовного права. Herausgegeben von Prof. Dr. Dr.h.c. (SZTE) Uwe Hellmann, Universität Potsdam, Deutschland u.a. Band 4. Potsdam : Universitätsverlag Potsdam, 2021.

¹¹ См.: Малиновский А. А. Уголовное право зарубежных стран. М. : Новый Юрист, 1998. С. 44; Серебренникова А. В. Предисловие // Уголовный кодекс ФРГ / пер. с нем. А. В. Серебренниковой. С. 8.

¹² Серебренникова А. В. Предисловие // Уголовный кодекс ФРГ. С. 1; *Ее же*. Уголовное право ФРГ // Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). С. 237.

(ст. 103/2) устанавливает, что деяние может подлежать наказанию, только если его наказуемость была установлена законом до его совершения); недопустимость многократного наказания за одно и то же деяние (ст. 103/3)»¹³. Профессор, доктор, почетный профессор Уве Хелльманн (Университет Потсдама, ФРГ) так комментирует первый из названных принципов: «Ст. 103 (абз. 2) Основного закона ФРГ и § 1 УУ (Уголовного уложения. – Е. П.) ФРГ единогласно определяют, что деяние подлежит уголовному наказанию только в случае, если наказуемость была установлена законом до совершения деяния. Из этого принципа, имеющего гарантийную функцию, следуют важнейшие принципы уголовного права. При этом речь о принципе определенности уголовно-правовых норм (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), запрете обратной силы уголовно-правовых норм (*nullum crimen, nulla poena sine lege praeverta*), запрете применения обычного права в ущерб исполнителю (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) и запрете применения уголовно-правовых норм по аналогии (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)»¹⁴. Далее ученый разъясняет каждый из этих принципов: «Принцип определенности уголовно-правовых норм обязывает законодателя формулировать уголовно-правовые нормы в отношении составов преступлений и последствий таким образом, чтобы границы дозволенного были очевидны для каждого. Материально-правовой запрет обратной силы уголовно-правовых норм не позволяет законодателю и правоприменителю придавать обратную силу уголовным законам, устанавливающим и ужесточающим уголовную ответственность. Остальные принципы адресованы правоприменителю и исключают, с одной стороны, применение обычного права (т.е. норм, не являющихся парламентскими уголовными законами) и, с другой стороны, применение уголовного законодательства по аналогии. Однако следует отметить, что оба запрета действуют только в случае применения норм в ущерб затронутому лицу. В обратном случае, т.е. при благоприятном для исполнителя или участника применении институтов обычного права или аналогии, оба запрета не применяются»¹⁵.

Согласно ст. 102 Основного закона смертная казнь в Германии отменена. Это произошло после вступления в силу Основного закона 23 мая 1949 г. Статья 74 этого акта предписывает, что уголовное право относится к сфере конкурирующей компетенции, поэтому в качестве источников уголовного права необходимо рассматривать и уголовные законы земель¹⁶. Статья 104 этого акта допускает лишение свободы только на основании изданного закона и по приговору суда¹⁷ и содержит «обшир-

¹³ Малиновский А. А. Указ. соч. С. 44.

¹⁴ Хелльманн Уве. Указ. соч.; Головненков П. В. Указ. соч. С. 39–40.

¹⁵ Там же. С. 40.

¹⁶ Малиновский А. А. Указ. соч. С. 44.

¹⁷ См.: Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии // Есаков Г. А., Крылова Н. Е., Серебренникова А. В. Уголовное право зарубежных стран. М. : Проспект, 2009. С. 105.

ные уголовно-правовые и уголовно-процессуальные гарантии при лишении свободы»¹⁸.

Замечу, что принцип – не дважды за одно – известен еще со времен Древнего Рима. Что касается смертной казни, то ни один член Совета Европы согласно Протоколу № 6 к Конвенции об основных правах и свободах от 4 ноября 1950 г. не может применять этот вид наказания в мирное время.

Уголовный кодекс или Уголовное уложение (Strafgesetzbuch, StGB) от 15 мая 1871 г. по состоянию на 30 ноября 2020 г. с изменениями и дополнениями, вступившими в силу с 1 января 2021 г.¹⁹ – ведущий, основной источник уголовно-правовых норм и соответственно уголовного права Германии, который регулярно реформируется. А. Э. Жалинский ссылается на немецкого профессора Фридриха-Кристиана Шредера (Friedrich-Christian Schroeder), по мнению которого наименование основного уголовного закона Германии скорее соответствует русскому понятию «уложение», чем понятию «кодекс». А. Э. Жалинский и А. Рерихт, на наш взгляд, правильно пишут: «...однако совершенно неясно, чем же русское понятие “уложение” отличается от понятия “кодекс”». Российский ученый совершенно прав, когда предлагает «именовать УК действующим германским или немецким, но скорее всего – не УК ФРГ; зато можно писать об уголовном законодательстве или уголовном праве ФРГ, имея, впрочем, в виду, что буквальный перевод понятий *Strafgesetzbuch, Strafrecht* – наказательный кодекс, наказательное право»²⁰. Однако и в 2021 г., например профессора П. Головненков и У. Хелльманн (Университет Потсдама) предпочитают называть анализируемый нами закон Уголовным уложением: Уголовным уложением Германской империи от 15 мая 1871 г. (RStGB) и Уголовным уложением ФРГ²¹. Мы вынуждены использовать оба термина, УК и Уголовное уложение, как синонимы.

В основе действующего УК «лежит УК Германской империи 1871 г., который так же, как и УК Франции 1810 г. и Баварский УК 1813 г., основывался на философии Канта и Гегеля, впитал в себя идеи классической школы уголовного права с ее теорией вины и свободы воли, с объективными основаниями уголовной ответственности за причинение вреда правовому благу, с концепцией наказания как возмездия за причиненное зло»²².

После завершения Второй мировой войны из УК были исключены положения национал-социалистического характера, и в этой редакции он действовал в обоих немецких государствах. В 1968 г. в ГДР прежний УК был заменен новым. С момента воссоединения Германии Уголовное

уложение (УК 1871 г.) вновь действует на всей территории страны²³. Действие УК по кругу лиц ограничено иными законами. В случае совершения преступлений несовершеннолетними и молодыми людьми действует Закон о судах для молодежи (Jugendgerichtsgesetz – JGG) в редакции от 11 декабря 1974 г., а в случае совершенных преступлений военнослужащими Бундесвера – Закон об ответственности за воинские преступления (Wehrstrafgesetz) в редакции от 24 мая 1974 г.²⁴

Действующий УК содержит «все уголовно-правовые нормы, образующие Общую часть, и большинство норм, образующих Особенную часть, во всяком случае, практически все нормы о традиционных преступлениях»²⁵. В нем закреплены такие «классические» преступные деяния, как убийство, тяжкое убийство, кража, мошенничество, разбой, вымогательство, принуждение и неправомерное лишение свободы²⁶, подделка денежных знаков, надругательство над могилой²⁷, изнасилование и т.п.²⁸

С 1968 по 1998 г. было принято шесть законов о реформе уголовного права, на основании которых эта отрасль законодательства была реформирована. 25 июня 1969 г. на основании Первого закона о реформе уголовного законодательства была проведена первая «большая» реформа Уголовного уложения. Наряду с многочисленными изменениями и дополнениями в Особенной части, уголовные наказания, связанные с лишением свободы (каторжная тюрьма, тюрьма, заключение и арест), были заменены единым уголовным наказанием в виде лишения свободы, и упразднены позорящие наказания. С тех пор в уголовном праве Германии существует только два основных уголовных наказания: лишение свободы и денежный штраф. 1 января 1975 г. вступил в силу Второй закон о реформе уголовного законодательства, которым были «проведены основополагающие структурные изменения в Общей части Уголовного уложения ФРГ, была введена система дневных ставок для определения размера денежного штрафа», была упразднена такая категория, как (право) нарушение [Udbertretung], и уголовное право стало различать только уголовные преступления [Verbrechen], (составы преступного деяния, в которых предусмотрено уголовное наказание в виде лишения свободы

¹⁸ Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М. : Спарк, 2001. С. 588.

¹⁹ См.: Головненков П. В. Указ. соч. С. 5 и сл.

²⁰ Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. С. 571–572.

²¹ Хелльманн Уве. Указ. соч. С. 37, 39, 41 и сл.; Головненков П. В. Указ. соч.

²² Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии. С. 105.

²³ Хелльманн Уве. Указ. соч. С. 37.

²⁴ См.: Жалинский А., Рерихт А. Указ. соч. С. 586–587.

²⁵ См.: Там же.

²⁶ Хелльманн Уве. Указ. соч. С. 42

²⁷ Возможно, это не «классическое» преступление, но оно известно еще со времен Киевской Руси под названием «мертвецы сволочат» – разрытие могил с целью хищения одежды и драгоценностей – ст. 3 Церковного устава князя Владимира второй редакции. См.: Поцелуев Е. Л. Понятие и виды правонарушений по законодательству Древней Руси (XI–XIII века) // История российского правосудия / отв. ред. С. А. Колунтаев и В. М. Сырых. М. : Норма, 2016. Т. 1: Законодательство и правосудие Древней Руси (X–XV вв.). С. 267.

²⁸ См.: Уголовный кодекс ФРГ / пер. с нем. А. В. Серебренниковой. С. 99, 105, 110–111.

сроком как минимум на один год) и уголовные проступки [Vergehen] (составы преступного деяния, в которых предусмотрено уголовное наказание в виде лишения свободы сроком менее года или денежный штраф). «Глубинной реформе», по оценке У. Хелльманна, была подвергнута система принудительных мер. Последняя основополагающая реформа Особенной части Уголовного уложения была осуществлена в 1998 г. Шестым законом о реформе уголовного законодательства. Немецкий ученый пишет, что «значительные изменения были внесены также в экономическое уголовное законодательство (1976 и 1986 годы), в экологическое уголовное законодательство (1980 и 1994 годы), в законодательство о борьбе с преступными деяниями, направленными против сексуального самоопределения (1988 год), а также в законодательство о борьбе с организованной преступностью (1992 и 1998 годы)». Закон о борьбе с международным терроризмом изменил и дополнил в 2002 г. составы, направленные против террористической деятельности, причем эти нормы затем много раз изменялись и дополнялись. В 2005 г. уголовное законодательство страны было приведено в соответствие с положениями Дополнительного протокола о предупреждении, борьбе и наказании за торговлю людьми к Соглашению ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 г. и Рамочным постановлением Совета ЕС от 19 июля 2002 г. о борьбе с торговлей людьми. В 2016 г. прошла последняя (на сегодняшний день) реформа и на основании Закона о совершенствовании правового регулирования, касающегося противодействия торговле людьми, немецкое уголовное законодательство в этой сфере претерпело некоторые изменения²⁹.

«УК ФРГ подвергался неоднократным изменениям, что в первую очередь было связано с появлением новых видов общественно опасных деяний, подлежащих криминализации. Среди таких деяний геноцид, «отмывание» незаконно полученных денег, транспортные, экологические и другие преступления. Указанные изменения вносились путем принятия специальных законов – Законов о реформе уголовного права и Законов об изменении УК»³⁰.

Состав преступного деяния отмывания денег был введен в 1993 г. и с тех пор был многократно изменен³¹. А. Э. Жалинский и А. Рерихт отмечают, что «введение уголовной ответственности за отмывание «грязных денег» сопровождалось принятием обширного законодательства, в котором устанавливались, например, дополнительные обязанности кредитных институтов, служб банковского надзора»³².

По мнению А. В. Серебренниковой, в настоящее время, пожалуй, одного из главных российских экспертов современного немецкого уголовного права, «особо следует отметить Шестой закон о реформе уго-

ловного права, посредством которого фактически была принята новая редакция УК, действующая в настоящее время. Принятие этого нормативного акта стало логическим продолжением работы по реформированию современного уголовного права, основа которого была заложена первыми пятью Законами о реформе уголовного права, принятыми в 1969–1974 гг. Основной целью, которую преследовал законодатель Германии при принятии данного закона, «была гармонизация пределов наказания, изменение уголовно-правовых норм, их дополнение и принятие новой редакции для улучшения уголовно-правовой защиты и облегчения применения права, а также исключение из УК неприемлемых и ставших ненужными уголовно-правовых норм». Перед Шестым законом стояла задача создания новых границ наказания с учетом приоритетной охраны жизни человека, его телесной неприкосновенности, личной свободы, полового самоопределения. Это, тем не менее, не означало автоматического повышения санкций одних норм и снижения других»³³.

А. В. Серебренникова уточняет, что были ликвидированы противоречия между наказаниями за телесные повреждения, убийства и сексуальные деликты, с одной стороны, и наказаниями за деликты против собственности, имущества и подделки документов, с другой³⁴.

А. Э. Жалинский и А. А. Рерихт утверждают, что «многие новеллы, и в частности так называемый 6-й Закон об уголовно-правовой реформе, подвергаются достаточно жесткой критике» в немецкоязычной литературе³⁵.

«Вводный закон к УК ФРГ от 2 марта 1974 г. (в редакции опубликования 16 июня 1995 г.) регламентирует общие вопросы, касающиеся, например, соотношения федерального и земельного законодательства, применения уголовно-правовых предписаний и др.», – пишет А. А. Малиновский³⁶. Вводный закон к УК насчитывал на момент его принятия 326 статей. Его необходимость была вызвана тем, что в результате реформы уголовного права, начиная с 1969 г., была одобрена новая редакция Общей части (Allgemeiner Teil – АТ) УК и внесены изменения в статьи Особенной части (Besonderer Teil – ВТ), а поэтому требовалось привести в соответствие две эти части кодекса. «В результате реформы с 1 января 1975 г. в ФРГ стал действовать Уголовный кодекс, Общая часть которого составлена в 60-х гг. XX в., а Особенной частью служат статьи Кодекса 1871 г., пусть и подвергшиеся существенным изменениям, но сохранившие прежнюю систему, нумерацию, многие формулировки. После «большой реформы» в ФРГ были изданы отдельные акты, касающиеся некоторых наиболее опасных преступлений, в частности, законы о борьбе с экономической преступностью (первый – 1976, второй – 1986 г.), Закон о

²⁹ См.: Хелльманн Уве. Указ. соч. С. 38–39.

³⁰ Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии. С. 105.

³¹ См.: Хелльманн Уве. Указ. соч. С. 39.

³² Жалинский А., Рерихт А. Указ. соч. С. 583.

³³ Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии. С. 105.

³⁴ См.: Серебренникова А. В. Предисловие. С. 6.

³⁵ См.: Жалинский А., Рерихт А. Указ. соч. С. 583.

³⁶ Малиновский А. А. Указ. соч. С. 45.

борьбе с терроризмом. С учетом накопившихся изменений в 1987 г. была издана новая редакция Кодекса»³⁷.

В 1994–1995 гг. пятью законами и рядом других были внесены новеллы в УК Германии. Так, в Особенную часть была введена норма о подкупе депутатов (§ 108e), исключена ответственность за гомосексуальные действия (§ 175); Закон от 27 июня 1994 г. существенно изменил 28 раздел Особенной части «Преступные деяния против окружающей среды» и т.д.³⁸

А. Э. Жалинский и А. А. Рерихт делают справедливый вывод, что реформа УК и уголовного законодательства в целом в ФРГ «выглядит постоянной и бесконечной». В доказательство этого отмечают шесть законов о реформе, многочисленные изменения, Вводный закон к УК от 2 марта 1974 г.³⁹, полное реструктурирование Общей части и изменения в Особенной части⁴⁰. Однако, в сентябре 2009 г. на международной научной конференции в ИвГУ, известный специалист в области уголовного и уголовно-процессуального права ФРГ, автор многократно переиздававшихся в Германии учебников по этим двум дисциплинам, заведующий кафедрой уголовного права, процесса и криминологии юридического факультета Университета Пассау (ФРГ) Вернер Бойльке (Prof. Dr. Werner Beulke, Universität Passau) заявил, что «структура уголовного кодекса осталась без существенных изменений со времени возникновения (19 в.)»⁴¹. В 2021 г. профессор Уве Хелльманн утверждает, что «с момента вступления в силу новой редакции в 1975 году, законодатель, в целом, воздерживался от изменений Общей части Уголовного уложения ФРГ. Исключением является Закон о реформе уголовно-правового института конфискации имущества, привнесший в §§ 73 и след. УУ ФРГ значительные изменения, касающиеся отчасти кодификации принципов, разработанных правоприменительной практикой Федерального Верховного суда ФРГ, отчасти создания новых норм. Так, § 76a (абз. 4) УУ ФРГ дополняет в отношении тяжких преступных деяний, связанных с терроризмом или организованной преступностью, существующий арсенал инструментов конфискации

³⁷ Германия Федеративная Республика Германии // Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. 2-е изд., изм. и доп. М.: Изд-во НОРМА (изд. гр. НОРМА-ИНФРА-М), 2001. С. 165–166.

³⁸ Там же. С. 166.

³⁹ EGStGB – Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) – Федеральный закон о введении в действие Уголовного уложения от 2 марта 1974 г. с последующими изменениями и дополнениями // Головинков П. В. Указ. соч. С. 33.

⁴⁰ См.: Жалинский А., Рерихт А. Указ. соч. С. 587.

⁴¹ Бойльке В. Защита материальных и нематериальных имущественных благ: общественно-правовая и гражданско-правовая точки зрения // Защита и охрана материальных и нематериальных благ: публично-правовые и частноправовые аспекты: материалы III ежегодного Международного научно-практического семинара. Иваново, 25–26 сент. 2009 г. / отв. ред. О. В. Кузьмина, Е. Л. Поцелуев. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2010. С. 15.

имущества возможностью (самостоятельной) конфискации “имущества неясного происхождения”, не зависимо от доказанности совершения конкретного противоправного деяния (т.н. non-conviction-based confiscation/forfeiture)»⁴².

Таким образом, реформирование затронуло и Общую часть УК Германии, перемены были значительные, но не радикальные. Да и в целом пандектная система сохранилась.

«Закон о борьбе с сексуальными деликтами и иными опасными преступными деяниями, принятый вместе с Шестым законом, изменил главным образом Общую часть УК ФРГ. Он реформировал норму об условно-досрочном освобождении от наказания при отбытии срочного лишения свободы (абз. 1 § 57), распространил применение превентивного заключения на определенные сексуальные деликты, телесные повреждения и ряд преступных деяний, совершенных в состоянии опьянения. Этим же законом судам была предоставлена возможность устанавливать надзор на неопределенный срок в том случае. Если осужденный не согласен с указанием пройти курс лечения или не следует такому указанию (§ 68 c)»⁴³.

Внесение изменений в УК продолжалось и после принятия Шестого закона. Так, Федеральным законом о регулировании правовых отношений проституирующих лиц (Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG)⁴⁴ были внесены изменения в § 180a, устанавливающий уголовную ответственность за эксплуатацию лиц, занимающихся проституцией⁴⁵. Замечу, что проституция в ФРГ легализована.

ФРГ ратифицировала Римский статут Международного уголовного суда, и в 2002 г. был принят Закон о введении в действие Уголовного кодекса о международных преступлениях. Он «имплементировал в немецкое уголовное право составы преступных деяний, предусмотренных в статуте. В результате этого процесса международные преступные деяния, совершенные вне пределов Германии, могут преследоваться по национальному уголовному праву»⁴⁶. На основании вышеуказанного закона из УК была исключена норма о геноциде (§ 220a), а также были внесены другие редакционные изменения» и «с середины 2002 г. по апрель 2006 г. законодателем было принято более 20 законов, повлекших изменения в УК»⁴⁷.

Таким образом, во второй половине XX в. и в начале этого века законодатель внес много существенных изменений и дополнений в УК Германии. Поэтому понятны следующие высказывания. «Несмотря на то, что действующий УК ФРГ именуется Кодексом 1871 г., по существу, в Герма-

⁴² Хелльманн Уве. Указ. соч. С. 39.

⁴³ Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии. С. 106.

⁴⁴ См.: Головинков П. В. Указ. соч. С. 34.

⁴⁵ Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии. С. 106.

⁴⁶ Хелльманн Уве. Указ. соч. С. 42.

⁴⁷ Там же.

нии действует новый УК, в настоящее время – в редакции 1987 г.», – такую позицию занимал в начале 1999 г. профессор И. Д. Козочкин⁴⁸. При этом он цитирует известного немецкого криминалиста профессора Ф. Шредера: «излюбленные ссылки на то, что наш Уголовный кодекс ведет исчисление с 1871 г. или тем более с 1851 г., должны быть расценены как следствие недостаточной информированности, либо как демагогические»⁴⁹.

Важнейшие иные источники уголовного права или дополнительное уголовное право. «Криминальное уголовное право регулируется не только Уголовным уложением, – констатирует У. Хелльманн. – Так, во множестве законов, регулирующих гражданскую или административно-правовую материю, имеются составы преступных деяний. Принято считать, что нормы, содержащиеся в Уголовном уложении, составляют «основное» уголовное право, в то время как уголовно-правовые положения других законов являются «дополнительным» уголовным правом». Оно «включает в себя такие существенные преступные деяния, как уклонение от уплаты налогов или деликты, связанные с наркотиками или оружием», а также положения, дополняющие Общую часть⁵⁰.

По подсчетам немецких юристов, уголовно-правовые предписания содержатся более чем в 400 законах⁵¹. Л. Ф. Шулепова в кандидатской диссертации «Дополнительное уголовное право Федеративной Республики Германии: Понятие, система источники» (М., 2005) приводит аналогичные цифры⁵². Под дополнительным уголовным правом ФРГ понимаются «законы, которые содержат правовые предписания, ставящие определенные действия под угрозу наказания. Такие уголовно-правовые запреты содержатся во многих законах, число которых затрудняется назвать даже германские юристы. В большинстве своем эти нормы регулируют публично-правовые или гражданско-правовые отношения (например, в области экономического права (§ 45 Закона об атомной энергии, § 35 Закона о федеральном банке, § 54 Закона о кредитных учреждениях), в области здравоохранения § 63 Федерального закона о борьбе с эпидемиями), в области производства продовольственных товаров и предметов потребления (§ 11 Закона о соответствии продовольственных товаров требованиям гигиены и качества) и многие другие»⁵³.

Среди важнейших дополнительных уголовных законов А. Э. Жалинский и А. А. Рерихт упоминают: Закон о дорожном движении (Straßenverkehrs-gesetz) от 19 декабря 1952 г. с изменениями от 28 апреля

1998 г.; Закон о дальнейшем упрощении хозяйственного уголовного права от 1954 г. (Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrecht) многократно изменявшийся и сокращавшийся; и др.⁵⁴

«Закон об отправлении правосудия по делам молодежи от 4 августа 1953 г. (в редакции опубликования от 11 декабря 1974 г.) содержит нормы уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного права, на основе которых отправляется правосудие в отношении лиц от 14 до 21 года»⁵⁵. По мнению А. В. Серебренниковой, данный закон «преследует в основном воспитательные цели. К примеру, суд по делам молодежи вправе запретить курение или употребление спиртных напитков, назначить в качестве исправительных мер общественно-полезные работы, возмещение нанесенного ущерба, предупреждение. Для несовершеннолетних преступников наиболее строгим наказанием является лишение свободы сроком от шести месяцев до пяти лет. В настоящее время (написано в 2008 г., опубликовано в 2009 г. – Е. П.) подобный приговор выносится только в том случае, если судья приходит к выводу о наличии у несовершеннолетнего “вредных наклонностей” и после назначения других видов исправительных мер он повторно совершил уголовно-наказуемое деяние»⁵⁶.

В ФРГ существует молодежное уголовное право (*Jugendstrafrecht*)⁵⁷ – специальное уголовное право для юных (*junge*) субъектов (*Täter*)⁵⁸, уголовное, уголовно-процессуальное и судоустройственное право «безусловно для лиц, достигших и не достигших 14-, 18-летнего возраста; с некоторыми условиями – для лиц, достигших 18-летнего возраста, но не достигших 21 года»⁵⁹. Т. М. Клюканова в 1996 г. констатирует, что по Уголовному кодексу Германии от 15 мая 1871 г. в редакции от 2 января 1975 г. (с изменениями на 7 июля 1986 г.⁶⁰) субъектом преступления являются физические лица, достигшие 14 лет и вменяемые. Она правильно отмечает, что данная норма закреплена в Законе о судах по делам несовершеннолетних от 4 августа 1953 г.⁶¹, иногда его название переводят

⁵⁴ См.: Жалинский А., Рерихт А. Указ. соч. С. 588.

⁵⁵ Малиновский А. А. Указ. соч. С. 45.

⁵⁶ Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии. С. 108.

⁵⁷ См. подроб.: Поцелуев Е. Л. Несовершеннолетний : уголовно-правовые аспекты в законодательстве и юридической доктрине Франции и ФРГ // Права ребенка : национальные (внутригосударственные) европейские и международные стандарты : материалы XI Международной научно-практической конф. 27–30 сент. 2017 г. / отв. ред. Е. Л. Поцелуев. Иваново : Иван. гос. ун-т, 2017. С. 260–65, 267–270.

⁵⁸ «Täter» – тать, недобрый человек // Жалинский А., Рерихт А. Указ. соч. С. 697, примеч. Тать по древнерусскому праву – это вор, преступник. См. о татьбе, например: Поцелуев Е. Л. Понятие и виды правонарушений по законодательству Древней Руси (XI–XIII вв.). С. 261–263.

⁵⁹ Жалинский А., Рерихт А. Указ. соч. С. 695.

⁶⁰ Затем УК ФРГ действовал в редакции от 13 ноября 1998 г. См.: Серебренникова А. В. Предисловие. С. 1.

⁶¹ См.: Клюканова Т. М. Указ. соч. С. 19.

⁴⁸ См.: Козочкин И. Д. Предисловие // Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). С. 2.

⁴⁹ Цит. по: Там же, примеч.

⁵⁰ Хелльманн Уве. Указ. соч. С. 42.

⁵¹ См.: Германия // Правовые системы стран мира. С. 166.

⁵² См.: Вейберт С. И. Уголовное право Европейского Союза и России : сравнительный анализ. С. 7, примеч.

⁵³ Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии. С. 105–106.

как Закон об отправлении правосудия по делам о молодежи, но более точный перевод этого нормативного правового акта, на наш взгляд, это Закон о судах для молодежи (в редакции 11 декабря 1974 г. и с изменениями от 26 января 1998 г. (Jugendgerichtsgesetz, далее – JGG). Доктора, профессора Фолькер Крей (Volker Krey, Университет Трира) и Роберт Эссер (Robert Esser, Университет Пассау) пишут, что в отличие от Англии и США возраст, по достижении которого лицо может привлекаться к уголовной ответственности (die Strafmündigkeit), по немецкому праву начинается сравнительно поздно: с 14 лет⁶². Закон различает несовершеннолетних – от 14 до 18 лет (der Jugendliche) и молодежь – от 18 до 21 года (der Heranwachsende). В соответствии с § 3 данного акта уголовной ответственности подлежат несовершеннолетние⁶³, если они во время деяния были по своему развитию «достаточно зрелы, чтобы предвидеть противоправность и поступать в соответствии с этим предвидением (так называемая возрастная вменяемость). Лицам, которые не отвечали этим требованиям на момент совершения деяния, суд может назначить попечителя или опекуна»⁶⁴. Ученые справедливо отмечают, что «возраст определяется на время совершения деяния, не учитывая времени наступления последствий и уголовно-процессуального разбирательства»⁶⁵. Знатоки немецкого языка и немецкого права А. Жалинский и А. Рерихт так перевели упомянутый ранее § 3: «Несовершеннолетний несет уголовную ответственность, если он на время деяния по своему моральному и духовному развитию достаточно зрел, чтобы осознавать противоправ-

⁶² Krey V., Esser R. Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch in systematischer-induktiver Darstellung. 5, neue bearb. Aufl. Stuttgart, 2012. S. 290.

⁶³ Подросток (несовершеннолетний) несет уголовно-правовую ответственность, когда во время преступления имеет моральное (нравственное) и духовное развитие достаточно зрелое, чтобы понимать, что преступление (деяние) представляет собой неправо. Для воспитания несовершеннолетнего, который недостаточно зрел для уголовно-правовой ответственности, судья может также распорядиться как семейный судья (судья по семейным делам) // Beckische Kurs Kommentare. Band 48. Jugendgerichtsgesetz. Bearbeitet Dr. jur. Ulrich Eisenberg, o. Professor an der Freien Universität zu Berlin. 19., neu bearb. Aufl., 2017. S. 74. Здесь и далее перевод этой книги сделан Е. Л. Поцелуевым во время его научной стажировки с 10 по 20 сентября 2017 г. в Исследовательском центре по правам человека в уголовном судопроизводстве (Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings, HRCR) по приглашению профессора, д-ра Роберта Эссера (Prof. Dr. Robert Esser), который возглавляет кафедру немецкого, европейского и международного уголовного и уголовно-процессуального права, а также экономического уголовного права юридического факультета Университета Пассау, ФРГ (Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht, Juristische Fakultät, Universität Passau); при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных (РФФИ, проект номер 17-03-14103).

⁶⁴ Там же.

⁶⁵ Жалинский А., Рерихт А. Указ. соч. С. 697.

ность (*Unrecht*)⁶⁶ деяния и действовать в соответствии с таким осознанием. Для воспитания несовершеннолетнего, который ввиду недостаточной зрелости не ответственен по уголовному праву, судья может назначить те же меры, что и судья по семейным делам и попечительству»⁶⁷. Ученые пишут: «Считается, что только эта норма предписывает отклонение от Общей части УК и означает, что несовершеннолетний лишь условно дееспособен». Данное правило устанавливает для этой категории лиц «и только для них особое обстоятельство, исключающее виновность. При этом виновность несовершеннолетнего должна быть установлена позитивно»⁶⁸. В примечании эти авторы поясняют, что в данном случае, как и во всех других, речь идет «о виновности как о вменяемости в российском уголовном праве (Schuldfähigkeit) и вине как об элементе преступления (Schuld)»⁶⁹. § 10 «Особые предписания несовершеннолетним» УК ФРГ гласит: «Относительно деяний, совершенных несовершеннолетними, этот закон действует постольку, поскольку Законом об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних не предусмотрено иное»⁷⁰. Немецкие парламентарии поступили правильно с точки зрения разрешения юридических коллизий: отдали приоритет специальному закону перед общим, специальным нормам перед общими.

Следует также подчеркнуть, что в § 19 «Невменяемость ребенка» УК фактически установлен минимальный возраст уголовной ответственности – 14 лет: «Невменяем тот, кто при совершении деяния еще не достиг четырнадцати лет»⁷¹.

Различные немецкие авторы постоянно настоятельно рекомендуют удалить институт 14 и 15-летних из сферы молодежного уголовного права, их наказания, «декриминализации» этой возрастной группы путем установления возраста уголовной ответственности с 16 лет или даже с 18 лет, поскольку уголовная ответственность – «социальное бедствие за совершенные преступления». Поскольку в мире есть дети-убийцы,

⁶⁶ Полагаю, что со времен «Философии права» Гегеля (а, возможно, и раньше), затем, в частности, в «Философии права» Г. Радбруха *Unrecht* понимается как неправо: правонарушение, преступление как отрицание права или вопиюще несправедливый закон, антипод права. В «Немецко-русском юридическом словаре» *das Unrecht* переведен как нарушение права, противоправное деяние. Противоправность (а также противозаконность, незаконность, неправомерность) – это *die Rechtswidrigkeit* // Немецко-русский юридический словарь. 2-е изд., стереотип. М.: Русский язык, 1988. С. 385, 483.

⁶⁷ Цит. по: Жалинский А., Рерихт А. Указ. соч. С. 697.

⁶⁸ Там же. С. 698.

⁶⁹ Там же, прим. См. также: Поцелуев Е. Л. Понятие и признаки вины в уголовно-правовой доктрине ФРГ // Научно-исследовательская деятельность в классическом университете: ИвГУ – 2011: сб. ст. по итогам науч. конф., Иваново, 1–10 февр. 2011 г. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2011. С. 256–262; Krey V., Esser R. Op. cit. S. 287–290.

⁷⁰ Уголовный кодекс ФРГ. С. 13.

⁷¹ Там же. С. 16.

то такие ученые, как Хинц (Hinz) и Пауль (Paul) предлагают, наоборот, снизить возраст привлечения к этому виду юридической ответственности⁷².

Важным законом дополнительного уголовного права является Закон о нарушении общественного порядка от 24 мая 1968 г. (в редакции опубликования от 1987 г.), который регламентирует вопросы ответственности за уголовные и полицейские проступки⁷³. Сфера его применения определена в § 1: «Нарушением общественного порядка является противоправное и предосудительное (упречное) деяние, которое осуществляет состав закона, который предусматривает назначение за него наказания в виде денежного штрафа (*Geldbusse*)». Данный закон состоит из трех частей: «Общие предписания», «Судебное производство о назначении денежного штрафа» (*Geldbusse*), «Отдельные нарушения общественного порядка». В последней части – перечень нарушений общественного порядка и санкции за них. Он регулирует также вопросы, «связанные с конкуренцией норм о правонарушениях и уголовно-наказуемых деяниях, со штрафами, назначаемыми юридическим лицам»⁷⁴.

Среди иных уголовно-правовых источников права ФРГ ученые называют Закон об ответственности за воинские преступления 1974 г., Закон о порядке проведения собраний в редакции 1978 г., Закон о дорожном движении в редакции 2003 г.⁷⁵, Закон о выявлении прибылей от тяжких уголовных преступлений от 25 октября 1993 г.⁷⁶ Закон об ответственности за воинские преступления (*Wehrstrafgesetz – WStG*) в редакции от 24 мая 1974 г. с последующими изменениями «содержит общие определения, т.е. фактически представляет собой Общую часть, предусматривает воинские преступления против военной обязанности, против обязанностей подчиненного, против долга начальника, против иных военных обязанностей». Такую краткую характеристику этому документу дают А. Жалинский и А. Рерихт⁷⁷.

Важнейшим источником дополнительного уголовного права является Закон об обороте наркотических средств 1981 г. (другие называют его несколько иначе – Закон об обороте наркотиков – *Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln*⁷⁸), так как Особенная часть УК ФРГ не содержит составов преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств. Они закреплены в Законе 1981 г.⁷⁹

⁷² См.: Eisenberg U. *Jugendgerichtsgesetz*. München, 2000. S. 76–77.

⁷³ Малиновский А. А. Уголовное право зарубежных стран. С. 45.

⁷⁴ См.: Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии // Есаков Г. А., Крюлова Н. Е., Серебренникова А. В. Уголовное право зарубежных стран. С. 108–109.

⁷⁵ См.: Там же. С. 108.

⁷⁶ См.: Малиновский А. А. Указ. соч. С. 57.

⁷⁷ Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. С. 588.

⁷⁸ См.: Там же.

⁷⁹ Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии. С. 108.

«Положение о налогах 1977 г. в редакции 2002 г. предусматривает уголовную ответственность за налоговые правонарушения, в частности, за сокрытие налогов и нарушение таможенных норм»⁸⁰.

Итак, очень многие немецкие законы содержат составы преступных деяний и соответственно уголовно-правовые санкции. Как оценивает это современная доктрина ФРГ? Заслуживают внимания рассуждения В. Бойльке: «С одной стороны, наука критикует чрезмерное вмешательство законодателя, называя этот феномен “гипертрофией уголовного права”. Общественная жизнь кажется чрезмерно упорядоченной и “дела общественной значимости” достигли небывалого масштаба, для гарантии их выполнения государство вводит свое уголовное право. Бюрократии намного легче издать огромное количество законов и предписаний и наказывать уголовным правом за их несоблюдение, чем осторожно отрегулировать основы законодательства и предусматривать уголовные наказания лишь в самых редких случаях. Однако, с другой стороны, новые формы преступлений вынуждают законодателя соответствовать техническому прогрессу. С этой точки зрения криминализация совершенно естественный, даже неизбежный процесс»⁸¹. Немецкий профессор является сторонником принципа «последнего аргумента» *ultima ratio*⁸²: уголовное право – последний аргумент, что означает, что «его следует применять только тогда, когда другие средства социального решения проблем (гражданско-правовые иски, предписания полиции, не уголовно-правовые санкции и т.д.) не действуют»⁸³. По крайней мере, если исходить из принципа гуманизма, то такой подход следует признать правильным.

УК ФРГ о международных преступлениях 2002 г. «предусматривает ответственность за такие деяния, как геноцид, преступления против человечества, военные преступления. Они преследуются правоохранителями ФРГ вне зависимости от места совершения и нарушения интересов Германии. В рассматриваемом законе предусмотрено обстоятельство, исключающее вину и уголовную ответственность – исполнение приказа или распоряжения». Наличие такой нормы ученые объясняют тем, что в УК Германии она отсутствует, «в то время как большинство военных преступлений совершается во исполнение обязательного приказа или распоряжения военачальника. Согласно УК ФРГ о международных преступлениях «без вины действует тот, кто совершает предусмотренное в § 8–14 деяние во исполнение военного приказа или распоряжения, находясь в отношении фактической подчиненности, если лицо, исполняющее приказ, не осознает, что приказ или распоряжение являются противоправными или их противоправность не является очевидной»⁸⁴.

В анализируемом кодексе «содержится положение, согласно которому, если военачальники или начальник по гражданской службе бездействи-

⁸⁰ Там же. С. 109.

⁸¹ Бойльке В. Указ. соч. С. 21–22.

⁸² Там же. С. 30.

⁸³ Там же. С. 18.

⁸⁴ Цит.: Серебренникова А. В. Источники уголовного права Германии. С. 107.

ет и не препятствует своему подчиненному совершить предусмотренное данным кодексом преступление, то он наказывается как исполнитель деяния, совершенного подчиненным. При этом военачальником считается лицо, фактически осуществляющее в войсках функции, связанные с отдачей приказов, руководством и контролем, а к начальнику по гражданской службе приравнивается лицо, которое в гражданской организации или на гражданском предприятии фактически осуществляет функции, связанные с руководством и контролем»⁸⁵.

В соответствии с § 5 «сроки давности уголовного преследования и исполнения обвинительного приговора (термин *Vollstreckung der verhaengten Strafen* переводится как «исполнение назначенного наказания». – *Е. Л.*) к международным преступлениям не применяются»⁸⁶, что в полной мере соответствует стандартам современного международного уголовного права.

Уголовное законодательство Земель. Ряд современных российских ученых уголовное законодательство Земель среди источников не называют⁸⁷, другие, как правило, очень кратко характеризуют этот источник и аргументируют свою позицию тем, например, что в нашем столетии «федеральным законодательством охвачены все сколь-нибудь существенные вопросы уголовного права и исполнения наказаний...»⁸⁸. Считается, что в начале XXI в. «оно вряд ли имеет существенное значение. Федерация в соответствии с Основным законом страны вправе осуществлять исчерпывающее уголовно-правовое регулирование. При его отсутствии определенные нормы могут быть приняты законами Земли – в ограниченных пределах и с соблюдением определенных условий. В частности, по § 3 Вступительного закона к УК (в других случаях его называют Вводным. – *Е. П.*) от 2 марта 1974 г. (EGStGB) предписания права Земель не могут предусматривать иных правовых последствий преступления, чем лишение свободы до 2 лет и (по выбору) денежный штраф в пределах его законного размера; существуют здесь и иные условия», – разъясняют А. Э. Жалинский и А. А. Рерихт⁸⁹. А. В. Серебренникова пишет по данному вопросу очень лаконично: законы земель «регулируют полномочия и обязанности работников полиции, а также непосредственно влияют на отдельные нормы УК Германии»⁹⁰.

Европейское уголовное право. До вступления в силу Лиссабонского договора, принятого в 2009 г., Европейский Союз обязывал государства – членов этой международной региональной организации к принятию уголовно-правовых норм путем двух инструментов: директив и рамочных соглашений. В результате «основой немецкого уголовного законодатель-

ства об отмывании денег и о финансовом рынке (запрещенная торговля ценными бумагами с использованием инсайдерской информации, запрещенная манипуляция рынка) являются в значительной степени европейские требования», – делает обоснованный вывод Уве Хелльманн (Dr. Uwe Hellmann)⁹¹. «Новые европейские договоры (имеются в виду, в первую очередь, Лиссабонский договор 2007 г. и Договор о режиме Европейского Союза. – *Е. П.*) позволяют Европейскому Союзу в значительно большей мере оказывать влияние на уголовное право государств – членов с целью унификации права», – заключает в 2009 г. У. Хелльманн⁹². В 2021 г. этот ученый приводит в доказательство своего тезиса следующие положения: «Европейский Союз сможет (речь идет о будущем, пусть и ближайшем. – *Е. П.*) издавать директивы, направленные на унификацию уголовного законодательства государств-членов в области борьбы с терроризмом, торговлей людьми и сексуальной эксплуатацией женщин и детей, незаконной торговлей оружием, отмыванием денег, коррупцией, подделкой средств оплаты, компьютерной и организованной преступностью. Кроме того, в зависимости от развития преступности Совет вправе с согласия Европейского парламента единогласным постановлением определять иные сферы преступности, также имеющие трансграничный характер. Если унификация уголовно-правовых законодательных норм государств-членов окажется необходимой для действенного проведения политики Союза в сфере, в которой могут быть установлены минимальные правила в отношении определения преступных деяний и санкций в соответствующей сфере (ст. 83 абз. 2 Договора о функционировании Европейского Союза)»⁹³. Таково современное положение в этой области и ближайшие перспективы сотрудничества многих стран континентальной Европы. Минимальные правила, минимальные стандарты – это апробированная практика в международном публичном праве.

Обычное право. «В соответствии с принятой доктриной и решениями Конституционного суда оно возникает на основе длительной, постоянной и последовательной практики, признаваемой ее участниками в качестве обязательных правовых норм. Обычное право не может быть использовано для ухудшения положения субъекта деяния. Это положение имеет принципиальное значение, – подчеркивают А. Жалинский и А. Рерихт. – Недопустимо, когда доктрина и практика берут на себя функции парламента, усиливая наказание вне законной процедуры»⁹⁴.

Профессора Йоханес Вессельс и Вернер Бойльке, известные немецкие специалисты по уголовному праву ФРГ – авторы учебника по этому

⁸⁵ Цит.: *Серебренникова А. В.* Источники уголовного права Германии. С. 107.

⁸⁶ Там же.

⁸⁷ См., например: *Малиновский А. А.* Указ. соч. С. 44.

⁸⁸ Германия // *Правовые системы стран мира.* С. 167.

⁸⁹ *Жалинский А., Рерихт А.* Указ. соч. С. 588.

⁹⁰ *Серебренникова А. В.* Источники уголовного права Германии. С. 109.

⁹¹ *Хелльманн Уве.* Указ. соч. С. 42.

⁹² *Хелльманн Уве.* Европеизация уголовного права Германии // Преступления в сфере экономики : российский и европейский опыт : материалы совместного российско-германского круглого стола 9 октября 2009 г. С. 338.

⁹³ *Хелльманн Уве.* Введение в уголовное право Федеративной Республики Германия. С. 42–43.

⁹⁴ *Жалинский А., Рерихт А.* Указ. соч. С. 589.

предмету, который издавался в Германии, как минимум, 35 раз и который на 2006 г. был переведен на португальский, испанский, корейский и русский языки⁹⁵, также пишут, что «запрещается с помощью **обычного права** или **аналогии** создавать новые составы преступлений или изменять уже существующие в сторону ухудшения положения лица, совершившего преступления», и ссылаются на известное древнеримское выражение: нет преступления без указания на то в законе (*nullum crimen sine lege*). Далее они констатируют: «**Обычное право** возникло в результате сложившихся в течение длительного применения в обществе общих правил поведения, которые позволяли разрешать конфликты с учетом положений права»⁹⁶.

С позиций отечественной (и не только) теории права одним из четырех основных источников права является правовая обычай, но российские и немецкие пеналисты пишут об обычном праве. Во всей континентальной Европе правовой обычай занимает скромное место среди форм права, явно уступая пальму первенства, как по юридической силе, так и по распространенности, нормативным правовым актам (по юридической силе – Конституции, органическим законам и др.) и нормативным договорам. Что касается таких признаков правового обычая, как длительность, постоянство, единообразие и признание их властными субъектами, то такие свойства, черты можно назвать классическими, традиционными.

Таким образом, можно сделать некоторые выводы о специфике источников современного немецкого уголовного права:

– во-первых, оно имеет несколько видов источников этой важной отрасли права ФРГ;

– во-вторых, ключевую, первостепенную роль среди них играют Основной закон страны 1949 г., в котором сформулированы, по сути, некоторые принципы уголовного права; Уголовный кодекс (Уголовное уложение) 1871 г. по состоянию на 30 ноября 2020 г. с изменениями и дополнениями, вступившими в силу с 1 января 2021 г.;

– в-третьих, они содержат очень большое количество иных федеральных уголовных законов;

– в-четвертых, появление новых федеральных законов и внесение изменений в уже существующие связано также с ратификацией ФРГ международных договоров в сфере уголовного права, а также учетом различного рода юридических документов Европейского Союза; влияние международного уголовного права и особенно европейского уголовного права на законодательство страны в XXI в. усиливается;

– в-пятых, наличие многих источников немецкого уголовного права – это доказательство сохранения традиции в сфере уголовного законодательства этого государства;

– в-шестых, незначительна роль уголовных законов Земель и мизерно значение норм обычного права в уголовно-правовой сфере.

Ивановский государственный университет

Поцелуев Е. Л., кандидат исторических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета

E-mail: elp777@yandex.ru

Ivanovo State University

Potseluev E. L., PhD in History, Associate Professor, Head of the Theory and History of State and Law Department

E-mail: elp777@yandex.ru

⁹⁵ См.: *Плошкина Я. М.* Предисловие к русскому изданию // Вессельс Йоханес, Бойльке Вернер. Уголовное право ФРГ : учебник. 35-е изд., с доп и изм. / пер с нем. Я. М. Плошкиной ; под ред. Л. В. Майоровой. Красноярск : РУМЦ ЮЛ, 2006. С. 5.

⁹⁶ *Вессельс Йоханес, Бойльке Вернер.* Уголовное право ФРГ. Общая часть : учебник. Красноярск : Изд-во Красноярск. гос. ун-та, 2006. С. 30.

КОДИФИЦИРОВАННЫЕ ПРАВОВЫЕ АКТЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ В РАКУРСЕ КОМПАРАТИВИСТИКИ

В. А. Илюхина

Академия права и управления
Федеральной службы исполнения наказаний,
Нижегородский институт управления – филиал РАНХиГС

Аннотация: в работе на основе формально-юридического метода проводится компаративистское исследование кодифицированных актов Российской Федерации и Республики Армения. Отмечаются сходство и различия подходов российского и армянского законодателя к кодификации нормативных правовых актов. Делается вывод о целесообразности заимствования армянского опыта кодификации судебного и избирательного законодательства.

Ключевые слова: компаративистика, нормативные правовые акты, кодексы, Российская Федерация, Республика Армения.

CODIFIED LEGAL ACTS OF THE RUSSIAN FEDERATION AND THE REPUBLIC OF ARMENIA FROM THE PERSPECTIVE OF COMPARATIVE STUDIES

V. A. Iliukhina

Academy of Law and Management of the Federal Penal Service of Russia,
Nizhny Novgorod Institute of Management – branch of RANEPА

Abstract: in this work, on the basis of the formal legal method, a comparative study of the codified acts of the Russian Federation and the Republic of Armenia is carried out. The similarities and differences in the approaches of the Russian and Armenian legislators to the codification of regulatory legal acts are noted. The conclusion is made about the expediency of borrowing the Armenian experience of codification of judicial and electoral legislation.

Key words: comparative studies, normative legal acts, codes, Russian Federation, Republic of Armenia.

Поступила в редакцию 5 июля 2021 г.

Кодификация нормативных правовых актов, как известно, является одним из способов систематизации законодательства. Причем способом наиболее эффективным в плане правового регулирования общественных отношений. Кодификация как прием юридической техники в настоящее время используется всеми государствами. В силу специфики континентальной правовой семьи кодифицированные акты наиболее распространены в странах, в нее входящих.

Российская Федерация и Республика Армения объединены достаточно длительным историческим прошлым как в рамках Российской империи, так и Советского Союза. На протяжении почти двух веков правовые системы России и Армении развивались вместе. С образованием СССР и формированием советской правовой семьи Россия и Армения входили в

эту семью, а после распада Советского Союза оба государства вернулись в лоно континентальной правовой семьи.

С одной стороны, законодательство России и Армении основывается на некоторых общих традициях. С другой стороны, оба государства с 1991 г. накопили собственный интересный опыт. Все это в совокупности создает основу для корректного компаративистского исследования законодательства Российской Федерации и Республики Армения на современном этапе.

В данной работе мы в формально-юридическом плане в ракурсе компаративистики рассмотрим кодифицированные акты Российской Федерации и Республики Армения. Сразу сделаем несколько оговорок. Во-первых, речь пойдет только о кодексах, действующих в настоящий момент, во-вторых, – только о национальных кодифицированных актах, в-третьих, – только о нормативных правовых актах, которые сам законодатель назвал кодексами и, наконец, в-четвертых, в наши задачи не входит анализ содержания и структуры российских и армянских кодифицированных актов.

Всего в Российской Федерации в настоящее время действует 20 кодексов, а в Республике Армения – 16 (см. составленную нами таблицу «Кодифицированные акты Российской Федерации и Республики Армения»). Обратим внимание, что в таблицу не включен Таможенный кодекс Евразийского экономического союза, так как этот нормативный правовой акт представляет собой не национальный, а международный акт, являющийся приложением № 1 к Договору о Таможенном кодексе Евразийского экономического союза, подписанному в г. Москве 11 апреля 2017 г.

Также обратим внимание на то, что среди кодексов Армении нами назван Судебный кодекс Республики Армения. Документ с таким названием был принят 7 апреля 2007 г. Однако 10 февраля 2018 г. его заменил Конституционный закон Республики Армения от 10 февраля 2018 г. № ЗР-95 «Судебный Кодекс Республики Армения». В пункт 1 части 1 статьи 2 Закона Республики Армения от 21 марта 2018 г. «О нормативно-правовых актах» вводится разграничение между конституционными законами и законами. При этом в соответствии с пунктом 4 части 1 статьи 2 того же нормативного правового акта «кодекс – закон, который объединяет все или основные нормы, регулирующие однородные общественные отношения всей отрасли права или ее отдельной части». Таким образом, кодекс является разновидностью закона, но формально не предусматривается ситуация, когда кодекс является разновидностью конституционного закона. Однако в реальности именно так и получилось. Сохранив кодифицированную сущность Судебного кодекса Республики Армения, законодатель повысил ее статус с уровня обычного закона до конституционного закона путем соответствующих процедур принятия.

В России отсутствует аналогичный кодифицированный акт. Его заменяет совокупность нормативных правовых актов, а именно: Закон РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации», федеральные конституционные законы от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ

«О судебной системе Российской Федерации», от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации», от 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации», федеральные законы от 8 января 1998 г. № 7-ФЗ «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации», от 17 декабря 1998 г. № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации» и др.

Полагаем, что армянский опыт кодификации судебного законодательства является достаточно эффективным, требует специального изучения и представляет интерес для России. По нашему мнению, в Российской Федерации целесообразно принять Судебный кодекс Российской Федерации, в котором были бы систематизированы все нормы о судостроительстве, статусе судей и прочие, связанные с устройством и организацией судебной власти, судебных органов и судебных учреждений в России.

Сравнивая кодексы России и Армении, обратим внимание на то, что все они были приняты после образования независимых государств Российской Федерации и Республика Армения, что представляется абсолютно логичным и обоснованным. Тем удивительнее выглядит исключение из этого правила. Таковым является Кодекс об административных правонарушениях Республики Армения от 6 декабря 1985 г. Как видим, он был принят еще в период существования Армянской ССР до распада Советского Союза. Естественно, в настоящий момент по сравнению с советским периодом внесено множество изменений в армянский Кодекс об административных правонарушениях, однако основа его остается старой, что обуславливается, на наш взгляд, высоким качеством данного документа, принятого еще в 1985 г. Тем не менее, полагаем, что принятие совершенно нового Кодекса об административных правонарушениях – это дело времени.

Для России и Армении, как и всех стран, входящих в континентальную правовую семью, характерно деление права на отрасли. Причем основные отрасли в разных странах одинаковые, поэтому нет ничего удивительного в том, что ряд кодифицированных актов Российской Федерации и Республики Армения аналогичны не только по сфере правового регулирования, но и по названию.

Всего в России и Армении имеется 13 кодексов с аналогичными названиями (см. таблицу), кодифицировавших важнейшие отрасли права: Гражданский кодекс, Семейный кодекс, Трудовой кодекс, Налоговый кодекс, Кодекс об административных правонарушениях, Уголовный кодекс, Уголовно-исполнительный кодекс, Гражданский процессуальный кодекс, Уголовно-процессуальный кодекс, Кодекс административного судопроизводства, Земельный кодекс, Лесной кодекс, Водный кодекс.

Обратим внимание, что в некоторых случаях для России характерно одновременное принятие отдельных частей кодексов (Гражданский кодекс и Налоговый кодекс), в Армении же каждый кодифицированный акт, несмотря на наличие в нем разных частей, принимался одновременно.

В отличие от Армении в России действует не три, а четыре процессуальных кодекса – существует еще Арбитражный процессуальный кодекс

от 24 июля 2002 г. В Армении арбитражное процессуальное право не воспринимается в качестве самостоятельной отрасли права, а его нормы содержатся в Гражданском процессуальном кодексе Республики Армения от 27 февраля 2018 г.

В России существует еще шесть кодифицированных актов, каких нет в Армении. Отсутствие некоторых из них вызвано объективными причинами. Вполне закономерно, что в Армении нет Кодекса торгового мореплавания аналогично Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ, так как Армения не имеет выхода к морям. Тем не менее, это не означает, что по морям не могут ходить суда под армянским флагом. Нормы международного права это позволяют. Более того, в настоящее время в Армении в стадии разработки находится морское законодательство¹.

Отсутствие в Армении судоходных рек большой протяженности делает нецелесообразным разработку нормативного правового акта, аналогичного российскому Кодексу внутреннего водного транспорта Российской Федерации от 7 марта 2001 г. № 24-ФЗ. Однако поскольку соответствующая сфера общественных отношений требует нормативного регулирования, то во избежание пробелов в нем еще 7 марта 1998 г. был принят Закон Республики Армения № ЗР-201 «О транспорте», среди норм которого имеются и регулирующие водный транспорт.

В Российской Федерации законодатель кодифицировал жилищное право (Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ), бюджетное право (Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ) и градостроительное право (Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ). Соответствующее законодательство, естественно, имеется и в Армении. Только оно не кодифицировано, а представлено единичными законами: Закон Республики Армения от 4 июня 2002 г. № ЗР-334 «Об управлении многоквартирным домом», Закон Республики Армения от 21 июля 1997 г. № ЗР-137 «О бюджетной системе Республики Армения», Закон Республики Армения от 26 мая 1998 г. № ЗР-217 «О градостроительстве».

Имеет место и обратная ситуация. В Армении законодательство о недрах кодифицировано наряду с другим природоресурсным законодательством (земельным, лесным, водным) – 17 декабря 2011 г. был принят Кодекс Республики Армения о недрах. В России же, несмотря на наличие Земельного, Водного и Лесного кодексов, законодательство о недрах не кодифицировано, и основным нормативным правовым актом в данной сфере является Закон РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах».

В отличие от России в Армении кодифицировано избирательное законодательство – действует Избирательный кодекс Республики Армения от 28 мая 2016 г. № ЗР-54. В Российской Федерации, напротив, существует одновременно множество нормативных актов, регулирующих

¹ См.: URL: <https://ru.armeniasputnik.am/politics/20190607/19024496/Korabli-pod-flagom-Armenii--ne-romantika-razrabotano-morskoe-zakonodatelstvo.html>

избирательные правоотношения (например, Федеральный закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», Федеральный закон от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ «О политических партиях», Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 19-ФЗ «О выборах Президента Российской Федерации», Федеральный закон от 22 февраля 2014 г. № 20-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», Федеральный закон от 3 ноября 2015 г. № 300-ФЗ «Об утверждении схемы одномандатных избирательных округов для проведения выборов депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 20-ФЗ «О Государственной автоматизированной системе Российской Федерации “Выборы”», Федеральный закон от 26 ноября 1996 г. № 138-ФЗ «Об обеспечении конституционных прав граждан Российской Федерации избирать и быть избранными в органы местного самоуправления», Федеральный закон от 12 мая 2009 г. № 95-ФЗ «О гарантиях равенства парламентских партий при освещении их деятельности государственными общедоступными телеканалами и радиоканалами» и др.). Полагаем, что в данном случае опыт Армении более предпочтителен и его имеет смысл заимствовать в российском законодательстве.

Подводя итоги проделанной работы, сделаем следующие выводы. Во-первых, принадлежность Российской Федерации и Республики Армения к континентальной правовой семье обусловила сходство, проявляющееся в кодификации основных отраслей права и наличии соответствующих отраслевых кодексов. Во-вторых, в России действует в настоящее время 20 кодексов, в Армении – 16. При этом 13 кодексов носят общий аналогичный характер по сфере правового регулирования и идентичны по названиям. В-третьих, Российской Федерации целесообразно заимствовать армянский опыт и кодифицировать судебное и избирательное законодательство. В Армении, в свою очередь, имеет смысл принять новый Кодекс об административных правонарушениях вместо принятого еще в 1985 г.

Т а б л и ц а

Кодифицированные акты Российской Федерации и Республики Армения

220

Российская Федерация	Республика Армения
1	2
Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ; часть третья от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ; часть четвертая от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ	Гражданский кодекс Республики Армения от 28 июля 1998 г. № ЗР-239
Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ	Семейный кодекс Республики Армения от 8 декабря 2004 г. № ЗР-123
Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ	Трудовой кодекс Республики Армения от 14 декабря 2004 г. № ЗР-124

Продолжение табл.

1	2
Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ; часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ	Налоговый кодекс Республики Армения от 1 ноября 2016 г. № ЗР-165
Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ	Кодекс об административных правонарушениях Республики Армения от 6 декабря 1985 г.
Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ	Уголовный кодекс Республики Армения от 29 апреля 2003 г. № ЗР-528
Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 8 января 1997 г. № 1-ФЗ	Уголовно-исполнительный кодекс Республики Армения от 18 января 2005 г. № ЗР-60
Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ	Гражданский процессуальный кодекс Республики Армения от 27 февраля 2018 г. № ЗР-110
Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ	Уголовно-процессуальный кодекс Республики Армения от 1 сентября 1998 г. № ЗР-248
Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ	
Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ	Кодекс административного судопроизводства Республики Армения от 28 декабря 2013 г. № ЗР-139
Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ	Земельный кодекс Республики Армения от 4 июня 2001 г. № ЗР-185
Лесной кодекс Российской Федерации от 4 декабря 2006 г. № 200-ФЗ	Лесной кодекс Республики Армения от 26 ноября 2005 г. № ЗР-211
Водный кодекс Российской Федерации от 3 июня 2006 г. № 74-ФЗ	Водный кодекс Республики Армения от 29 июня 2002 г. № ЗР-373
	Кодекс Республики Армения о недрах от 17 декабря 2011 г. № ЗР-280
Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ	
Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ	
Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ	
Воздушный кодекс Российской Федерации от 19 марта 1997 г. № 60-ФЗ	
Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ	

221

Окончание табл.

1	2
Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации от 7 марта 2001 г. № 24-ФЗ	
	Избирательный кодекс Республики Армения от 28 мая 2016 г. № ЗР-54
	Конституционный закон Республики Армения от 10 февраля 2018 г. № ЗР-95 «Судебный Кодекс Республики Армения»

Академия права и управления Федеральной службы исполнения наказаний, Нижегородский институт управления – филиал РАНХиГС

Илюхина В. А. – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории государства и права, международного и европейского права; старший научный сотрудник научного центра Нижегородского института управления – филиала РАНХиГС
E-mail: eva3011@bk.ru

Academy of Law and Management of the Federal Penal Service of Russia, Nizhny Novgorod Institute of Management – Branch of RANEPA

Iliukhina V. A., Candidate of Jurisprudence, Associate Professor, Associate Professor of Theory of State and Law, International and European Law Department, Academy of Law and Management of the Federal Penal Service of Russia; senior researcher at the Research Center of Nizhny Novgorod Institute of Management – Branch of RANEPA
E-mail: eva3011@bk.ru

ПРАВОВЫЕ АКТЫ ПРЕЗИДЕНТА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЕ ПРАВОВЫЕ АКТЫ УПРАВЛЕНИЯ В УСЛОВИЯХ РАЗВИТИЯ ЦИФРОВОЙ ТРАНСФОРМАЦИИ

В. В. Гриценко

Воронежский государственный университет

Аннотация: в свете Конституционной реформы 2020 г. анализируются правовые акты Президента Российской Федерации как правовые акты управления. Обосновывается дальнейшая тенденция увеличения роли Президента Российской Федерации в цифровой трансформации России.

Ключевые слова: процессы цифровизации, правовые акты управления, указы, распоряжения, поручения, Президент РФ, цифровая трансформация.

LEGAL ACTS OF THE PRESIDENT OF THE RUSSIAN FEDERATION AS FUNDAMENTAL LEGAL ACTS OF MANAGEMENT IN THE CONTEXT OF THE DEVELOPMENT OF DIGITAL TRANSFORMATION

V. V. Gritsenko

Voronezh State University

Abstract: in the light of the constitutional reform of 2020, legal acts of the President of the Russian Federation are analyzed as legal acts of governance. The further trend of increasing the role of the President of the Russian Federation in the digital transformation of Russia is substantiated.

Key words: digitalization processes, legal acts of management, decrees, orders, instructions, the President of the Russian Federation, digital transformation.

Поступила в редакцию 12 июля 2021 г.

Эпоха цифровизации, на пороге которой находится весь мир, в том числе Россия, требует научного осмысления и иного правового регулирования. Под влиянием новых технологий меняется правовое регулирование практически всех правовых институтов различных отраслей права. По мнению В. Н. Синюкова, «правовое регулирование вошло в сильнейшее магнитное поле технологических изменений; право отчаянно им сопротивляется, пытаясь, в конечном счете, приспособиться и сохранить прежнюю регулятивную ценность»¹.

Усугубляют ситуацию несовершенство, противоречивость, нагроможденность отечественного законодательства, о чем свидетельствует количество, а не качество принимаемых законов. Так, за весеннюю сессию 2021 г. Совет Федерации Федерального Собрания РФ, как подчеркнул В. И. Матвиенко, провел 12 заседаний, рассмотрел и одобрил более

¹ Синюков В. Н. Право XX и XXI веков : преемственность и новизна // LexRussica. 2021. № 3(171). С 11. С. 9–20.

350 законов². После внесения изменений в Конституцию 2020 г. в России (на 5 июля) были внесены изменения в 180 законов³. Следует отметить, что вопросы цифровизации регулируются 5 тыс. нормативными актами, при этом правовое регулирование значительно отстает от современных процессов цифровизации, обусловленных развитием новых цифровых технологий. По мнению Д. А. Пашенцева, «внедрение новых технологий приобретает все большие масштабы, порождая сложно прогнозируемые последствия и риски»⁴.

Такое количество принятых законов свидетельствует не столько о работе законодателей, сколько о проблемах, существующих в правовом поле. Трудно не согласиться с А. А. Редько о спонтанном характере законов, принимаемых «как правило, лицами, либо не владеющими юридической техникой, либо не осознающими процессы, которые нуждаются в правовом регулировании»⁵. О. Ю. Ельчанинова подчеркивает, что в процессе совершенствования законодательства важную роль наряду с применением права играет техническое оформление текстов правовых документов, так как «уровень качества законов по форме и содержанию напрямую зависит от уровня юридической техники»⁶. Особое опасение вызывают законы, а также их названия, отличающиеся нечеткостью, сложностью, не отражающие их смысл, содержание. На проблему названных законов обращал внимание П. В. Крашенинников при работе над **новой редакцией методических рекомендаций по юридико-техническому оформлению законопроектов**.

К сожалению, в последнее время прослеживается негативная тенденция принятия «безликих» законов. Так за шесть месяцев 2021 г. было принято 37 таких законов⁷ о внесении изменений в отдельные законодательные акты, при этом законодатель не конкретизирует, в какие. Общеизвестно, что правовое регулирование в России не исчерпывается только законами, которые в настоящее время носят нестабильный, противоречивый характер, но содержит и систему подзаконных актов, призванных

² См.: Мислевская Г. Лето будет рабочим // Рос. газ. 2021. 24 июня. С. 2.

³ См.: Яшманов Б., Куликов В. Год Закона. Павел Крашенинников о развитии системы права после вступления в силу обновленной Конституции России // Рос. газ. 2021. 5 июля. С. 4.

⁴ Пашенцев Д. А. Динамика правовой традиции в условиях четвертой промышленной революции // Журнал российского права. 2021. № 5. С. 5–15.

⁵ Редько А. А. Правовая инициатива как способ совершенствования функций государства и права // Российская юстиция. 2021. № 5. С. 19.

⁶ Ельчанинова О. Ю. Техничко-юридическая специфика построения правовых актов в XVII в. : преемственность и новации // История государства и права. 2021. № 3. С. 27.

⁷ Например, см.: О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации : федер. закон от 2 июля 2021 г. № 357-ФЗ // Рос. газ. 2021. 8 июля; О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации : федер. закон от 1 июля 2021 г. № 288-ФЗ // Рос. газ. 2021. 6 июля.

«конкретизировать основные, принципиальные положения законов применительно к своеобразию различных индивидуальных интересов»⁸.

Первое место среди подзаконных актов занимают акты Президента РФ, что обусловлено Конституционной реформой 2020 г.⁹, повлекшей расширение правового статуса Президента, а также масштабностью его функций как главы государства, позволяющих обеспечить согласованное функционирование и взаимодействие органов в единой системе публичной власти¹⁰.

Таким образом, актуальность рассматриваемой тематики обусловлена: Конституционной реформой 2020 г., повлекшей значительное расширение полномочий Президента в различных сферах публичного управления и неоднозначную оценку этого факта; стремительным развитием информационных и цифровых технологий, применяемых в различных сферах государственной и общественной жизни; возникновением новых терминов «цифровая среда», «цифровая сфера», «цифровое государство», «цифровое государственное управление», «цифровые технологии», «цифровое пространство», «цифровые сервисы», «цифровые услуги», «цифровой формат», «цифровая трансформация» и т.д. Наиболее важное значение для функционирования единой системы публичной власти, координация деятельности которой осуществляется Президентом РФ, имеет цифровая трансформация, осуществляемая путем принятия решений в форме правовых актов управления.

Роль Президента РФ как гаранта Конституции РФ при принятии актов управления в современных условиях развития цифровой трансформации состоит в направленности их на защиту всех видов суверенитета государства, в том числе цифрового, информационной безопасности, являющейся видом национальной безопасности, территориальной целостности, качественной непрерывной деятельности органов, входящих в единую систему публичной власти, обеспечения политической, экономической, финансовой стабильности. Следует отметить, что нахождение Президента РФ вне принципа разделения властей, а – выше, носит, по мнению М. Краснова, «иллюзорный характер», так как «ложная презумпция президентской нейтральности не просто делает институт гаранта неэффективным, но и содействует авторитарному тренду президента»¹¹. И. Алебастрова, характеризуя конституционные поправки

⁸ Хропанюк В. Н. Теория государства и права : учебник для высших учебных заведений / под ред. проф. В. Г. Стрекозова. М. : Интерстиль, Омега, 2008. С. 244.

⁹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 г. с изм., одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020 г.) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2020

¹⁰ О Государственном Совете Российской Федерации : федер. закон от 8 декабря 2020 г. № 394-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2020. № 50 (часть III). Ст. 8039.

¹¹ Краснов М. Проблемы концепта «гарант конституции» // Сравнительное конституционное обозрение. 2021. № 2 (141). С. 15.

2020 г., подчеркивает, что «особенно сильно от поправки пострадал принцип разделения властей, ибо роль Президента в государственном механизме стала еще более непропорционально значительной...»¹². А. Х. Рамазанов и Г. А. Сапаева указывают на «особую» роль Президента в системе разделения властей¹³. А. Соболева подчеркивает, что поправки в Конституцию РФ изменили модель разделения властей, закрепив еще более роль Президента в качестве руководителя исполнительной власти¹⁴.

Кроме того, в настоящее время законы могут регулировать отношения, не обладающие особой важностью, а акты Президента РФ, наоборот, в контексте цифровой трансформации, приобретают силу законов. Ю. Н. Стариков к правовым актам управления относит указы и распоряжения Президента РФ¹⁵. В. В. Комарова выделяет нормативные правовые и правовые акты Президента РФ, а также «иные способы оформления реализуемых Президентом России полномочий: поручения, указания, директивы, перечень поручений»¹⁶.

Часть 2 статьи 15 Конституции РФ, находящаяся в главе первой, определяющая основы конституционного строя (означающая, что никакие другие положения Конституции РФ не могут противоречить нормам этой главы), устанавливает, что органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию РФ и законы (юридическая неточность состоит в том, что Конституция – это тоже закон, наверное, надо было бы указать и «другие»). Однако это не означает, что указанные субъекты не обязаны выполнять принимаемые Президентом РФ указы и распоряжения (ст. 90), которые (так же, как и федеральные законы) обязательны для исполнения на всей территории России, не должны противоречить Конституции РФ и федеральным законам.

Кроме того, некая противоречивость прослеживается между статьями 90 и 113 Конституции РФ. Если Президент РФ принимает только указы и распоряжения, то согласно статье 113 Конституции РФ Председатель Правительства РФ организует работу Правительства в соответствии с Конституцией РФ, федеральными законами, указами, распоряжениями Президента, а также и с его поручениями. На основании статьи 115 Конституции РФ Правительство РФ издает и обеспечивает свои постановления и распоряжения на основе Конституции РФ, указов, распоряжений,

¹² См.: Правовые итоги – 2020 // Закон. 2021. № 1. С. 20.

¹³ См.: Рамазанов А. Х., Сапаева Г. А. Президентская власть с точки зрения принципа разделения властей // Евразийский юридический журнал. 2021. № 1 (152). С. 67.

¹⁴ См.: Соболева А. Социальные права в контексте новых полномочий Президента // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 3 (136). С. 82.

¹⁵ См.: Стариков Ю. Н. Правовые акты Президента Российской Федерации. Общее административное право : учебник : в 2 ч. / под ред. Ю. Н. Старикова. Воронеж : Издательский дом ВГУ, 2016. С. 570–571.

¹⁶ Комарова В. В. Конституционная реформа 2020 г. в России (некоторые аспекты) // Актуальные проблемы российского права. 2020. № 8. С. 22–31.

поручений Президента РФ. Исходя из анализа указанных статей, можно сделать вывод об их конституционном характере. Именно указанные обстоятельства повлекли активное научное обсуждение конституционной правовой природы поручений¹⁷, кроме того, в средствах массовой информации достаточно часто, после встреч, заседаний, других мероприятий, Президент РФ издает поручения.

Таким образом, к способам (формам) реализации управленческих полномочий Президента РФ относятся: указы, распоряжения, поручение или перечень поручений; указания, директивы. Указанные способы управленческих решений способствуют реализации положений федерального проекта «Цифровое государственное управление». Д. Р. Алимова выделяет два наиболее важных направления оптимизации государственных услуг, во-первых, введение суперсервисов, предполагающих комплексное решение жизненных ситуаций для граждан и бизнеса, во-вторых, цифровая трансформация приоритетных государственных и муниципальных услуг (моносервисы)¹⁸.

Развитие информационных, цифровых технологий связано с определенными рисками, вызовами, с нарушением прав граждан, поэтому роль Президента как гаранта Конституции, прав и свобод человека и гражданина и в дальнейшем будет возрастать.

В настоящее время наблюдается активное участие Президента в качестве субъекта, реализующего право законодательной инициативы. Президент в сфере управления издает нормативные и ненормативные правовые акты. Л. К. Невидайло и А. А. Рябов обосновывают необходимость закрепления в руководящих разъяснениях Пленума Верховного Суда или в правовых позициях Конституционного Суда РФ понятия и признаков ненормативно-правовых актов¹⁹. Значительное расширение полномочий Президента РФ в результате конституционной реформы 2020 г. возлагает на него и ответственность за принимаемые решения в управленческой сфере, качественные издаваемые им указы, распоряжения, поручения. При этом В. В. Комарова указывает на наличие «скрытых» полномочий Президента²⁰.

Статья 2 Конституции РФ провозгласила высшей ценностью человека, а также его права и свободы, кроме того в данной статье закреплена обязанность государства, т.е. его государственных органов, должностных лиц

¹⁷ См.: Артамонов А. Н. Поручение президента как правовой акт // Вестник Брянского государственного университета. 2020. № 3. С. 149–154; Комарова В. В. Конституционная реформа 2020 г. в России (некоторые аспекты) // Государственная власть и местное самоуправление. 2020. № 8. С. 22–31; Безруков А. В., Крысанов А. В. Конституирование поручений Президента Российской Федерации и первый опыт их оформления в сфере миграции // Государственная власть и местное самоуправление. 2021. № 5. С. 3–7.

¹⁸ См.: Алимова Д. Р. Российское законодательство и цифровизация : некоторые аспекты взаимовлияния // Законодательство. 2021. № 3. С. 46.

¹⁹ См.: Невидайло Л. К., Рябов А. А. Охрана и защита прав предпринимателей в контрольно-надзорной сфере // Закон. 2021. № 5. С. 46.

²⁰ См.: Комарова В. В. Указ. соч.

признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина. Поэтому Президент РФ, являясь гарантом Конституции, гарантом прав и свобод человека и гражданина, обязан в первую очередь защищать их, особенно в самой сложной на сегодняшний день – цифровой сфере, которая является «неизбежностью» XXI века. И осуществляет он регулирование и защиту в форме нормативных правовых актов и правовых актов управления. Поэтому не случайно первый курс на «цифровизацию», провозглашенный в нашей стране Президентом РФ в выступлении перед Федеральным Собранием РФ, закончился принятием программы «Цифровая экономика Российской Федерации», утвержденной распоряжением Правительства РФ № 1632-р от 28 июля 2017 г., основной целью которой должно стать сокращение почти двухкратного отставания России от других стран в сфере высоких технологий, а также обеспечение практически стопроцентного доступа граждан к широкополосному использованию интернета к 2025 г.

Огромное количество поручений президента, являющихся результатом выступлений, совещаний, встреч, свидетельствует о формировании, по мнению В. В. Комаровой, «поручительского права»²¹. Представляется более убедительным говорить «о публичном поручительском праве», так как институт поручительства характерен для отрасли гражданского права.

Наиболее важное значение в сфере публичного управления имеют, безусловно, указы и распоряжения Президента РФ.

Следует также отметить, что сам термин «цифровая трансформация» закреплен в качестве одной из основных национальных целей развития России в Указе Президента РФ от 21 июля 2020 г. № 474 «О национальных целях развития России до 2030 года»²². Данный Указ послужил основой для Постановления Правительства РФ от 10 октября 2020 г. № 1646 «О мерах по обеспечению эффективности мероприятий по использованию информационно-телекоммуникационных технологий в деятельности федеральных органов исполнительной власти и органов управления государственными внебюджетными фондами»²³, которое утвердило Положение о ведомственных программах цифровой трансформации, определяющее «цифровую трансформацию» как совокупность действий, осуществляемых государственным органом, направленных на изменение (трансформацию) государственного управления и деятельности государственного органа по предоставлению им государственных услуг и исполнению государственных функций за счет использования данных в электронном виде и внедрения информационных технологий в свою деятельность в определенных целях²⁴.

²¹ Комарова В. В. Указ. соч. С. 22–31.

²² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2020. № 30. Ст. 4884.

²³ Там же. № 42 (часть III). Ст. 6612.

²⁴ К основным целям относятся: повышение удовлетворенности граждан государственными услугами, в том числе цифровыми; снижение издержек государственного управления, создание условий для собираемости доходов и сокращения теневой экономики за счет цифровой трансформации; повышение уровня надежности и безопасности информационных систем и т.д.

Ю. А. Тихомиров и И. В. Котелевская справедливо подчеркивают, что «для каждого гражданина, где бы он ни работал и какой бы деятельностью ни занимался, право всегда воспринимается как те и или иные акты», так как «правовые акты – наглядное структурное выражение права»²⁵, а также выражение и закрепление полномочий Президента РФ в различных сферах, в том числе – в цифровой.

Акты Президента РФ представляют вид правовых актов публичного управления в области развития цифровой трансформации и обладают характерными признаками: имеют управленческий характер решений в сфере цифровизации; издаются Президентом РФ; подготавливаются компетентными органами (например, Администрацией Президента); принимаются в одностороннем порядке; имеют юридический государственно-властный характер; определяют общеобязательные правила поведения; раскрывают границы должного поведения субъектов в цифровой сфере; обладают законностью (подзаконностью, правомерностью); представляют собой разновидность юридически значимых официальных документов; обладают специальной формой и порядком принятия; выступают в качестве юридических документов; являются юридическими фактами, так как влекут возникновение, изменение, прекращение отношений в цифровой сфере; принимаются, изменяются, прекращаются под влиянием информационной и цифровой сфер; характеризуются оперативностью принятия по сравнению с законами; обусловленностью объективным характером изменений, так как находятся под воздействием новых цифровых технологий.

Таким образом, указы, распоряжения, поручения Президента РФ задают вектор развития отношений в цифровой сфере, на их основе принимаются постановления, распоряжения Правительства РФ, ведомственные акты, они служат базой для развития нормативно-правовых актов, регулирующих цифровую трансформацию, способствуют эффективному государственному управлению.

Стремительное развитие процесса цифровизации во всех сферах общественной и государственной жизни, «оцифрование» многих отношений диктуют необходимость правового регулирования. Использование информационных, цифровых технологий не только ускоряет процессы в государственном управлении, но и требует максимальной защищенности. Президент как гарант Конституции РФ, гарант прав и свобод человека и гражданина с помощью принятия правовых актов управления гарантирует права и свободы в цифровой сфере. Поэтому особое значение в сфере управления имеют документы стратегического планирования, о чем свидетельствуют: Указ Президента РФ от 5 декабря 2016 г. № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации»²⁶, Указ Президента РФ от 7 мая 2018 г. № 204 (ред.

²⁵ См.: Тихомиров Ю. А., Котелевская И. В. Правовые акты : учебно-методическое пособие. М. : Издательство Юридический колледж. МГУ, 1995. С. 5.

²⁶ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 50. Ст. 7074.

ОБЩИЕ ПРАВИЛА РАЗРЕШЕНИЯ ВРЕМЕННОЙ (ТЕМПОРАЛЬНОЙ) КОЛЛИЗИИ НОРМ ПРАВА¹

И. Н. Васев

Алтайский государственный университет

Аннотация: рассматриваются общетеоретические и практические проблемы разрешения временной коллизии, различные варианты коллизионного правового регулирования. Анализируется практика высших судебных инстанций применительно к коллизионным нормам.

Ключевые слова: коллизии норм права, норма права, разрешение юридических коллизий, временная (темпоральная) коллизия, коллизионные нормы.

GENERAL RULES OF TEMPORARY COLLISION RESOLUTION

I. N. Vasev

Altai State University

Abstract: theoretical and practical problems of temporal collision resolution, different types of collision regulation are analyzed. The practice of high courts is considered in connection with the collision norms.

Key words: collisions of legal norms, legal norm, legal collision resolution, temporal collision, collision norms.

Поступила в редакцию 20 июня 2021 г.

Понятия «коллизия в праве» и «коллизионная норма» являются неотъемлемой частью классической юриспруденции. Как мировая², так и отечественная теоретическая мысль стабильно обращаются к конструкциям:

– «норма большей юридической силы – норма меньшей юридической силы», устанавливая коллизионное правило «Lex superior derogat legi inferiori» (лат. «Приоритетом обладает норма с высшей юридической силой»);

– «общая – специальная норма», устанавливая коллизионное правило «Lex specialis derogat generali» (лат. «Специальный закон вытесняет общий закон»);

– «поздняя норма – ранняя норма», устанавливая коллизионное правило «Lex posterior derogat priori» (лат. «Последующий закон отменяет предыдущие»).

Однако видимая простота этих теоретических построений является обманчивой, так как в практической юриспруденции, как правило, не встречается «чистых», не обремененных иными условиями, случаев несоответствия правовых норм.

¹ Статья выполнена в рамках грантового проекта РФФИ 20-511-18002 «Иерархия и координация источников права в национальных правовых системах России и Болгарии».

² Internationales Privatrecht. Ein Überblick zu den wichtigsten Regelungen privater Rechtsbeziehungen mit dem Ausland. Berlin : Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2017. S. 6.

от 21.07.2020) «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года»²⁷; Указ Президента РФ от 2 июля 2021 г. № 400 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» (корректируемый каждые 6 лет)²⁸ и т.д.

Выступая на международной онлайн-конференции Artificial Intelligence Journey (AI Journey) 4 декабря 2020 г. в дискуссии «Искусственный интеллект – главная технология XXI века», В. В. Путин отметил необходимость проведения цифровой трансформации «всей страны, всей России» в течение десяти лет²⁹. Безусловно, это повлечет формирование законодательной базы, принятие новых правовых актов управления Президентом РФ, направленных на регулирование отношений в сфере цифровой трансформации.

Резюмируя вышеизложенное, учитывая расширение конституционных полномочий Президента РФ, представляем целесообразным разработать и принять единую Концепцию цифровой трансформации в публичном управлении.

²⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2018. № 20. Ст. 2817.

²⁸ URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202107030001>

²⁹ URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/by-date/04.12.2020>

Воронежский государственный университет

Гриценко В. В., доктор юридических наук, профессор кафедры административного и административного процессуального права юридического факультета

E-mail: vvgritsenko@mail.ru

Voronezh State University
Gritsenko V. V., Doctor of Law, Professor of the Department of Administrative and Administrative Procedural Law of the Faculty of Law

E-mail: vvgritsenko@mail.ru

Наглядно это проявляется в вопросе о временной (темпоральной) коллизии. В современной юридической науке под таковой понимается столкновение двух норм равной юридической силы, принятых в разное время, но претендующих на регламентацию одного и того же общественного отношения³. При этом указанные нормы не должны выступать по отношению друг к другу как общая и специальная. Это означает, что правило разрешения временной коллизии действует только в том случае, если не могут быть применены иные правила разрешения коллизий между нормами равной и разной юридической силы⁴. Другими словами, правило о временной коллизии обладает наименьшим удельным весом среди иных коллизионных правил и задействуется в последнюю очередь, что, однако, вовсе не умаляет его значения.

Общее правило разрешения временной коллизии было сформулировано еще в рамках римского частного права: «*Lex posterior derogat priori*» – «новый закон отменяет предыдущий» или «позднейшим законом отменяется более ранний»⁵. Однако это правило рассчитано на идеальную модель столкновения норм права во времени. Современное же коллизионное правовое регулирование предполагает углубление общего правила относительно конкретных, более сложных случаев временных коллизий. В зависимости от характера и содержания сталкивающихся норм можно выделить следующие три варианта коллизионного правового регулирования.

³ Ф. Регельсбергер замечает по этому поводу, что наименование «коллизия» применительно к данной ситуации не совсем уместно, так как в идеале столкновения норм не происходит: одна норма «умирает», а другая заступает ее место. «Коллизия существует здесь не в действительности, а только в сознании обсуждающего эту действительность лица». См.: Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. М.: Типография И. Д. Сытина. 1897. С. 212.

⁴ Интересно, но в странах англосаксонской правовой семьи правила разрешения временной коллизии вовсе не ставятся в такую зависимость от иных коллизионных правил. Связано это с тем, что англосаксонской правовой семье чужды идеи формализма и системности в их континентальном варианте, а потому соизмерение норм по их юридической силе и степени спецификации становится невозможным. Акты английского парламента рассматриваются как одинаковые по юридической силе, а потому на первые позиции выходит именно правило «последующий закон отменяет предыдущий».

⁵ Указанное правило, тем не менее, не является общераспространенным. Так, ч. 3 ст. 24 Закона Республики Армения «О правовых актах» от 3 апреля 2002 г. закрепляла следующее коллизионное правило: «Новоизданный одним и тем же органом правовой акт не должен противоречить принятому ранее и вступившему в силу правовому акту, обладающему равной юридической силой. В случае коллизии принятых одним и тем же органом правовых актов, обладающих равной юридической силой, действуют нормы правового акта, вступившего в силу прежде». Аналогичная же норма была закреплена и в принятом в 2018 г. Законе Республики Армения «О нормативных правовых актах» // Закон Республики Армения «О правовых актах» № 320 от 3 апреля 2002. URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1280&lang=rus> (дата обращения: 26.09.2019); Закон Республики Армения «О нормативных правовых актах» № 248 от 21.03.2018 // Официальные ведомости РА. 2018. Ст. 373.

1. Нормы обратного действия – это нормы материального права, смягчающие или устраняющие ответственность либо специально упомянутые в таком качестве законом. Они наделяются обратной силой (обладают ретроактивностью, имеют максимальный объем действия во времени)⁶.

Особую значимость это правило приобретает в рамках института юридической ответственности. Применительно к уголовно-правовой материи Верховный Суд РФ в Определении от 17 июля 1997 г. дал следующую характеристику таких норм:

«По смыслу ст. 10 УК РФ, законом, устраняющим преступность деяния, считается закон, объявляющий о декриминализации этого деяния, т.е. об исключении его из Уголовного кодекса и, следовательно, об отмене уголовной ответственности и наказания за его совершение»⁷.

И далее в указанном Определении ВС РФ развивает свою мысль применительно к следующему казусу:

«Органами предварительного следствия О. обвинялся в повторном незаконном приобретении, перевозке и хранении без цели сбыта наркотического вещества – опия в количестве 2,6 г, который он приобрел в середине сентября 1996 г. в г. Самаре у неустановленного лица.

Красноглинский районный суд г. Самары 30 января 1997 г. уголовное дело в отношении О. по ч. 4 ст. 224 УК РСФСР прекратил за отсутствием в его действиях состава преступления...

Прекращая производство по уголовному делу за отсутствием в действиях О. состава преступления, судья сослался на то, что действующая ч. 1 ст. 228 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за незаконное приобретение или хранение без цели сбыта наркотических средств в крупных размерах, однако ч. 4 ст. 224 УК РСФСР, по которой О. предъявлено обвинение, такого квалифицирующего признака, как крупный размер, не содержала. На период приобретения и хранения О. наркотических средств 2,6 г опия не составляли крупный размер, в связи с чем, по мнению суда, на основании ст. 10 УК РФ дело подлежало прекращению.

С такими выводами суда первой инстанции согласиться нельзя.

По смыслу ст. 10 УК РФ, законом, устраняющим преступность деяния, считается закон, объявляющий о декриминализации этого деяния, т.е. об исключении его из Уголовного кодекса и, следовательно, об отмене уголовной ответственности и наказания за его совершение. С перво-

⁶ Вопрос об обратном действии норм права важен настолько, что даже Конституция РФ 1993 г. по ряду случаев посчитала необходимым установить прямой запрет на придание новой норме подобной юридической силы (ст. 54 и 57). См.: Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

⁷ Определение Верховного Суда РФ от 17 июля 1997 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 2.

го января 1997 г. действует новый Уголовный кодекс, которым уголовная ответственность за незаконное приобретение и хранение без цели сбыта не только не устранена, а, наоборот, усилена. Действительно, ч. 1 ст. 228 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за незаконное приобретение и хранение наркотических средств в крупных размерах. Однако данное обвинение О. и не предъявлялось. Ему было предъявлено обвинение в приобретении и хранении без цели сбыта 2,6 г опия, а как разъяснил Постоянный комитет по контролю наркотиков в протоколе заседания № 54/10-96 от 17 декабря 1996 г. <*>, названное количество наркотического средства составляет крупный размер. Таким образом, ответственность за эти деяния не устранена...

Поэтому судебные постановления подлежат отмене, а дело – направлению на новое рассмотрение»⁸.

Из приведенного примера следует, что закон, который, с бытовой точки зрения, декриминализирует определенную подгруппу общественных отношений, с юридико-технической точки зрения, оказывается законом, усиливающим юридическую ответственность.

Довольно интересную трактовку принципа «закон обратной силы не имеет» предложил Конституционный Суд РФ в Постановлении от 14 июня 2018 г. № 23-П. Суть рассматриваемого дела заключалась в следующем: заявителем были нанесены побои до 15 июля 2016 г. (с этой даты не квалифицированные побои перестали рассматриваться как преступление). «Как следует из жалобы, экспертное заключение о степени причинения вреда здоровью Н. Я. Исмагилова было готово 31 августа 2016 года и получено им 8 ноября 2016 года, у него не было возможности ранее обратиться с заявлением о возбуждении уголовного дела (т.е. до 15 июля 2016 г. – И. В.); впоследствии постановлением уполномоченного должностного лица от 25 апреля 2017 года со ссылкой на часть первую статьи 10 УК Российской Федерации, согласно которой уголовный закон, устраняющий преступность деяния, имеет обратную силу, Н. Я. Исмагилову было отказано в возбуждении уголовного дела по статье 116 «Побои» данного Кодекса, а определениями участкового уполномоченного отдела полиции... от 29 августа 2017 года – в возбуждении двух дел об административных правонарушениях по статье 6.1.1 «Побои» КоАП Российской Федерации в отношении лиц, причинивших ему телесные повреждения»⁹, так как на момент совершения деяния состав административного правонарушения отсутствовал. Из этой патовой ситуации Конституционный Суд РФ вышел следующим образом: «Если ответственность за деяние смягчена, но не устранена, а само деяние получило другую отраслевую юридическую квалификацию, то его декриминализация при одновременном закреплении тождественного состава административного правонарушения не может рассматривать-

ся как установление нового противоправного деяния, не наказуемого ранее. Такая декриминализация представляет собой смягчение публично-правовой ответственности за совершение соответствующего правонарушения, проявляющееся во введении менее строгих – по сравнению с уголовными – административных санкций... Отмена законом уголовной ответственности за определенное деяние с одновременным его переводом под действие Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях свидетельствует о том, что федеральный законодатель продолжает рассматривать данное деяние как правонарушающее, однако по-иному оценивает характер его общественной опасности... что, следовательно... предполагает привлечение лиц, совершивших такие действия, хотя и до указанной даты, к административной ответственности»¹⁰. То есть фактически Конституционный Суд РФ во исполнение требования справедливости и неотвратимости наказания констатировал обратное действие новой административной нормы об ответственности.

Особое внимание обратим на вторую группу норм, о существовании которой современное правоведение зачастую забывает.

2. Нормы немедленного действия – это нормы процессуального (все!) и некоторые нормы материального права. Особенностью этих норм является то, что они действуют *немедленно*, с момента их вступления в силу они должны применяться также и к тем правоотношениям, которые возникли ранее и еще не окончились (длящиеся правоотношения, например, производство по делу об административном правонарушении, правоотношения по исполнению уголовного наказания и пр.). Данные нормы, по сравнению с нормами обратного действия, располагают умеренным объемом временного действия.

Принципиально важно установить, что *такое немедленное действие закона, когда он распространяется на длящиеся правоотношения, не есть обратная сила закона*. Если, например, законодатель через редактирование Уголовно-процессуального кодекса РФ устанавливает новый перечень оснований заключения под стражу в качестве меры пресечения, то эта норма действует немедленно не только применительно к правоотношениям, оформившимся после вступления нового закона в силу, но и применительно к уже существующим длящимся и еще не окончившимся правоотношениям. То же самое касается и действия во времени уголовно-исполнительного законодательства. И хотя сама по себе идея отнесения уголовно-исполнительных норм к числу процессуальных не является бесспорной¹¹, тем не менее, именно она косвенно

¹⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июня 2018 г. № 23-П. URL: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/1202278/> (дата обращения: 18.06.2018).

¹¹ Встречается и их классификация в качестве норм материального (регулятивного) права. В таком случае применение их к длящимся правоотношениям описывалось бы через конструкцию не немедленного, а обратного действия норм материального права, специально упомянутых в таком качестве законодателем (как улучшающих положение субъекта в публично-правовых отношениях). Одна-

⁸ Определение Верховного Суда РФ от 17 июля 1997.

⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июня 2018 г. № 23-П. URL: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/1202278/> (дата обращения: 18.06.2018).

закреплена законодателем в ч. 2 ст. 6 Уголовно-исполнительного кодекса РФ:

«Исполнение наказаний, а также применение средств исправления осужденных и оказание помощи освобождаемым лицам осуществляются в соответствии с законодательством, действующим во время их исполнения»¹².

Установление правила, согласно которому нормы процессуального права действуют всегда немедленно, обосновано тем, что оно не позволяет бесконечно пересматривать и переоценивать уже принятые в рамках процессуального закона решения. Значит, процессуальные нормы как нормы немедленного действия в принципе не могут иметь обратного действия.

То есть даже если новый процессуальный закон устанавливает правила, более благоприятные для участников, например, производства по уголовному делу, то обратной силы он, в принципе, иметь не может. Указанный тезис можно выразить следующей метафоричной фразой: *«Поворот процесса невозможен»*. У этого правила есть предельно рациональное основание: зачастую практически невозможно заново собрать многие доказательства и повторно произвести важные процессуальные действия. З. А. Незнамова пишет: «Любая форма уголовного процесса, любые изменения, вносимые в уголовно-процессуальное законодательство, преследуют, по крайней мере, должны преследовать единственную цель: найти наилучшие способы и средства установления истины, наиболее оптимальные пути достижения справедливости. Очевидно, именно в соответствии с данными целями уголовно-процессуальное законодательство закрепляет единственный принцип действия законов во времени: немедленное действие, суть которого заключается в том, что старый закон сразу утрачивает свою силу, а новый регламентирует все процессуальные отношения, в том числе и те, которые возникли до его принятия»¹³.

ко такая конструкция, несмотря на весь свой гуманистический посыл, сразу же обнаруживает недостатки: придание такой норме ревизионной обратной силы (когда переоценке подвергаются уже ранее оцененные юридические факты) означает необходимость «переучета» всех уголовно-исполнительных действий, совершенных в отношении лица, отбывающего наказание, с предоставлением ему права пользования «недовыбранными возможностями». Условно говоря, если лицо, отбывающее лишение свободы в исправительной колонии общего режима (ст. 121 УИК РФ), имело право на получение шести посылок или передач и шести бандеролей в течение года, а новая редакция УИК увеличила бы их число до восьми, то возник бы закономерный вопрос о переучете «недоиспользованных» возможностей за прошлое время. Очевидно, что логика обратного действия уголовно-исполнительного закона не согласуется с характером отношений, составляющих предмет уголовно-исполнительного права.

¹² Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 8 января 1997 г. № 1-ФЗ (ред. от 27.12.2018) // Российская газета. 1997. № 9.

¹³ Незнамова З. А. Коллизии в уголовном праве. Екатеринбург : Cricket, 1994. С. 207–208.

Неучет особой природы процессуальных норм (соответственно, и их немедленного действия) и порождает распространенное убеждение насчет, якобы, несоответствия ст. 4 УПК РФ положениям Конституции РФ и международным стандартам прав человека. Так, Н. В. Висков замечает: «На наш взгляд... соответствующие нормативные акты не предполагают придания обратной силы тому уголовно-процессуальному закону, который улучшает правовое положение виновного... это, как минимум, не способствует обеспечению прав участников процесса»¹⁴. То есть, по мнению Н. В. Вискова, законодатель должен по аналогии с УК РФ зафиксировать и в УПК РФ правило о придании обратной силы норме, «улучшающей положение субъекта», и о непридании такой силы норме, «ухудшающей положение субъекта». Но тогда закономерно встает вопрос о практической реализации таких нововведений. Как, например, придать обратную силу уголовно-процессуальной норме, которая ранее предполагала производство процессуального действия с санкции прокурора, а в новой редакции предусмотрела санкцию прокурора субъекта РФ (т.е. зафиксировала повышенный уровень гарантии соблюдения закона)? Очевидно, что уголовно-процессуальная норма подчиняется совершенно иному коллизионному правилу, нежели материальная.

Рассмотрим правило немедленного действия процессуальной нормы права на следующем примере: Московский областной суд 23 июня 1994 г. постановил приговор в отношении Е. по подп. «а», «з», «и» ст. 102, ст. 15, подп. «е», «и» ст. 102, ч. 2 ст. 149, ст. 93.1 УК РСФСР, назначив наказание по совокупности преступлений – смертную казнь с конфискацией имущества. В судебном заседании защитник подсудимого заявил ходатайство о направлении дела на дополнительное расследование; так как Е. обвиняется в преступлении, за которое предусмотрено наказание в виде смертной казни, ему необходимо разъяснить право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей. Московский областной суд определением от 10 июня 1994 г. ходатайство защитника, поддержанное Е., отклонил, при этом указав, что положения ст. 423 УПК РСФСР в отношении Е. не применимы, поскольку на предварительном следствии его ознакомили со всеми материалами дела в соответствии с требованиями ст. 201 УПК РСФСР до 1 ноября 1993 г., т.е. до вступления в силу на территории Московской области Закона РФ от 16 июля 1993 г. № 5451-1, предусматривающего возможность рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей, и поэтому он не имеет права на рассмотрение его дела судом присяжных.

В кассационной жалобе адвокат указал, что в соответствии со ст. 20 Конституции РФ суд не мог применить к Е. наказание в виде смертной казни, так как отказал в ходатайстве рассмотрения дела судом с участием присяжных заседателей. Судебная коллегия по уголовным делам ВС РФ приговор отменила, обосновав свое решение следующим образом: на момент рассмотрения дела в суде по обвинению Е. на территории Мо-

¹⁴ Висков Н. В. Модернизация уголовно-процессуального законодательства и его действие во времени : проблемы и пути решения // Власть. 2010. № 8. С. 160.

сковской области действовал порядок рассмотрения дел с участием присяжных заседателей, поэтому Е. необоснованно было отказано в осуществлении его права на рассмотрение дела судом присяжных.

Параллельно обратимся к соответствующим положениям Конституции РФ.

Ст. 20 Конституции РФ 1993 г.:

«2. Смертная казнь впредь до ее отмены может устанавливаться федеральным законом в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни при предоставлении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей».

Пункт 6 раздела второго Конституции РФ 1993 г. «Заключительные и переходные положения»:

«6. Впредь до введения в действие федерального закона, устанавливающего порядок рассмотрения дел судом с участием присяжных заседателей, сохраняется прежний порядок судебного рассмотрения соответствующих дел»¹⁵.

Получается, что закон о суде присяжных введен в действие на территории Московской области на момент постановления приговора (но не на момент разьяснения обвиняемому его прав). Вроде бы, Конституция в этом отношении (после выполнения п. 6 «Заключительных и переходных положений») начинает действовать, причем прямо. Но, все-таки, указанное решение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ вряд ли можно считать бесспорным. Прежде всего, потому, что оно обосновывается только ссылкой на ч. 2 ст. 20 Конституции РФ, но без учета положений п. 6 раздела второго «Заключительные и переходные положения». Правило о немедленном (и только немедленном действии) процессуального закона забыто. Ведь на момент разьяснения обвиняемому его прав (в том числе права на рассмотрение его дела с участием присяжных заседателей) закон еще не действовал. А потому применение в указанном деле закона о суде присяжных с точки зрения коллизионного права невозможно¹⁶.

Равно немедленным действием закона будет применение новой материальной нормы к правоотношению, возникшему до вступления нового закона в силу, если эта норма абсолютно идентична ранее существовавшей (т.е. не улучшает и не ухудшает положение лица). Например, и старый УК РСФСР 1960 г. (ст. 57), и новый УК РФ 1996 г. (ст. 86) устанавливают, что по истечении сроков судимости лицо считается несудимым. Эта норма не улучшает и не ухудшает положения заинтересованного лица, значит, она является нормой немедленного действия.

¹⁵ Конституция Российской Федерации.

¹⁶ Видимо, именно подобные случаи имеют в виду сторонники надления процессуального закона обратной силой. Но тогда необходимо прямо сказать: предоставление подсудимому права на рассмотрение его дела судом присяжных «задним числом» означало бы приоритетное действие принципов гуманности и целесообразности по отношению к принципу законности и системности.

Приведем также пример из современной судебной практики.

Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ по делу Тер-Маркарьяна Д. Б. от 17.04.2013 г. Дело № 18 Д 13-29:

«По приговору Октябрьского районного суда г. Новороссийска Краснодарского края от 1 декабря 2010 г. ... по ч. 2 ст. 188 УК РФ...»

По постановлению президиума Краснодарского краевого суда от 7 марта 2012 г. приговор в отношении Тер-Маркарьяна Д. Б. изменен: его действия переквалифицированы с ч. 2 ст. 188 УК РФ на ч. 1 ст. 229.1 УК РФ (в редакции Федерального закона от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ)»¹⁷.

Суть указанного казуса состоит в следующем: Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. ст. 188 УК РФ «Контрабанда» была признана утратившей силу. Однако это вовсе не означало декриминализации деяния, так как этим же законом в текст УК вводилась новая ст. 229.1 «Контрабанда наркотических средств...», в которой фактически были изложены те же признаки состава преступления. Санкции описываемых составов полностью совпадали. Вопрос, который ставит Д. Б. Тер-Маркарьян перед Судебной коллегией ВС РФ, заключается в том, вправе ли был президиум Краснодарского краевого суда переквалифицировать его действия с ч. 2 ст. 188 УК РФ на ч. 1 ст. 229.1 УК РФ, хотя бы с содержательной точки зрения такая перекалфикация не имела никакого значения.

Судебная коллегия ВС РФ в своем Определении так ответила на этот вопрос:

«Согласно Федеральному закону от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ ст. 188 УК РФ была признана утратившей силу, но предусмотренные ч. 2 этой статьи Уголовного кодекса деяния фактически были включены в диспозицию ч. 1 ст. 229.1 УК РФ. Соответственно, вменяемые Тер-Маркарьяну Д. Б. в вину действия подпадают под признаки составов преступления, предусмотренного как ч. 2 ст. 188 УК РФ, так и ч. 1 ст. 229.1 УК РФ.

Определяя выбор конкретной уголовно-правовой нормы, подлежащей применению в отношении Тер-Маркарьяна Д. Б., суд должен исходить из установленных уголовным законом правил действия этого закона во времени.

Так, согласно ст. ст. 9 и 10 УК РФ преступность и наказуемость деяния определяются уголовным законом, действовавшим во время совершения этого деяния; уголовный закон, устраняющий преступность деяния, смягчающий наказание или иным образом улучшающий положение лица, совершившего преступление, имеет обратную силу, а уголовный закон, устанавливающий преступность деяния, усиливающий наказание или иным образом ухудшающий положение лица, обратной силы не имеет.

¹⁷ Определение Верховного Суда РФ от 17 апреля 2013 г. № 18-Д13-29 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 11.

Поскольку ч. 1 ст. 229.1 УК РФ, введенная в действие после совершения Тер-Маркарьяном Д. Б. преступления, не улучшает положение осужденного, устанавливая за предусмотренные ею деяния то же наказание, что и ч. 2 ст. 188 УК РФ за эти же деяния, оснований для перекалфикации на основании ст. 10 УК РФ содеянного осужденным с ч. 2 ст. 188 УК РФ на ч. 1 ст. 229.1 УК РФ не было»¹⁸.

Судебная коллегия ВС РФ в своей аргументации исходила из идеи, что новая материальная норма права, не ухудшающая положения осужденного и в то же время полностью совпадающая по содержанию с ранее действовавшей нормой, обратной силы не имеет. Но никто и не ставит вопроса о придании данной норме обратной силы. Она должна наделяться немедленным действием. Смещение обратного и немедленного действия закона допускать не стоит.

3. Нормы перспективного действия – это нормы материального права, не обладающие обратным либо немедленным действием. В частности, перспективной силой наделяются нормы, ухудшающие положение субъекта, в том числе устанавливающие или отягчающие ответственность. Такие нормы обратной силы не имеют (действуют перспективно, обладают минимальным объемом действия во времени). На ранее возникшие и еще длящиеся правоотношения такие нормы не распространяются.

В целом, нормальная смена одной нормой права другой предполагает именно перспективное действие новой нормы права. Так, ст. 4 ГК РФ устанавливает следующее:

«1. Акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие.»

Действие закона распространяется на отношения, возникшие до введения его в действие, только в случаях, когда это прямо предусмотрено законом.

2. По отношениям, возникшим до введения в действие акта гражданского законодательства, он применяется к правам и обязанностям, возникшим после введения его в действие. Отношения сторон по договору, заключенному до введения в действие акта гражданского законодательства, регулируются в соответствии со статьей 422 настоящего Кодекса»¹⁹.

А статья 422 «Договор и закон» ГК РФ указывает:

«1. Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения.»

2. Если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали

при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров»²⁰.

На уровне теории указанную мысль формулировал и Ф. Регельсбергер: «Сделка, совершенная действительным образом по праву данного времени, не делается недействительной от того, что позднейший закон вводит иные требования формы; а сделка, не удовлетворявшая в то время требованиям формы, не становится действительной от того, что позднейший закон облегчает требования формы настолько, что сделка отвечает этим требованиям»²¹.

Гражданские правоотношения зачастую носят длящийся характер. Например, обязательство из договора найма жилого помещения может существовать несколько лет или десятилетий. ГК РФ устанавливает, что если уже после возникновения правоотношения появляется новая норма гражданского права, то она не применяется к таким правоотношениям. В указанной ситуации продолжает действовать старый закон, который через это «переживает сам себя».

Общее правило о перспективном действии новых норм права неоднократно озвучивалось и Конституционным Судом РФ. Так, в Постановлении от 24 октября 1996 г. № 17-П он рассмотрел следующий казус: в прежней редакции закона «Об акцизах» содержалась норма, предусматривавшая освобождение от обложения акцизами товаров, ввозимых из стран Содружества Независимых Государств; в новой редакции закона, напротив, предусматривалась уплата акцизов по подакцизным товарам, происходившим и ввозимым с территории государств – участников Содружества Независимых Государств. Свою правовую позицию Конституционный Суд сформулировал следующим образом: «По смыслу Конституции Российской Федерации и названного Федерального закона *обцим для всех отраслей права* (курсив автора. – И. В.) правилом является принцип, согласно которому закон, ухудшающий положение граждан, а соответственно и объединений, созданных для реализации конституционных прав и свобод граждан, обратной силы не имеет»²².

Указанная мысль отчасти нашла свое выражение и в *Постановлении КС РФ от 30 октября 2014 г. № 26-П*:

«Вместе с тем, осуществляя правовое регулирование отношений в сфере государственной службы, федеральный законодатель обязан обеспечивать баланс конституционно защищаемых ценностей, публичных и частных интересов, использовать не чрезмерные, а только необходимые и строго обусловленные конституционно одобряемыми це-

²⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ.

²¹ Регельсбергер Ф. Указ. соч. С. 223.

²² По делу о проверке конституционности части первой статьи 2 Федерального закона от 7 марта 1996 года «О внесении изменений в Закон Российской Федерации “Об акцизах”»: Постановление Конституционного Суда РФ от 24 октября 1996 г. № 17-П // Собрание законодательства РФ. 1996. № 45. Ст. 5202.

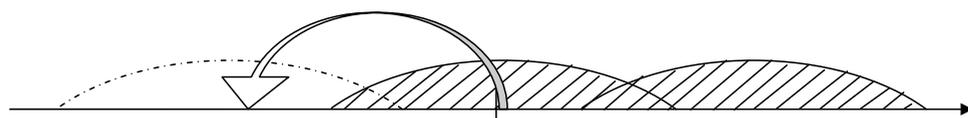
¹⁸ Определение Верховного Суда РФ от 17 апреля 2013. № 18-Д13-29.

¹⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

лями меры, соблюдая при этом принципы справедливости, равенства и соразмерности; чтобы исключить возможность несоразмерного ограничения прав и свобод человека и гражданина в конкретной правоприменительной ситуации, нормы, содержащие ограничения, связанные с доступом к государственной службе, – исходя из конституционных критериев оценки законодательного регулирования прав и свобод, в качестве которых выступают указанные принципы, – должны быть формально определенными, четкими и не допускающими расширительного толкования, а следовательно, и произвольного применения; сами же ограничения прав и свобод граждан в любом случае не должны иметь обратной силы, посягать на само существование права и приводить к утрате его основного содержания»²³. Та же идея отображена и в постановлениях КС РФ от 15 июля 1999 г. № 11-П, от 27 мая 2008 г. № 8-П, от 30 июня 2011 г. № 14-П, от 18 июля 2013 г. № 19-П, от 21 марта 2014 г. № 7-П и др.

Схематически указанные три варианта коллизионного правового регулирования можно изобразить следующим образом.

1) нормы обратного действия:



Где:

а) выгнутая линия – правоотношения с момента возникновения и до момента прекращения;

б) стрелка – временная направленность действия новой нормы права.

Необходимо обратить внимание на случай «незаптрихованного» правоотношения – оно возникло и уже прекратило свое существование (например, уголовное наказание отбыто). В отношении него, в принципе, закон в порядке обратного действия не может применяться. То есть обратная сила также не до бесконечности «обратна».

242

Например, в Определении Верховного Суда РФ от 4 апреля 2013 г. № 89-ДПР13-9 изложен следующий показательный случай.

Гр-н А. П. Журавель был осужден в 2003 г. за совершение нескольких преступлений, предусмотренных ч. 3 ст. 33, ч. 1 ст. 188 УК РФ за организацию контрабанды. «Постановлением Калининского районного суда г. Тюмени от 7 мая 2004 года осужденный Журавель А. П. освобожден от наказания условно-досрочно на 2 года 7 месяцев и 11 дней. По приговору

²³ По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 3 Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части реализации мер по повышению престижа и привлекательности военной службы «по призыву» в связи с запросом Парламента Чеченской Республики»: Постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2014 г. № 26-П // Российская газета. 2014. № 260.

Центрального районного суда г. Тюмени от 23 сентября 2003 года судимость Журавеля А. П. погашена 18 декабря 2009 года...

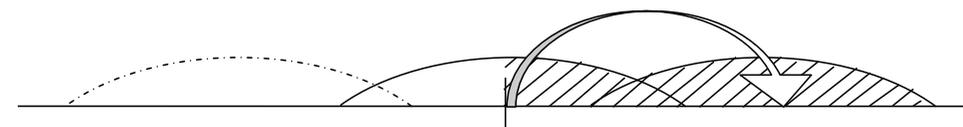
Федеральным законом от 7 декабря 2011 года № 420-ФЗ статья 188 УК РФ утратила силу. Согласно ч. 1 ст. 10 УК РФ уголовный закон, устраняющий преступность деяния, распространяется на лиц, совершивших соответствующие деяния до вступления такого закона в силу, в том числе на лиц, отбывающих наказание или отбывших наказание, но имеющих судимость. Из материалов дела следует, что Журавель отбыл назначенное ему наказание и, в соответствии с п. «в» ч. 3 ст. 86 УК РФ, его судимость погашена 18 декабря 2009 года. Все правовые последствия, связанные с его судимостью, аннулированы. Поэтому не имеется оснований для пересмотра приговора в порядке ст. 10 УК РФ»²⁴.

Соответственно, прекращение уголовно-правового отношения между лицом и государством ввиду погашения судимости не предполагает распространения на это правоотношение новой нормы уголовного права.

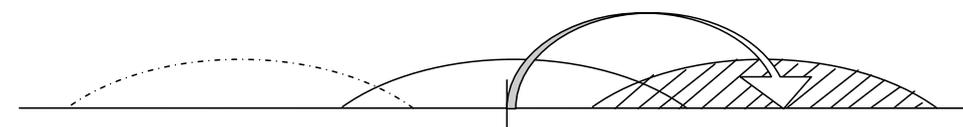
Вторая дуга в вышеприведенном рисунке символизирует собой ранее возникшее, но еще не прекратившееся правоотношение.

Третья – правоотношение, которому еще только предстоит возникнуть (уже после вступления нормы в юридическую силу).

2) нормы немедленного действия:



3) нормы перспективного действия:



Таким образом, существует несколько вариантов взаимодействия новой и старой норм права:

243

старая норма	новая норма
нормальная утрата силы / переживание закона	перспективное действие
немедленное прекращение	немедленное действие
досрочное прекращение	обратное действие

Каждый из них предполагает действие старой и новой норм «в связке». Так, при нормальной утрате старой нормой своей юридической силы («переживание закона») новая норма наделяется перспективным

²⁴ Определение Верховного Суда РФ от 4 апреля 2013 г. № 89-ДПР13-9 (документ опубликован не был).

СПАСЕТ ЛИ КАЧЕСТВО ПРАВОВЫХ АКТОВ
ПРИНЯТИЕ «ЗАКОНА «О ЗАКОНАХ»?»

В. В. Серегина

Воронежский государственный университет

Аннотация: в настоящее время качественное состояние российского законодательства вызывает беспокойство. Необходимость создания качественных правовых актов требует глубокого осмысления многих вопросов правотворчества. Это выявление и устранение дефектов правовых актов (пробелы, коллизии, правотворческие ошибки и т.д.), определение предмета правового регулирования законами, экспертиза принятых законов и законопроектов и др. Устранению этих проблем будет способствовать принятие закона «О нормативных правовых актах».

Ключевые слова: качество законов, предмет регулирования законами, экспертиза законов.

WILL THE ADOPTION OF THE “LAW ON LAWS”
SAVE THE QUALITY OF LEGAL ACTS?

V. V. Seregina

Voronezh State University

Abstract: at present, the qualitative state of Russian legislation is of concern. The need to create high-quality legal acts requires a deep understanding of many issues of law-making. These are the identification and elimination of defects in legal acts (gaps, conflicts, law-making errors, etc.), the definition of the subject of legal regulation by laws, the examination of adopted laws and draft laws, etc. The adoption of the law "On Regulatory Legal Acts" will help to eliminate these problems.

Key words: quality of laws, subject of regulation by laws, examination of laws.

Поступила в редакцию 12 июля 2021 г.

Необходимость создания качественных правовых актов требует глубокого осмысления многих вопросов правотворчества. Это прежде всего выявление и устранение дефектов правовых актов (пробелы, коллизии, правотворческие ошибки и т.д.), исследование потенциальной возможности субъектов правотворчества влиять на эффективное претворение нормативных предписаний в жизнь, а также установление неэффективных правовых актов.

Одна из главных причин, влияющих на качество правовых актов, сводится и к проблемам правовой политики. Не секрет, что многие правовые акты принимаются в интересах отдельных политических сил, олигархических групп, криминальных структур. Положения многих правовых актов содержат коррупционные факторы. Можно найти правовые акты, действующие формально и поэтому не способные оказать какое-либо воздействие на общественные отношения, есть уже принятые правовые акты, которые невозможно исполнить.

В этих условиях приобретают особый смысл проблемы нормативного урегулирования правотворчества в качестве единой, основанной на общих принципах, целеориентированной, планомерной, технологически обеспеченной нормообразующей деятельности, а также нормативное

действием. Переживание закона (ультраактивность) имеет место, например, когда применяется старый более мягкий закон о юридической ответственности, формально уже утративший юридическую силу. Норма «переживает» себя, хотя она уже «умерла». Немедленное прекращение действия старой нормы предполагает немедленное же действие новой нормы. «Досрочная» утрата нормой своей юридической силы имеет место при наделении новой нормой обратной силой.

Из трех приведенных вариантов темпоральной связки старой и новой норм типовым является первый, когда старая норма права «переживает» себя, а новая норма применяется лишь к впервые возникающим правоотношениям²⁵. Это правило более всего отвечает таким качествам правовой системы, как стабильность, понятность и предсказуемость.

Тем не менее, внешняя простота изложенных выше правил разрешения темпоральной коллизии является обманчивой. «Толкование, теоретическая интерпретация и понимание этих исходных... предписаний в целом не вызывает особых сложностей. Однако, как только возникает необходимость перевести эти внешне простые... формулы в плоскость принятия конкретных правоприменительных решений, практически сразу и в любом случае появляется масса проблем, обнаруживающих слабость или недостаточность имеющихся законодательных решений и теоретических конструкций»²⁶. Поэтому при разрешении конкретных временных коллизий недопустимо шаблонное мышление. Напротив, правоприменитель во избежание ошибки должен задействовать весь доступный ему набор средств познания юридической материи (способы и виды толкования права, знание юридической техники и пр.).

²⁵ Далеко не всегда научная мысль соглашается с такими выводами. Так, А. А. Тилле постулирует, что советское право преимущественно действует немедленно, а «переживание закона» рассматривается им как исключительное явление. См.: Тилле А. А. Время, пространство, закон : действие советского закона во времени и пространстве. М. : Юридическая литература. 1965. С. 196–197.

²⁶ Пудовочкин Ю. Е. Действие уголовного закона во времени. Обратная сила уголовного закона : научно-практическое пособие. М. : РАП, 2014. С. 6.

оформление ее наиболее рациональных средств, методов и инструментария¹. Идея принятия так называемого «закона о законах» возникла в конце 80-х гг. прошлого столетия в работах И. Ф. Казьмина, С. В. Полеминой, А. С. Пиголкина, Т. Н. Рахманиной и др.²

Справедливости ради следует отметить, что 11 ноября 1996 г. проект федерального закона «О нормативно-правовых актах Российской Федерации» в первом чтении был принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации. Но далее обсуждения актуальности принятия такого закона вопрос не пошел, хотя необходимость создания закона «не только созрела, а уже давно перезрела»³.

Тем не менее, принятие одобренного в своей концептуальной части проекта федерального закона «О нормативных правовых актах Российской Федерации» представляется актуальным именно для придания правотворчеству значения главного системообразующего элемента в общей структуре деятельности государства, нормативного определения назначения закона как основного инструмента в механизме социального управления⁴.

Так, спасет ли качество принимаемых актов нормативное регулирование правотворчества? На этот вопрос следует ответить утвердительно, если с принятием такого нормативно-правового акта будут решены хотя бы две проблемы, влияющие на качество правовых актов.

1. Это вопрос о предмете регулирования законами. На этот счет в юридической науке сформировалось несколько точек зрения.

Одни авторы полагают, что необходимо нормативно закрепить исчерпывающий перечень вопросов, которые должны составлять предмет регулирования законами. Другие ученые полагают, что необходимо установить только «базовый перечень» вопросов, подлежащих правовому регулированию. Третьи исследователи данной проблемы предлагают законодательно закрепить только сферы и принципы, с помощью которых в каждом отдельно взятом случае должен решаться вопрос об отнесении или, наоборот, неотнесении тех или иных типичных для данного общества отношений к предмету исключительного регулятивного воздействия законов⁵.

¹ См.: Юртаева Е. А. Закон о нормативных правовых актах и практика российского правотворчества // Журнал российского права. 2006. № 5. С. 12.

² См., например: Казьмин И. Ф., Полемина С. В. «Закон о законах»: проблемы издания и содержания // Советское государство и право. 1989. № 12. С. 3–9; Пиголкин А. С., Казьмин И. Ф., Рахманина Т. Н. Инициативный проект закона «О нормативно-правовых актах Российской Федерации» // Государство и право. 1992. № 7. С. 76–86.

³ Иванов С. А. Соотношение закона и подзаконного нормативного правового акта: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 11.

⁴ См.: Лучин В. О. Обеспечение приоритета федерального закона // Законодательство России в XXI веке: по материалам научно-практической конференции. Москва, 17 октября 2000. М.: Городец-издат, 2002. С. 64.

⁵ См., например: Законодательный процесс. Понятие, институты, стадии / отв. ред. Р. Ф. Васильев. М., 2000. С. 44–46; Тихомиров Ю. А. Закон: притязания, стабильность, коллизии. С. 9–11; Иванов С. А. Указ. соч. С. 11 и др.

А М. Н. Марченко вообще полагает, что предвидеть все случаи жизни (вопросы, отношения и пр.), которые можно и нужно было бы предусмотреть и отразить в законе о нормативных актах, весьма трудно, если не сказать «невозможно»⁶. Но как-то нужно останавливать «законоблудие» некоторых депутатов Государственной Думы, их законодательные инициативы впечатляют общество. О чем свидетельствуют заголовки журналистских статей в СМИ: «Какой ногой пишут закон»; «Как законы, принятые государством, вогнали россиян в нищету»⁷. Большой резонанс в обществе вызвали, например, такие законопроекты, как установление ответственности за умышленное истребление грибов, о «преследовании чужого пчелиного роя на своей территории» и т.д.

А чем запомнится избирателям законотворчество депутатов седьмого созыва? Оказалось – запретительными инициативами! Депутаты от ОНФ продвигали предложение Татьяны Буцкой из общественной организации «Время рожать!» о введении налога на бездетность, почему-то распространив его исключительно на мужчин. Президенту России пришлось наложить вето на законопроект депутатов Боярского и Ревенко об уголовном наказании журналистов за фейки⁸.

На вопрос корреспондента В. Цепляева: «Есть ли среди принятых за вашу думскую практику принятия законов такие, за которые неловко?» Председатель думского Комитета по государственному строительству и законодательству, сопредседатель Ассоциации юристов П. Крашенинников ответил: «Наверное, есть. Есть законопроекты, над которыми можно было бы еще поработать. Мы сейчас, например, хотим, чтобы пояснительные записки к законопроектам делались более качественно»⁹.

Как видим, назрела ситуация, требующая скорейшего решения вопроса о предмете правового регулирования законами. Эта задача реализуема, она реальна и выполнима. Достаточно сослаться на зарубежный опыт, например, на ст. 34 Конституции Французской республики от 4 октября 1958 года. Где установлен исчерпывающий перечень вопросов, регулируемых законами.

Такой же закон принят в Республике Беларусь. В соответствии с законом «О нормативных правовых актах» от 17 июля 2018 г. в Республике Беларусь создан тематический банк данных «Нормотворчество», который содержит шаблоны проектов нормативных правовых актов, а также основополагающие акты законодательства, регулирующие нормотворческую деятельность и методические материалы. Этот закон отвечает всем современным требованиям нормотворческой и правотворческой техники¹⁰.

⁶ См.: Марченко М. Н. Закон в системе источников современного российского права // Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / отв. ред. М. Н. Марченко. М.: Норма, 2007. Т. 2: Право. С. 303.

⁷ См.: Цепляев В. Статьи из газеты «Аргументы и факты».

⁸ См.: Горевоу Р. Пятёрка на «тройку» // Наша версия. 2021. № 24. С. 7.

⁹ См.: Цепляев В. Какая польза от депутатов? // Аргументы и факты. 2019. № 37. С. 3.

¹⁰ Это уже второй закон по данной проблематике. Впервые закон о нормативно-правовых актах в Белоруссии был принят 10 января 2000 г.

2. Законотворческие тенденции последних лет настораживают, объем принятых законов впечатляет, осуществляется избыточное регулирование социальных отношений, предпринимаются попытки урегулировать законом отношения, которые не относятся к сфере правовой регламентации. При этом количественный рост числа законов сам по себе не обеспечивает их качества. Согласно научным и статистическим источникам, в нашей стране за последние пятьдесят лет (с 1938 по 1988 г.) существования Советской власти было принято всего около 100 законов «в чистом виде, не утверждавшихся указами Президиума Верховного Совета СССР». Для сравнения: за период существования постсоветской власти, с начала 90-х гг. было принято полторы тысячи законов¹¹. И, как справедливо замечает М. Н. Марченко, «большое количество принятых законов отнюдь далеко не всегда соотносится с качеством правовой системы. Это как раз тот случай, когда не столько количество, сколько качество квалифицированно подготовленных и принятых правовых актов играет решающую роль¹²».

Для обеспечения высокого уровня действующего в стране законодательства в «Закон “о законах”» должно быть включено положение об экспертизе как уже принятых законов, так и законопроектов. Экспертиза законопроектов приведет к снижению количества принимаемых законов, будет способствовать обеспечению их обоснованности, стабильности, выявлению негативных последствий действия, способствовать совершенствованию законодательной и правоприменительной деятельности.

Всё вышеизложенное аргументирует необходимость принятия «Закона “о законах”». И суждение Е. А. Юртаевой, что решение немалого объема проблем, «связанных с процессом подготовки законопроектов, проектов иных нормативных правовых актов еще не стабилизировалось на том уровне, который необходим для закрепления их в качестве нормативного эталона»¹³, уже не убеждает.

¹¹ См.: Тихомиров Ю. А. Указ. соч. С. 13.

¹² См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 300.

¹³ См.: Юртаева Е. А. Указ. соч. С. 14.

НОРМАТИВНЫЙ ПРАВОВОЙ АКТ И ИНСТИТУТ ОЦЕНКИ РЕГУЛИРУЮЩЕГО ВОЗДЕЙСТВИЯ: РОССИЙСКИЙ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

И. С. Завьялова

Воронежский государственный университет

Аннотация: в научной статье проводится анализ нового института оценки регулирующего воздействия с позиции его влияния на качество нормативных правовых актов. Исследуется зарубежный опыт практики реализации данного института.

Ключевые слова: нормативный правовой акт, качество, эффективность, институт оценки регулирующего воздействия.

REGULATORY LEGAL ACT AND INSTITUTE OF REGULATORY IMPACT ASSESSMENT: RUSSIAN AND FOREIGN EXPERIENCE

I. S. Zavyalova

Voronezh State University

Abstract: the scientific article analyzes the new institute of regulatory impact assessment from the perspective of its impact on the quality of regulatory legal acts. The foreign experience of the implementation of this institute is being investigated.

Key words: regulatory legal act, quality, efficiency, institute of regulatory impact assessment.

Поступила в редакцию 25 июля 2021 г.

Об эффективности государственного управления представители различных специальностей рассуждают уже не одно десятилетие. Ведутся интересные дискуссии о способах повышения эффективности управленческой деятельности, о целях государственного управления в целом. Основными ориентирами выступали и будут выступать всегда:

- допустимая прозрачность всей системы государственного управления;
- отсутствие административных барьеров в процессе ведения бизнеса;
- доступность государственных услуг для физических и юридических лиц;
- наличие адекватной нормативной правовой базы, которая бы не создавала сложности, применительно к обозначенным выше аспектам, а, наоборот, упрощала эти направления.

Долгие годы приходилось сталкиваться с витиеватым, и иногда не вполне нужным, а может быть даже и совсем не полезным для реальной практической деятельности, содержанием нормативных правовых актов. Представители бизнеса, да и равнодушные к вопросу о качестве правового регулирования граждане Российской Федерации, неоднократно высказывались о том, что действующие нормативные правовые акты, конечно, не все, но в большинстве своем, далеки от практической реальности. Именно это и порождает конфликт между содержанием нормативного правового акта и практикой его реализации.

Как правоприменители, так и субъекты, в отношении которых применяются и применяются нормативные правовые акты, порой задавались и задаются вопросом о том, а как вообще возможно реализовать положения, обозначенные в том или ином нормативно-правовом акте? Применительно к значительному количеству нормативных правовых актов достойный ответ на обозначенный вопрос получить нельзя. Все это снова заставляет задуматься о повышении качества государственно-управленческой деятельности.

Предложения по совершенствованию государственного управления формулируются представителями науки и практики. Большинство из этих предложений претворяются в жизнь и дают полезный результат.

Весьма значительным прорывом в процессе совершенствования государственного управления в России считается появление института оценки регулирующего воздействия. Назначение данного института заключается в следующем:

- анализ проблем и целей государственного регулирования;
- определение возможных вариантов достижения обозначенных целей;
- оценка позитивных и негативных эффектов с целью выбора наиболее правильного варианта.

В 2010 г. в структуре Министерства экономического развития был образован Департамент оценки регулирующего воздействия. Далее последовало принятие ряда нормативных документов, которые обеспечивали реализацию данного института. Например, сфера института оценки регулирующего воздействия, а также сама процедура экспертной оценки проектов нормативных правовых актов были регламентированы Постановлением Правительства Российской Федерации от 27 мая 2012 г. № 1318 «О порядке проведения федеральными органами исполнительной власти оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов, проектов поправок к проектам федеральных законов и проектов решений Совета Евразийской экономической комиссии, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации»¹.

Методика оценки регулирующего воздействия была утверждена приказом Минэкономразвития от 27 мая 2013 г. № 290 «Об утверждении формы сводного отчета о проведении оценки регулирующего воздействия, формы заключения об оценке регулирующего воздействия, методики оценки регулирующего воздействия»². Впоследствии, в 2016 г. данные методические рекомендации претерпели изменения.

В июле 2013 г. на законодательном уровне была установлена с 1 января 2015 г. обязательная процедура проведения оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов в субъектах Российской Федерации и муниципальных образованиях.

Посредством данного института появляется возможность системного анализа процессов введения, изменения и отмены правовых норм. Это, в свою очередь, значительно повышает качество правового регулирования.

Важным элементом самой процедуры оценки являются публичные консультации с лицами, которые заинтересованы в принятии таких норм. Наличие таких консультаций обеспечивает прозрачность процесса формулирования содержания текста нормативного правового акта, учет интересов вышеуказанных лиц.

Основными целями процедуры оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов являются:

- расчет выгоды и издержек заинтересованных лиц в случае введения нормативного правового акта;
- оценка воздействия регулирования на деловой климат и инвестиционную привлекательность страны и региона;
- обеспечение выбора наиболее эффективного варианта решения проблем;
- снижение риска, появление которого может быть связано с введением нового нормативного правового акта;
- повышение доверия граждан и бизнеса к принимаемым государственным решениям.

Экспертами процедуры оценки регулирующего воздействия выступают представители различных профессий:

Лидеры мнений:

- Президент Российского союза промышленников и предпринимателей Александр Шохин;
- Президент Торгово-промышленной палаты Российской Федерации Сергей Катырин;
- Вице-президент Общероссийской общественной организации малого и среднего предпринимательства «ОПОРА РОССИИ» Марина Блудян;
- Вице-президент ОАО «Сбербанк России» Анна Попова.

Научно-исследовательское сообщество:

- первый заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, заслуженный деятель науки РФ, доктор юридических наук, профессор Юрий Тихомиров;
- директор Института государственного и муниципального управления Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» Андрей Клименко;
- директор Центра оценки регулирующего воздействия Института государственного и муниципального управления Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» Даниил Цыганков;
- руководитель Лаборатории конфликтно-ситуационного анализа Международного университета в Москве, руководитель Комитета по регуляторной реформе МОО «Московская ассоциация предпринимателей», консультант НИСИПП Владимир Маслаков.

¹ URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_139421

² URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_150392

Региональные эксперты:

- губернатор Ульяновской области Сергей Морозов;
- генеральный директор АНО «Центр стратегических исследований»

Олег Асмус.

Именно такое разнообразие специалистов обеспечивает системный взгляд на содержание проекта нормативного правового акта, позволяет учитывать интересы лиц, которые затрагиваются или могут быть затронуты в процессе правоприменительной практики.

Если подводить некоторые промежуточные итоги действия института оценки регулирующего воздействия, то можно сказать, что на федеральном уровне практика его реализации значительно высока. В субъектах Российской Федерации институт применяется редко.

Наряду с российским опытом весьма полезным было бы рассмотрение и опыта зарубежных государств, в части применения обозначенного института.

Такие институты в зарубежных государствах были созданы намного раньше, чем в России, и зарекомендовали себя только с положительной стороны, поскольку оказали значительное влияние на процесс повышения качества и эффективности государственного управления в иностранных государствах.

Внедрение принципов «лучшего регулирования» в отдельных странах Европейского союза началось с 2005 г.: Ирландия, Голландия, Люксембург, Великобритания. Именно в этот период представители указанных государств в рамках совместного заявления отметили необходимость внедрения данного принципа в государственно-управленческую деятельность, а также совершенствование и продвижение методов улучшения правового поля в Европейском союзе. Впоследствии к этому процессу присоединились Чехия, Австрия, Франция и ряд других европейских государств. Затем этот принцип был переименован в «инициативу по умному регулированию». В итоге основная концепция сводилась к тому, что правительство каждой страны должно проводить последовательные и непрерывные действия по обеспечению качественного регулирования предпринимательской деятельности.

Реализуя данную концепцию, многие европейские государства провели большую работу по совершенствованию методики анализа и оценки проектов нормативных правовых актов. В качестве положительного отмечен опыт таких государств, как: Франция, Чешская Республика, Словакия, Марокко, Литва, Китай, Италия, Испания, Вьетнам, Бразилия и ряд других. Однако, промежуточные итоги практики реализации данного института в зарубежных государствах также указывают на необходимость его активного совершенствования.

Подводя итог, можно отметить, что, без всяких сомнений, институт оценки регулирующего воздействия весьма полезен как для России, так и для иностранных государств. Его развитие с учетом опыта каждой страны позволит унифицировать форму и содержание законодательства, улучшить качество нормативных правовых актов.

Воронежский государственный университет

Завьялова И. С., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета

E-mail: irina944978@mail.ru

Voronezh State University

Zavyalova I. S., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Theory and History of State and Law Department of Law Faculty

E-mail: irina944978@mail.ru

**К ВОПРОСУ О СОДЕРЖАНИИ В ЗАКОНАХ
И ПОДЗАКОННЫХ АКТАХ
НОРМ СИЛОВОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО ВМЕШАТЕЛЬСТВА,
НЕ ОСНОВАННЫХ НА ПРИНЦИПАХ ПРАВА**

А. В. Леженин

Воронежский филиал Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте Российской Федерации

Аннотация: в статье с позиции либертарно-юридического типа понимания права раскрываются некоторые особенности официальных текстов нормативных правовых актов федерального уровня в части формулирования норм, не основанных на принципах права.

Ключевые слова: правовая норма, принципы права, норма силового государственного вмешательства, не основанная на принципах права, либертарно-юридический тип понимания права, легистика.

**TO THE QUESTION OF THE CONTENT OF NORMS
OF FORCEFUL STATE INTERVENTION,
THAT ARE NOT BASED ON THE PRINCIPLES OF LAW,
IN LAWS AND SUBORDINATE ACTS**

A. V. Lezhenin

Voronezh Branch of Russian Academy of National Economy and Public
Administration under the President of Russian Federation

Abstract: the article discusses some features of the official texts of normative legal acts of the federal level in terms of the formulation of norms that are not based on the principles of law from the standpoint of the libertarian-legal type of understanding of law.

Key words: legal norm, principles of law, norm of forceful state intervention, not based on the principles of law, libertarian-legal type of understanding of law, legistics.

Поступила в редакцию 15 июля 2021 г.

Вопрос о наличии в официальных текстах законов и подзаконных актов норм силового государственного вмешательства, не основанных на принципах права, в современной российской юридической литературе встречается сравнительно редко. Однако с соответствующими исследованиями можно ознакомиться в работах сторонников институциональной теории права В. А. Четвернина¹. Если же говорить о соотношении права и закона вообще, то весьма привлекательной и, главное, обоснованной выглядит теория правового закона В. С. Нерсесянца². Отметим, что автор

¹ См., например: Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства : учебное пособие. М. : Институт государства и права РАН, 2003. С. 16–23; Четвернин В. А. Проблемы теории права. М. : Лаборатория теоретических исследований права и государства НИУ ВШЭ, 2020. С. 21–26.

² См.: Нерсесянц В. С. Теория права и государства. М. : Норма, 2013. С. 150–161; Четвернин В. А. Либертарно-юридическая теория В. С. Нерсесянца // Проблемы философии права. 2005. Т. III. № 1–2. С. 449–452.

статьи, вслед за данными учеными, осуществляет свои оценки с позиции либертарно-юридического типа понимания права при четком отграничении права от иных регуляторов общественных отношений, – прежде всего, – от морали и религии.

Итак, в чем же глобальная причина появления норм силового государственного вмешательства, не основанных на принципах права, противоречащих духу права? Думается, что кардинальную роль играют здесь особенности нашей цивилизации системо- (а не персонцентристского) типа, утверждающей, что главная ценность – это некий порядок (в том числе и принудительный), тогда как человеческая личность – это не свободный субъект – полноправный участник социальных взаимодействий, а, в лучшем случае, часть некоего действительно значимого целого (народа, государства) и не более того³. Отсюда, кстати, вытекает и господство легистики⁴ в России (и во времена императора Александра II, т.е. в эпоху установления в государстве относительной свободы подвластного населения, и в советский период, и сейчас), фактически отождествляющей право с нормативными предписаниями действующей публичной (прежде всего, государственной) власти.

Вопрос об обзоре принципов права как важнейшего соционормативного регулятора общественных отношений, как представляется, весьма полно характеризуется В. А. Четверниным. Приведем соответствующий краткий обзор. Прежде всего, указанный автор проводит следующее разграничение:

- общие принципы права;
- принципы правового закона;
- принципы надлежащей правовой процедуры⁵.

Общие принципы права представлены так:

- незапрещенное разрешено (для регулирования свободных социальных взаимодействий субъектов, не наделенных властными полномочиями);
- пределы власти: неразрешенное запрещено (или разрешено лишь то, на что имеется соответствующее предписание, – принцип, действующий для регулирования взаимоотношений властвующих субъектов друг с другом, а также органов и должностных лиц публичной власти с гражданами);
- договоры должны соблюдаться (*pacta sunt servanda*);
- субъективному праву соответствует юридическая обязанность;
- правонарушение предполагает юридическую ответственность.

К числу принципов правового закона В. А. Четвернин относит следующие:

³ См.: Облонский А. В. Драма российской политической истории : система против личности. М. : Институт государства и права РАН, 1994. С. 110–112.

⁴ См.: Лапаева В. В. Типы правопонимания : правовая теория и практика : монография. М. : Российская академия правосудия, 2012. С. 38–40.

⁵ См.: Четвернин В. А. Проблемы теории права для особо одаренных студентов. М. : НИУ ВШЭ, 2010. С. 110–111.

– последующее отменяет предыдущее;
– приоритет специального закона по отношению к общему (*Lex specialis derogat generali*);

– незнание закона не освобождает от ответственности;
– неопубликованные законы не применяются;
– отягчающий закон обратной силы не имеет.

И, наконец, принципами надлежащей правовой процедуры являются:
– право на суд (никто не может быть лишен жизни, свободы или имущества иначе как по решению суда);

– никто не может быть судьей в своем деле (*nemo iudex in propria causa*);

– пусть будет выслушана и другая сторона (*audiatur et altera pars*);

– правовое наказание должно быть соразмерно правонарушению (*bis de eadem re non sit actio*);

– презумпция невиновности (вообще, это один из группы принципов-презумпций, действующих при надлежащей правовой процедуре; имеются также:

– презумпция правомерности: обвинитель должен доказать, что обвиняемый совершил преступление, истец – что ответчик не выполнил обязательства или причинил вред;

– презумпция законности административного акта, изданного на основании и во исполнение закона, – истец (заявитель) должен доказать, что административный акт не соответствует закону;

– презумпция конституционности закона, принятого после вступления в силу конституции, – заявитель должен доказать, что закон не соответствует конституции);

– никто не обязан свидетельствовать против себя (или – человек не может быть надлежащим свидетелем в своем деле, – *nullus idoneus testis in re sua*)⁶.

Итак, норма, отвечающая данным принципам и сформулированная законодателем (должностным лицом органа публичной власти) в официальном тексте нормативного акта, либо, будучи санкционированной государством в ранге обычая, и является юридической (правовой) нормой. Однако в современной России при изучении законодательства мы периодически сталкиваемся с такими официально оформленными нормативными велениями власти, которые нет возможности именовать правовыми нормами. Это не что иное, как нормы силового государственного вмешательства, не основанного на принципах права.

Приведем примеры: требование *nemo iudex in propria causa* (никто не может быть судьей в своем деле) нарушено в части 4 статьи 111 Конституции РФ⁷. В соответствии с положениями указанной статьи палата Федерального Собрания – Государственная Дума – должна утвердить предла-

⁶ См.: Четвернин В. А. Проблемы теории права для особо одаренных студентов. М. : НИУ ВШЭ, 2010. С. 110–118.

⁷ Конституция Российской Федерации : с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г. // Рос. газ. 2020. 4 июля.

гаемую ей Президентом РФ кандидатуру Председателя Правительства РФ, т.е. фактически одобрить президентский выбор. Если же указанная палата Федерального Собрания трижды отклонит предложенную Президентом РФ кандидатуру, то глава государства назначает Председателя Правительства РФ и может распустить Государственную Думу с последующим назначением выборов парламентариев.

Следует отметить особо, что Президент РФ фактически не ограничен в роспуске «нижней» палаты Федерального Собрания по основанию статьи 111 Конституции РФ. И такое положение дел официально именуется назначением Председателя Правительства РФ Президентом РФ после утверждения кандидатуры первого Государственной Думой! Согласимся с В. А. Четверниным в следующем: «Роспуск президентом нижней палаты, отвергающей президентское правительство, имеет смысл тогда, когда вновь избранная палата уже не может быть распущена в течение некоторого срока – как это предусмотрено в Пятой республике (“смешанная республика” во Франции). Это означает, что президент и большинство в нижней палате конкурируют за право формировать правительство, и президент, распуская нижнюю палату, “выносит свой спор с парламентом на суд народа”. Французский президент не выступает здесь как судья в своем деле. Российский же президент, по Конституции, в споре по кандидатуре председателя правительства оказывается судьей в своем деле. ... Можно предположить, что если бы такое же положение было включено в конституционный акт, изданный в Англии или другой стране общего права, то высший суд страны признал бы это положение (аналогичное части 4 статьи 111 Конституции РФ) недействительным»⁸.

Нарушение рассматриваемого правового принципа возможно проиллюстрировать и на уровне некоторых подзаконных актов. Возьмем, к примеру, предписания Приказа Министра внутренних дел России от 26 марта 2013 г. № 161 «Об утверждении Порядка проведения служебной проверки в органах, организациях и подразделениях Министерства внутренних дел Российской Федерации»⁹. Пункт 30.8 данного приказа обязывает проводящее расследование по факту выявленного дисциплинарного проступка должностное лицо «...изучить материалы проводившихся ранее служебных проверок в отношении сотрудника (*правонарушителя – по мнению руководителя органа МВД России* (курсив наш. – А. Л.)), информацию о фактах совершения им дисциплинарных проступков». В итоге выходит, что начальник органа МВД России выявляет правонарушение – дисциплинарный проступок одного из своих подчиненных, фактически возбуждает дело и назначает предварительное расследование (именуемое официально в варианте дисциплинарного производства

⁸ Четвернин В. А. Проблемы теории права для особо одаренных студентов. М. : НИУ ВШЭ, 2010. С. 115–116.

⁹ Об утверждении Порядка проведения служебной проверки в органах, организациях и подразделениях Министерства внутренних дел Российской Федерации : приказ Министра внутренних дел России от 26 марта 2013 г. № 161 (с изм. и доп.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», 2021.

служебной проверкой), а затем разрешает дело, принимая властное решение о наложении дисциплинарного взыскания. Это не что иное, как ситуация «судьи в своем деле».

Вопиющим нарушением провозглашенной доктриной общей теории права принципа презумпции невиновности являются предписания, изложенные в статье 1.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ)¹⁰. Оказывается, в условиях господства легистики вполне возможно и даже считается правомерным такое «соседство» официальных текстов частей одной статьи закона: часть 2 статьи 1.5 КоАП РФ в полной мере воссоздает правовую норму: «Лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, считается невиновным, пока его вина не будет доказана в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом, и установлена вступившим в законную силу постановлением судьи, органа, должностного лица, рассмотревших дело».

А вот часть 3 указанной статьи фактически вводит ограничения на... принцип презумпции невиновности даже, несмотря на то, что само заглавие статьи 1.5 одноименно указанному принципу подлежащей правовой процедуры: «Лицо, привлекаемое к административной ответственности, не обязано доказывать свою невиновность, за исключением случаев, предусмотренных примечанием к настоящей статье». Примечание же гласит, что «...положение части 3 настоящей статьи не распространяется на административные правонарушения, предусмотренные главой 12¹¹ настоящего Кодекса, и административные правонарушения в области благоустройства территории, предусмотренные законами субъектов Российской Федерации, совершенные с использованием транспортных средств либо собственником, владельцем земельного участка, либо другого объекта недвижимости, в случае фиксации этих административных правонарушений работающими в автоматическом режиме специальными техническими средствами, имеющими функции фото- и киносъемки, видеозаписи, или средствами фото- и киносъемки, видеозаписи».

Итак, мы видим, что российский законодатель на уровне такого вида юридической ответственности, как административная ответственность, допускает отход от принципов права в части введения ограничений на реализацию принципа презумпции невиновности. Следует отметить, что данная проблема отчетливо видится не только с позиции общей теории права. Даже на уровне федерального административно-деликтного закона (КоАП РФ) в числе задач, стоящих перед производством по делам об административных правонарушениях, выделяется, например, такая: «всестороннее, полное, объективное и своевременное выяснение обстоя-

тельств каждого дела»¹². Очевидно, что даже на законодательном уровне в указанных выше случаях в угоду достаточно оперативному взиманию штрафных денег субъекты публичной власти предпочли отказаться от реализации этой задачи рассматриваемой нами разновидности административно-юрисдикционного производства. Указанные ограничения действия принципа презумпции невиновности наносят удар не только по доктрине общей теории права, но и фактически делают ущербными административно-процессуальные конструкции доказательственного права.

Пожалуй, и каждый практикующий отраслевой юрист, и каждый юрист-теоретик имеет в своем арсенале примеры того, что в нормативных правовых актах периодически встречаются нормы, хоть и принятые в установленном законом порядке, но явно или скрытно-опосредованно нарушающие принципы права как одного из важнейших соционормативных регуляторов общественных отношений. Представляется, что явными конкретными причинами такого положения дел, предполагающими, как минимум, неудачность воплощения нормы в официальном тексте закона, а как максимум, намеренное забвение принципов права, являются:

1) господство в России легистского подхода к праву (юридического позитивизма), принципиально выгодного действующей публичной власти и фактически отождествляющего право с законодательством. Вообще, содержание в официальных текстах законов и подзаконных актов различных неправовых норм есть отражение (в глобальном измерении) типа понимания права у законодателя (должностного лица, уполномоченного к изданию того или иного подзаконного акта), – в указанных случаях это не что иное, как легистика;

2) взгляды на преобразование и регулирование общественных отношений со стороны лиц, замещающих государственные должности, и, прежде всего, парламентариев разной политической ориентации. Хорошую характеристику указанному обстоятельству дает такая точка зрения Е. А. Лукьяновой: «...Юристы в России... отличаются от своих зарубежных коллег. Конечно, не все. В моей стране много высокопрофессиональных независимых экспертов в области права. Но они, как правило, отстранены от принятия государственно-властных решений. Потому что в течение 20 лет государство отбирало для себя таких юридических исполнителей, которые были ему удобны. Остальные тем или иным способом постепенно выводились за рамки государственной юридической деятельности. В итоге сформировалось два юридических сообщества, которые говорят на совершенно разных языках и оперируют разными юридическими конструкциями. Одно сообщество это чиновники “от юриспруденции”, судьи и парламентарии, члены избирательных комиссий и сотрудники правоохранительных органов. Другое адвокаты, правозащитники и часть независимых ученых»¹³.

¹⁰ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (с изм. и доп.) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

¹¹ Речь идет об административных правонарушениях в области дорожного движения.

¹² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях.

¹³ Лукьянова Е. А. К вопросу о верховенстве права в контексте российской внешней политики или почему, согласно закону Российской Федерации, Крым все-таки не совсем наш // Новая газета. 2015. 19 марта.

Со своей же стороны отметим, что, например, известными сторонниками усиленной государственной интервенции в социальные отношения (в том числе и в плане властного регулирования с целью упрочения перераспределяющей жизненные ресурсы роли государства) являются депутаты фракций партий авторитарной, социал-демократической (так называемой «левой») и, по большей части, центристской политической направленности. А таких законодателей в действующей Государственной Думе абсолютное большинство;

3) в качестве третьей явной причины наличия в законах и подзаконных нормативных актах значительного количества норм силового государственного вмешательства, не основанных на принципах права, укажем то, что в этом проявляется также и воплощение так называемой концепции «большого государства» (большого не в с точки зрения размеров суши, водных и воздушных пространств, состоящих под юрисдикцией конкретного государства, а в плане масштабности государственного аппарата и, особенно, установленной законодательством широчайшей объемности его компетенции). Эти обстоятельства являются весьма наглядной характеристикой современной России.

Представляется, что такой крайне проблемный вопрос, как вопрос о содержании в законах и подзаконных актах норм силового государственного вмешательства, не основанных на принципах права, не имеет перспектив для собственно юридического его разрешения в ближайшем обозримом будущем.

Воронежский филиал Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации

Леженин А. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного и гражданского права и процесса

E-mail: alekseylezhenin@yandex.ru

Voronezh Branch of Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of Russian Federation

Lezhenin A. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Criminal and Civil Law and Procedure Department

E-mail: alekseylezhenin@yandex.ru

ПРАВОВАЯ ТОЛЕРАНТНОСТЬ В ЮРИДИЧЕСКИХ АКТАХ

К. С. Панченко

Воронежский институт МВД России

Аннотация: *толерантность в настоящее время представляется необходимым элементом современного общества. В данной работе предпринята попытка исследования юридических актов на предмет отражения в них правовой толерантности. Широкое и дифференцированное представление данного явления в юридических актах, по мнению автора, позволяет сделать предположение об уровне развитости общественных отношений.*

Ключевые слова: *юридический акт, толерантность, нормативный договор, индивидуальный правовой акт.*

LEGAL TOLERANCE IN JURIDICAL ACTS

K. S. Panchenko

Voronezh Institute of the Ministry of the Interior of Russia

Abstract: *tolerance currently seems to be a necessary element of modern society. In this paper, an attempt is made to study legal acts for the reflection of legal tolerance in them. The broad and differentiated representation of this phenomenon in legal acts, according to the author, allows us to make an assumption about the level of development of public relations.*

Key words: *juridical act, tolerance, normative contract, individual legal act.*

Поступила в редакцию 16 августа 2021 г.

Толерантность с давних времен является неизменным спутником общества. Она многообразна и присутствует в различных сферах человеческой деятельности – социальной, культурной, политической, экономической и прочих.

Массив употребляемых значений рассматриваемого явления достаточно широк, в связи с чем условно выделим две крупные сферы. Первая – естественно-техническая, вторая – социальная. В первом случае толерантность применяется в описании физических процессов в экологии, биологии, медицине, технике и прочем. Во втором – она проявляется в различного рода общественных отношениях, формирующихся во взаимодействии с существующими ценностями в сознании индивидов.

Анализируемое явление присуще в той или иной степени любому обществу и характерно не только для западных народов, о чем свидетельствует наличие слова «толерантность» или схожего по смыслу термина во многих языках мира. Тем не менее бессмысленно отрицать, что значительный вклад в развитие современного представления о социальной толерантности внесли европейские представители политики и науки.

Толерантность является предметом исследования различных гуманитарных наук, таких как философия, социология, политология, культурология, педагогика, психология. Учет существующих представлений, посвященных данному вопросу, позволил заключить, что основой толерантности выступает идея плюрализма, а сама дефиниция отражает не

препятствующее отношение общества, различных социальных групп, отдельных личностей и государства к проявлению отличий.

Развитие представлений о толерантности, особенно в последнее время, создало условия для проявления самых разных, иной раз противоречивых взглядов и идей, которым, в свою очередь, присваивается статус уникальной ценности, культурного и самобытного явления¹.

Важно подчеркнуть, что их допущение до определенной степени способствует устойчивости системы общественных отношений и лучшей адаптации к условиям окружающей среды. Так, по мнению В. И. Корниенко, наличие культурного многообразия позволяет членам общества иметь выбор различных средств и методов для познания и освоения постоянно изменяющейся социальной реальности².

В качестве примера можно привести выступление В. В. Путина на пленарном заседании международного дискуссионного клуба «Валдай» в 2019 г., где он отметил, что многообразие внутри государства является нормой. В качестве подтверждения данного тезиса Президент приводит опыт России, которая, являясь многонациональной и многоконфессиональной страной, впитала многие традиции и культуры, сберегла их разнообразие и при этом сохранила единство живущих в ней народов³.

По своей сути сама природа человека имеет дуалистический характер. Эта двойственность проявляется в двух началах, которые конкурируют между собой в процессе жизнедеятельности. Речь идет о личном и общественном начале. С одной стороны, конкурентность и инициативность, с другой – сотрудничество и взаимопомощь. Существующий баланс общего и частного находит отражение в праве.

Сам процесс формирования и изменения данного баланса предусматривает у субъектов наличие толерантности по отношению друг к другу.

Толерантность, присутствуя в правовой сфере, приобретает свойства правового явления. В ходе ранее проведенного диссертационного исследования пределов правовой толерантности дополнительно поднимался вопрос о существовании толерантности в праве, в результате чего мы пришли к выводу о наличии правовой толерантности, под которой следует понимать терпимое отношение к социально-правовым явлениям, закрепленное в действующих источниках права (прежде всего, с помощью дозволения), обеспечиваемое государством и являющееся необходимым условием для возникновения и относительно стабильного развития общественных отношений между субъектами, имеющими разные представления и взгляды, подходы к предмету отношений, а также услови-

ем, способствующим недопущению конфликта между ними⁴. Наиболее бесспорным проявлением правовой толерантности является допустимое правомерное поведение. Суть этого поведения зачастую заключается в использовании субъективных прав, реализация которых нежелательна, но допустима для общества (не трудиться, принимать в предусмотренных законом случаях участие в забастовках, делать аборт и др.), либо реализации правомерного риска, в результате которого наступают или могут наступить нежелательные последствия, но иное действие или бездействие нанесло бы еще больший ущерб (обоснованный риск в уголовном праве, нормальный хозяйственный риск в трудовом праве, обычный предпринимательский риск в гражданском праве и др.). Примером допустимого правомерного поведения является также деятельность лиц, внедренных в преступные сообщества, действующих прежде всего в интересах общества. Их поведение, хотя и наносит вред правопорядку, социально допустимо и правомерно. Применение таких средств является крайней вынужденной мерой, направленной на обеспечение более значимых с точки зрения социума интересов⁵.

В Декларации принципов терпимости (tolerance) толерантность характеризуется в том числе как правовая потребность, что дополнительно подчеркивает ее значимость для общества. Обусловлено это тем, что потребность человека представляет собой исторически сложившееся явление, предопределяющее все грани человеческой жизни и оказывающее существенное влияние на социальные институты.

Известны попытки дополнительного закрепления понятия толерантности в нормативных актах. Так, группой экспертов Европейского совета по толерантности и примирению в 2012 г. был подготовлен проект типового национального закона о развитии толерантности. В предложенном определении акцент сделан на самобытность группы, образованной на основе определенных признаков. Предложенный в определении перечень не исчерпывающий. Авторы отмечают, что сформулированное ими понятие не оказывает негативного воздействия на принцип сосуществования различных групп в рамках одного общества.

В качестве фундаментальной основы толерантности отмечается признание универсальных прав и основных свобод человека, о чем упоминается в вышеуказанной декларации.

По данному вопросу представляется интересным мнение В. М. Золотухина, который отмечает зависимость толерантности и реализации прав граждан. Автор считает, что не востребованность толерантности юридической практикой в значительной степени предопределяет низ-

¹ См.: Колчигин С. Ю. Плюрализм, толерантность, истина : к соотношению понятий // Вестник Кемеровского государственного университета культуры и искусств. 2008. № 5.

² См.: Корниенко В. И. Феномен культурного многообразия и развитие общества // Вестник Челябинского государственного университета. 2007. № 16.

³ Путин рассказал об опыте межнационального взаимодействия внутри России // РИА НОВОСТИ. URL: <https://ria.ru/20191003/1559410375.html> (дата обращения: 29.06.2021).

⁴ См.: Панченко К. С. Пределы правовой толерантности : специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2021.

⁵ См.: Михайлов В. П. Правомерный вред – методологическая основа допустимости применения вредоносных мероприятий в оперативно-служебной деятельности правоохранительных органов и специальных служб // Журнал российского права. 2018. № 7 (259).

кий коэффициент реализации конституционных прав граждан⁶. Важно добавить, что чрезмерное поступление интересами одной из сторон в угоду максимальной реализации толерантных отношений может привести к «парадоксу толерантности», о котором в свое время говорил К. Поппер.

В российском законодательстве дефиниция «толерантность» встречается, но не раскрывается. Данный термин обнаруживается в юридических актах в медицинском, экономическом, социальном и техническом значениях. Например, «индукция иммунной толерантности» упоминается в программе государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи, утвержденной Постановлением Правительства РФ от 10 декабря 2018 г. № 1506, в государственной программе «Доступная среда» запланированы общественно-просветительские мероприятия, направленные на формирование толерантного отношения к инвалидам. В национальном стандарте «Менеджмент риска. Технологии оценки риска», утвержденном приказом Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии от 17 декабря 2019 г. № 1405-ст, в качестве критерия риска организации используется «толерантность к риску».

В свою очередь отдельные аспекты правовой толерантности встречаются в юридических актах Российской Федерации. В связи с тем, что в теории права на данный момент отсутствует единодушное представление о термине «юридические акты», следует уточнить, как оно будет использоваться в целях настоящей статьи. В ее рамках юридический акт представляется как технико-юридическая форма фиксации юридически значимой информации управомоченным на то субъектом права.

Одним из видов юридического акта выступает нормативный акт. Данный вид занимает ведущее место в регулировании общественных отношений, что обусловлено его юридической силой в континентальной правовой системе.

Конституция, обладающая высшей юридической силой, закрепляет базовые, наиболее важные нормы права в политических, социальных, экономических отношениях. Является системообразующим звеном, способным задавать направление развития и совершенствования правовой системы.

В действующей Конституции Российской Федерации правовая толерантность отражается, например, в признании и гарантиях прав и свобод человека и гражданина, в том числе таких, как право на определение своей национальной принадлежности, использование родного языка, право на получение специализированной и профессиональной юридической помощи, независимый выбор языка общения, воспитания, обучения и творчества, право беспрепятственного возвращения гражданина в Россию, на защиту своих прав и свобод способами, не противоречащими закону, свобода вероисповедания, свобода мысли и слова, свобода научного, литературного, технического, художественного и других видов творчества и т.д., вне зависимости от возрастных, половых, национальных, расовых

характеристик индивида. В ходе обеспечения прав и свобод человека для государства также не имеют значения политические убеждения и социальные взгляды человека.

Аспекты правовой толерантности, выраженные в рассматриваемом документе, находят свое развитие в других нормативных правовых актах как федерального, так и регионального уровня.

В качестве иллюстрации можно привести нормативные правовые акты, направленные на сохранение культурного и национального многообразия, обеспечение свободы совести и вероисповедания и прочие⁷.

Особенности и порядок реализации проявлений правовой толерантности находят отражение в приказах и инструкциях, издаваемых на основе и во исполнение Конституции, законов, указов Президента РФ, постановлений Правительства России, например, приказ Министерства юстиции РФ от 8 апреля 2015 г. № 83 утверждает инструкцию об организации работы учреждений и органов уголовно-исполнительной системы с ходатайствами осужденных о помиловании. Институтом помилования государство учитывает особенности человеческой природы, выражающиеся в чувстве раскаяния, муках совести. В результате государство проявляет правовую толерантность к преступникам, желающим реабилитироваться перед обществом.

Правовую толерантность можно встретить в нормативных договорах. К их числу относятся международные договоры. В данном контексте представляется допустимым упомянуть Устав ООН, где в преамбуле зафиксирован призыв к участникам организации проявлять терпимость (tolerance), Всеобщую декларацию прав человека, где признается и закрепляется право каждого человека на свободу мысли, совести и религии, убеждений и на свободное их выражение. В Декларации о ликвидации всех форм нетерпимости и дискриминации на основе религии или убеждений закреплён призыв к государствам-участникам содействовать пониманию, терпимости (tolerance) и уважению в вопросах свободы религии и убеждений. Представляется допустимым отметить в качестве проявления правовой толерантности положения договоров, в которых зафиксировано разрешение возможных разногласий путем взаимных консультаций, как, например, в договоре между Российской Федерацией и Социалистической Республикой Вьетнам о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам. Данное положение показывает готовность субъектов в случае разногласий в форме диалога терпимо и уважительно искать решение возникшей проблемы.

Говоря о нормативных договорах, следует упомянуть коллективные договоры. По своему назначению они призваны регулировать социально-трудовые отношения работодателей и работников. Согласовывая свои позиции по проекту договора, участники процесса ограничены сроком, в течение которого они должны его заключить. После истечения срока

⁶ См.: *Золотухин В. М.* Право на толерантность // Вестник КузГТУ. 2004. № 1.

⁷ См.: *Панченко К. С.* Правовая толерантность в действующих источниках права // Юридический факт. 2017. № 21.

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ПРОЕКТ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА

М. А. Парасоцкая

Союз адвокатов Московская коллегия адвокатов «Арбат»

Аннотация: в статье автор попытался определить место национального проекта среди источников современного российского права. В результате сделан вывод о том, что национальный проект обладает явным сходством с государственной программой, что усматривается из механизма финансирования и реализации. Установлено, что национальный проект по своей правовой природе является документом стратегического планирования.

Ключевые слова: национальный проект, источник права, проектное управление, государственная программа, документ стратегического планирования.

NATIONAL PROJECT AS A SOURCE OF LAW

M. A. Parasotskaia

Alliance of Attorneys Moscow Association of Attorneys "Arbat"

Abstract: in the article the author tried to determine the place of the national project among the sources of modern Russian law. As a result, it was concluded that the national project has a clear resemblance to the state program, as it appears from the financing and implementation mechanism. It has been established that the national project, in its legal essence, is an act of strategic planning.

Key words: national project, source of law, project management, state program, act of strategic planning.

Поступила в редакцию 15 июля 2021 г.

В российском законодательстве на современном этапе его развития успешно сосуществуют как привычные нам источники права – федеральные законы, указы президента, постановления правительства, подзаконные акты министерств и ведомств, так и новые формы права, правовой статус которых бывает не определен либо определен весьма расплывчато.

К таким новым, нетрадиционным источникам права можно отнести программы, стратегии, и, конечно, национальные проекты.

Чтобы лучше понять сущность этой формы права, обратимся к истории ее появления в российской правовой системе.

Для начала необходимо разобраться, что же такое «проект» и по какой причине государство реализует стратегические цели и задачи посредством такой правовой конструкции.

Проект в разрезе управленческой деятельности – комплекс взаимосвязанных мероприятий, направленных на достижение уникальных результатов в условиях временных и ресурсных ограничений¹.

Из этого определения следует, что проект обладает следующими свойствами. Во-первых, ограниченность во времени – проект должен иметь четкие временные рамки, он не может длиться сколь угодно долго.

¹ ГОСТ Р 54869-2011. Проектный менеджмент. Требования к управлению проектом. М. : Стандартинформ, 2012. С. 39.

договор подписывается на согласованных условиях, при этом если остаются разногласия в некоторых частях, составляется протокол, где они фиксируются. В коллективных договорах правовая толерантность может проявляться, например, в обязанности работодателя содействовать работнику, желающему повысить квалификацию, пройти переобучение или приобрести другую профессию, в том числе и путем оплаты обучения, в запрете на увольнение по инициативе работодателя беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до 3 лет, и т.д.

Правовая толерантность обнаруживается в актах официального толкования, зачастую это выражается в приверженности идеям многообразия, плюрализма, равноправия вне зависимости от отличительных особенностей. Иллюстрацией может послужить Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2011 г. № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности». В документах может присутствовать и назидание органам государственной власти проявлять в определенной степени толерантность. Такого рода факт можно обнаружить, например, в Обзоре практики межгосударственных органов по защите прав и основных свобод человека № 2, подготовленном Верховным Судом Российской Федерации в 2021 г. в отношении к мирным незаконным собраниям.

В индивидуальных актах правовая толерантность выражается в более предметных предписаниях, направленных на реализацию существующих правовых норм в конкретных ситуациях, нуждающихся в юридическом разрешении. Примером могут послужить указы Президента РФ о помиловании, договоры подряда, аренды в случае, если в них прописываются особые условия, в ходе наступления каких-либо непредвиденных событий, не позволяющих продолжать соблюдать действующий договор, и прочие акты.

Таким образом, иллюстрация правовой толерантности в юридических актах свидетельствует о ее глубоком проникновении во многие сферы общества, отражает систему общественных отношений, основанную на уважении прав и свобод человека и социально-правового равенства, способствующую до определенной степени более эффективному развитию общества при соблюдении баланса экономических, политических, социальных, идеологических интересов⁸.

⁸ См.: Панченко К. С. Актуализация пределов правовой толерантности // Вестник Воронежского института МВД России. 2019. № 2.

Воронежский институт МВД России

Панченко К. С., кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права

E-mail: k.s.panchenko@yandex.ru

Voronezh Institute of the Ministry of the Interior of Russia

Panchenko K. S., Candidate of Legal Sciences, Senior Lecturer of the Theory and History of State and Law Department

E-mail: k.s.panchenko@yandex.ru

Во-вторых, направленность на создание уникального продукта, услуги и результата – целью проекта является производство неких исключительных продуктов, услуг, результатов, не имеющих аналогов. В-третьих, организация осуществления проекта в рамках заданной спецификации, установленной на этапе его разработки.

Российский опыт государственного управления проектами к 2018 г. преодолел три этапа.

Первый этап начался с административной реформы в 2005 г. Накопившийся к тому времени объем проблем требовал применения совершенно новых методов работы и решения вопросов в социально-значимых направлениях внутренней политики государства. Термин «национальный проект» впервые прозвучал в ежегодном послании В. В. Путина к Федеральному собранию Российской Федерации 25 апреля 2005 г.² Осенью того же года Президент РФ сделал заявление о начале реализации в России приоритетных национальных проектов, направленных на существенное повышение качества жизни россиян³. В. В. Путин указал, что акцентировать внимание следует на социально значимых областях, таких как образование, здравоохранение и жилье, поскольку именно они определяют уровень жизни граждан и социальное самочувствие населения⁴.

В октябре 2005 г., в рамках осуществления мер по реализации национальных проектов, был образован Совет по реализации приоритетных национальных проектов при Президенте РФ⁵, который в дальнейшем подвергался неоднократным преобразованиям. На сегодняшний день, согласно Указу Президента РФ от 19 июля 2018 г. № 444 «Об упорядочении деятельности совещательных и консультативных органов при Президенте РФ»⁶ (далее – Указ Президента РФ № 444), действует Совет по стратегическому развитию и национальным проектам.

В 2008 г. интерес к национальному проекту как способу решения государственных задач усилился, о чем можно судить по увеличению количества проектов: с 4 проектов в 2005 г. до 48 в 2008 г.

В период с 2012 по 2018 г. продолжается внедрение проектного управления, что выражается в увеличении числа проектов, появлении мега-

проектов и создании правового и организационного базиса в органах власти для подготовки, развития и внедрения национальных проектов.

Отправной точкой создания национальных проектов в их современном виде и понимании является Указ Президента РФ от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года»⁷ (далее – Указ Президента РФ № 204). В соответствии с преамбулой указа национальные проекты разрабатываются «в целях осуществления прорывного научно-технологического и социально-экономического развития Российской Федерации, увеличения численности населения страны, повышения уровня жизни граждан, создания комфортных условий для их проживания, а также условий и возможностей для самореализации и раскрытия таланта каждого человека»⁸.

В рамках реализации Указа Президента РФ № 204 был разработан Единый план по достижению национальных целей развития России на период до 2024 года, который включил в себя девять национальных целей, определенных вышеупомянутым указом. Во исполнение этих целей были утверждены Основные направления деятельности Правительства РФ на период до 2024 года (ОНДП). Инструментами реализации ОНДП стали национальные и государственные проекты и государственные программы.

Во исполнение п. 6 Указа Президента РФ № 444 Правительство РФ приняло Постановление «Об организации проектной деятельности в Правительстве РФ» от 31 октября 2018 г. № 1288⁹, в котором впервые было закреплено определение термина «национальный проект». Под национальным проектом понимается проект (программа), обеспечивающий достижение целей и целевых показателей, выполнение задач, определенных Указом Президента РФ № 204, а также при необходимости достижение дополнительных показателей и выполнение задач по поручению и (или) указанию Президента РФ, Правительства РФ, решению Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, и подлежащий разработке в соответствии с Указом¹⁰.

Тут стоит отметить, что 21 июля 2020 г. Главой государства был издан указ № 474 «О национальных целях развития Российской Федерации на период до 2030 года»¹¹ и в ранее принятые вышеупомянутые правовые акты на основании этого указа были внесены соответствующие изменения.

² Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 25 апреля 2005 г. // Рос. газ. 2005. № 86.

³ Выступление на встрече с членами Правительства, руководством Федерального Собрания и членами президиума Государственного Совета // Официальный сайт Президента РФ. URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/transcripts/23157> (дата обращения: 29.06.2021).

⁴ См.: Там же.

⁵ О Совете при Президенте Российской Федерации по реализации приоритетных национальных проектов : указ Президента РФ от 21 октября 2005 г. № 1226 (утратил силу 30.08.2012) // СЗ РФ. 2005. № 43. Ст. 4374.

⁶ Об упорядочении деятельности совещательных и консультативных органов при Президенте Российской Федерации : указ Президента РФ от 19 июля 2018 г. № 444 (ред. от 06.02.2020) // СЗ РФ. 2018. № 30. Ст. 4717. С. 13280–13293.

⁷ О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года : указ Президента РФ от 7 мая 2018 г. № 204 (ред. от 07.05.2018) // СЗ РФ. 2018. № 20. Ст. 2817. С. 10171–10181.

⁸ Там же. С. 10171.

⁹ Об организации проектной деятельности в Правительстве Российской Федерации : постановление Правительства РФ от 31 октября 2018 г. № 1288 (ред. от 24.06.2021) // СЗ РФ. 2018. № 45. Ст. 6947. С. 18938–18965.

¹⁰ См.: Там же. С. 18939.

¹¹ О национальных целях развития Российской Федерации на период до 2030 года : указ Президента Российской Федерации от 21 июля 2020 г. № 474 // СЗ РФ. 2020. № 30. Ст. 4884. С. 15980–15982.

Таким образом, в соответствии с принятой дефиницией, у национального проекта как разновидности подзаконного властного акта имеются две основные особенности:

– во-первых, субъекты, инициирующие принятие национального проекта – глава государства и правительство;

– во-вторых, направленность на реализацию национальных целей и стратегических задач.

Такое определение отражает не существенные черты национального проекта как правового акта, а только его внешние аспекты – субъектность и направленность на реализацию национальных целей.

По своей правовой сущности и механизму реализации национальные проекты схожи с государственными программами. Национальные проекты, как и государственные программы, представляют собой комплекс мероприятий, направленных на достижение целевых показателей, и структурированы по этапам и срокам. Финансовое обеспечение мероприятий в рамках как национального проекта, так и государственной программы, осуществляется преимущественно посредством бюджетного финансирования.

Таким образом, национальный проект, наряду с государственной программой, является документом стратегического планирования, несмотря на его отсутствие в перечне документов стратегического планирования, приведенном в ст. 11 Федерального закона от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»¹².

Возникает закономерный вопрос: с какой целью государство, имея в своем арсенале вполне рабочий инструмент по решению социально-значимых задач, разрабатывает и принимает национальные проекты?

Можно предположить, что государство таким образом планировало придать особый политический вес принимаемым решениям, дабы продемонстрировать обществу широкомасштабность целей и направлений развития.

Подводя итог, можно сформулировать, что национальный проект на сегодняшнем этапе – действенный инструмент реализации социально-экономической политики государства с целью достижения улучшения показателей качества жизни россиян.

¹² О стратегическом планировании в Российской Федерации : федер. закон от 28.06.2014 г. № 172-ФЗ (ред. от 31.07.2020) // СЗ РФ. 2014. № 26 (ч. I). Ст. 3378. С. 9180.

Союз адвокатов Московская коллегия адвокатов «Арбат»

Парасоцкая М. А., помощник адвоката

E-mail: nikisheva.marina@gmail.com

Alliance of Attorneys Moscow Association of Attorneys "Arbat"

Parasotskaia M. A., Legal Assistant

E-mail: nikisheva.marina@gmail.com

ФАКТИЧЕСКАЯ ОСНОВА ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНЫХ АКТОВ В НАЛОГОВОМ ПРАВЕ

И. А. Сапрыкина

Воронежский государственный университет

Аннотация: *правоприменительным актам в налогово-правовом регулировании отведена важная роль. Акты налогового правоприменения обеспечивают реализацию налогово-правовых норм путем вынесения индивидуально-конкретных предписаний. Они оформляют также определенные юридические факты, когда требуется их официальное признание. Правовое закрепление актов налогового правоприменения и их фактическая основа имеют ряд спорных вопросов. В статье предпринята попытка их решения.*

Ключевые слова: *правовой акт, правоприменительный акт, индивидуальное налогово-правовое регулирование, юридические факты в налоговом праве, фактическая основа правоприменительных актов.*

ACTUAL BASIS OF ADMINISTRATIVE ENACTMENTS IN TAX LAW

I. A. Saprykina

Voronezh State University

Abstract: *administrative enactments take a significant part in tax-legal regulations. Tax administrative enactments provide tax-legal rules by delivering standalone-particular orders. They also document definite legal circumstances, when they are needed to be formally avowed. Legal confirmation of tax administrative enactments and their actual basis have a number of disputable matters. The article attempts to find the solutions for the issues under consideration.*

Key words: *legal act, administrative enactment, standalone tax-legal regulations, legal circumstances in tax law, actual basis of administrative enactments.*

Поступила в редакцию 27 июля 2021 г.

Действие права и правоприменение в современных условиях можно охарактеризовать, приведя следующую мысль В. Д. Зорькина. По его мнению, особого внимания заслуживает проблема взаимосвязи права и правоприменения. Нельзя оторвать нормотворчество от правоприменения, это две стороны одной медали. Нельзя рассматривать правоприменение только как юридическое прилагательное к нормативному существительному. Нормотворчество без правоприменения порождает мертвое право, а значит, дефектное, некачественное нормотворчество, потому что право, которое не действует, – это, строго говоря, не право. Что же касается эффективности правоприменения, то она, в свою очередь, в существенной степени определяется качеством нормотворчества¹.

Проблема действия права и эффективности правоприменения в полной мере актуальна для сферы налогово-правового регулирования.

¹ См.: Зорькин В. Д. Цивилизация права и развитие России : монография. М. : Норма : ИНФРА-М, 2016. С. 32.

Законодательство о налогах и сборах при своем значительном объеме и дальше подвергается частым изменениям и дополнениям. Оно стремится учитывать появление новых видов экономических отношений в нашем государстве и вводит новые налогово-правовые механизмы и конструкции². Изменения актов налогового законодательства обусловлены двумя основными причинами. Во-первых, развитием интеграционных процессов в мировой экономике, что приводит к необходимости следовать правилам и нормам, закрепленным в международных соглашениях, участницей которых является Российская Федерация. Во-вторых, принятие Налогового кодекса РФ (далее – НК РФ) происходило в условиях зарождения рыночных отношений, что не позволило законодателю на тот момент предусмотреть все возможные модели их развития³. Е. Г. Лукьянова также отмечает условия, в которых наблюдается неизменная тенденция нарастания нормативного материала и одновременного снижения его правового качества, вызванная обстоятельствами объективного и субъективного характера и особенностями самого нормативно-правового акта⁴. Приведенные выше обстоятельства требуют внимательного отношения как к нормотворчеству, так и к правоприменению в налогово-правовой сфере.

Обратимся к природе правоприменительных актов в налоговом праве. Такие акты обладают общими чертами правовых актов, а также имеют специфические особенности, присущие только им.

В системе правового регулирования можно выделить три части: нормативную регламентацию, локальное⁵ и индивидуальное регулирование⁶.

Нормативная регламентация предполагает установление правовых норм путем принятия нормативно-правовых актов. Нормативно-правовые акты являются источниками права и представляют собой результат правотворческой деятельности уполномоченных органов и должностных лиц. Для принятия нормативно-правовых актов устанавливается особая процедурно-процессуальная форма. Нормативно-правовые акты имеют установленное документальное оформление: наименование, форму, реквизиты и т.д. Нормативно-правовые акты обладают юридической силой,

² В НК РФ были введены за последние годы ранее не известные налоговому законодательству институты взаимозависимых лиц, контролируемых иностранных компаний, налогового мониторинга и др., которые являются достаточно крупными; ими устанавливается значительное количество новых обязанностей налогоплательщиков.

³ См.: *Васянина Е. Л.* Актуальные проблемы налогового права : учебник под общ. ред. С. В. Запольского. М. : ИНФРА-М, 2019. С. 14.

⁴ См.: *Лукьянова Е. Г.* Теория права и государства. Введение в естественно-правовой курс : учеб. пособие. М. : Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 103.

⁵ Локальное регулирование, по распространенному мнению, является промежуточным звеном между нормативным и индивидуальным регулированием и в силу специфики регулируемых отношений не свойственно налоговому праву.

⁶ См.: *Исаков В. Б.* Юридические факты в советском праве : монография. М. : Норма : ИНФРА-М, 2017. С. 69.

под которой понимается свойство реально действовать, порождать юридически обязательные последствия⁷.

Индивидуальное регулирование направлено на разрешение конкретной правовой ситуации; оно осуществляется в отношении определенных (индивидуальных) субъектов и адресовано только им. Индивидуальные акты порождают, изменяют и прекращают права и обязанности указанных в них лиц. Индивидуальные акты принимаются с учетом требований нормативно-правовых актов, содержат ссылки на конкретные положения нормативно-правовых актов. В свою очередь индивидуальные акты подразделяются на правореализационные и правоприменительные.

Правоприменительные акты отличает их властный, обязательный характер. Данный признак не свойственен *актам правореализационным*, для принятия которых не требуется опосредование деятельностью властного субъекта. Акты правоприменения являются результатом деятельности субъектов правоприменения как особой формы реализации права. Применение права – это государственно-властная деятельность компетентных органов государства по осуществлению норм права относительно конкретных жизненных случаев путем вынесения индивидуально-конкретных предписаний⁸.

Нормативно-правовой акт и акт применения права имеют ряд общих черт: оба вида актов являются актами правовыми; они принимаются компетентными, прежде всего государственными, органами; они носят властный характер; их предписания подлежат обязательному исполнению; такое исполнение обеспечивается принудительной силой государства.

Правоприменительные акты отличаются от нормативно-правовых актов по следующим признакам: они конкретизируют норму права в отношении индивидуального случая; выступают в качестве юридического факта для возникновения, изменения и прекращения правоотношения; рассчитаны на однократное применение; носят индивидуально-определенный характер. Таким образом, правоприменительные акты способны оказывать влияние на динамику правоотношения; они могут выступать юридическими фактами применительно к конкретному правоотношению.

Всякий юридический факт представляет собой единство содержания и формы – внешнего выражения этого содержания⁹. Юридические факты в большинстве своем подлежат обязательной фиксации, для них требуется регистрация и законное процедурно-процессуальное оформление. Фактическая основа правоприменительного акта иногда включает не только факты, установленные в определенном порядке, но и некоторые другие обстоятельства. Имеются в виду факты, признанные судом общеизвестными, имеющие преюдициальное значение; презумпции и фикции. Эти

⁷ См.: *Лазарев В. В., Липень С. В.* Теория государства и права : учебник. М. : Спарк, 1998. С. 236.

⁸ См.: *Кашанина Т. В.* Юридическая техника. М., 2011. С. 396.

⁹ См.: *Исаков В. Б.* Указ. соч. С. 102.

факты не нуждаются в доказывании, они входят в состав юридических (или доказательственных) фактов в «готовом» виде¹⁰.

Фактическая основа (совокупность юридических фактов) акта налогового правоприменения составляет его содержание. Анализ законодательства о налогах и сборах позволяет дать характеристику фактической основы правоприменительных актов, принимаемых в сфере налогово-правового регулирования.

I. Правоприменительные акты в сфере налогово-правового регулирования в большинстве своем принимаются налоговыми органами в пределах их компетенции¹¹. Статья 30 НК РФ устанавливает статус налоговых органов в РФ. Налоговые органы составляют единую централизованную систему контроля за соблюдением законодательства о налогах и сборах, за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью уплаты (перечисления) в бюджетную систему РФ налогов, сборов, страховых взносов, а в случаях, предусмотренных законодательством РФ, за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью уплаты (перечисления) в бюджетную систему РФ иных обязательных платежей. В указанную систему входят федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный по контролю и надзору в области налогов, сборов, страховых взносов (Федеральная налоговая служба РФ), и его территориальные органы. *Таким образом, фактическая основа правоприменительных актов очерчивается кругом полномочий субъектов налогового правоприменения, например, это контроль за соблюдением законодательства о налогах и сборах.*

II. В соответствии с п. 4 ст. 31 НК РФ формы и форматы документов, используемых налоговыми органами при реализации своих полномочий в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах, документов, необходимых для обеспечения электронного документооборота в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах, а также порядок заполнения форм указанных документов и порядок направления и получения таких документов на бумажном носителе или в электронной форме по телекоммуникационным каналам связи, либо через личный кабинет налогоплательщика, либо через информационные системы организации, к которым предоставлен доступ налоговому органу, утверждаются ФНС РФ, если полномочия по их утверждению не возложены НК РФ на иной федеральный орган исполнительной власти. Статья 4 НК РФ, напротив, указывает, что ФНС РФ не имеет права издавать нормативные правовые акты по вопросам налогов, сборов, страховых взносов. Здесь наблюдаются противоречащие друг другу нормы налогового права, существует коллизия действующего налогового законодательства. На практике формы актов налогового правоприменения утверждаются ФНС РФ. Таким образом, реализация налоговыми орга-

нами нормотворческих полномочий основана на противоречивых предписаниях налогового законодательства. Так, согласно п. 2 ст. 4 НК РФ ФНС России не наделена нормотворческими полномочиями. Однако в соответствии с иными предписаниями НК РФ эти полномочия ФНС РФ предоставлены. Такой подход приводит к тому, что ФНС России одновременно закрепляет правила осуществления фискальной деятельности и исполняет их. Это ведет к нарушению принципа разделения властей, призванного исключить злоупотребления со стороны органов государственной власти, выступающих участниками правоотношений, возникающих как в гражданско-правовой, так и в фискальной сферах¹².

Например, форма акта налоговой проверки утверждается Приказом ФНС РФ от 7 ноября 2018 г. № ММВ-7-2/628@ «Об утверждении форм документов, предусмотренных НК РФ и используемых налоговыми органами при реализации своих полномочий в отношениях, регулируемых законодательством о налогах, и оснований и порядка продления срока проведения выездной налоговой проверки, требований к документам, представляемым в налоговый орган на бумажном носителе, порядка взаимодействия налоговых органов по выполнению поручений об истребовании документов, требований к составлению акта налоговой проверки, требований к составлению акта об обнаружении фактов, свидетельствующих о предусмотренных НК РФ налоговых правонарушениях (за исключением налоговых правонарушений, дела о выявлении которых рассматриваются в порядке, установленном статьей 101 НК РФ)». ФНС РФ в соответствии с указанным выше приказом сама определяет фактическую основу для акта налоговой проверки. *При установлении фактической основы применительно к отдельным видам актов налогового правоприменения ФНС РФ смещается «центр тяжести» в системе баланса частных и публичных интересов субъектов налоговых правоотношений. Существует риск составления форм правоприменительных актов таким образом, чтобы фактическая основа акта обеспечивала прежде всего реализацию фискального интереса, который обеспечивается деятельностью системы налоговых органов РФ, и, напротив, имеет место возможность нарушения прав и законных интересов налогоплательщиков.*

III. Положения НК РФ показывают, что существуют ситуации, когда принятие правоприменительного акта основывается на праве налогового органа, и случаи, когда такое принятие является обязанностью налогового органа. Налоговым органам *предоставлено право* взыскивать недоимки; взыскание производится на основании соответствующего решения о взыскании. В качестве обособленной *обязанности* налоговых органов устанавливается обязанность по принятию решений о возврате налогоплательщику сумм излишне уплаченных или излишне взысканных налогов. Указанный акт налогового органа ничем не отличается от всех остальных актов налогового правоприменения, однако он

¹⁰ См.: Исаков В. Б. Указ. соч. С. 109.

¹¹ В установленных законом случаях налоговое правоприменение может осуществляться таможенными органами.

¹² См.: Васянина Е. Л. Указ. соч. С. 53–54.

имеет акцент законодателя. Иными словами, в НК РФ отсутствует единый подход к системе и порядку принятия актов налогового правоприменения. Стоит отметить, что в актах налогового правоприменения реализуется компетенция налогового органа. Компетенция – это содержание и объем («круг») властных правомочий, которые имеет государственный орган, а также то или иное должностное лицо и которые фиксируются в соответствующем юридическом документе¹³. Совокупность прав и связанных с ними обязанностей составляет компетенцию органа. При этом с каждым субъективным правом госоргана соединяется и обязанность осуществлять это право в условиях, предусмотренных законом. Конкретное определение прав и обязанностей госорганов содействует точному разграничению их функций и облегчает контроль над законностью их деятельности¹⁴. Компетенция реализуется в актах – правомерных действиях государственного органа, должностного лица, устанавливающих, изменяющих, отменяющих в пределах компетенции юридические нормы или решающих юридическое дело, тот или иной конкретный вопрос, входящий в его компетенцию¹⁵. В НК РФ подход к принятию актов налогового правоприменения является формальным, не отражающим компетенционных особенностей субъектов налогового правоприменения. Как следствие, существует опасность искажения фактической основы акта правоприменения: возможно включение в фактическую основу не предусмотренных законом фактов, что влечет дополнительные обязанности для налоговообязанных лиц, и, наоборот, могут быть упущены юридические факты, обеспечивающие права и законные интересы налогоплательщиков.

IV. Развитие законодательства о налогах и сборах в последние годы проходило в том числе и по пути увеличения в его составе диспозитивных механизмов. Налогоплательщику предоставлено право выбора общей системы налогообложения или специального налогового режима; налогоплательщик может применить форму налогового контроля «налоговый мониторинг»; налогоплательщик имеет право на инвестиционный налоговый кредит и др.

Возникновение указанных выше налоговых правоотношений инициируется налогоплательщиком, но возможно только на основании соответствующего акта налогового правоприменения. Традиционно в налоговом праве как праве публичном существует множество императивных механизмов, направленных на реализацию главной цели обеспечения фискальных интересов публичных образований. Взыскание недоимки, привлечение налогоплательщика к налоговой ответственности – это «властеотношения», предполагающие также вынесение правоприменительных актов (решение о взыскании, решение о привлечении к налого-

вой ответственности). Таким образом, акты налогового правоприменения в настоящее время условно можно подразделить на акты, имеющие диспозитивную фактическую основу, и акты, имеющие императивную фактическую основу. Особого внимания требуют акты, имеющие диспозитивную основу, по причине заинтересованности в их принятии подвластных субъектов. Именно в отношении таких актов требует четкости закрепление фактической основы.

Воронежский государственный университет

Сапрыкина И. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права юридического факультета
E-mail: irina-saprykina@rambler.ru

Voronezh State University
Saprykina I. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Finance Law Department of Law Faculty
E-mail: irina-saprykina@rambler.ru

¹³ См.: Алексеев С. С. Государство и право : учеб. пособие. М. : ТК Велби, Проспект, 2007. С. 15.

¹⁴ См.: Флейшиц Е. А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вестник гражданского права. 2009. Т. 9, № 2. С. 230.

¹⁵ См.: Алексеев С. С. Указ. соч. С. 16.

ПРОБЛЕМЫ УЧЕТА (РЕГИСТРАЦИИ) И ДОСТУПНОСТИ МУНИЦИПАЛЬНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ В ПРАКТИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЮРИСТА

Д. С. Шелестов

Воронежский государственный университет

Аннотация: в настоящей статье раскрываются проблемы доступности муниципальных правовых актов в практической деятельности юриста, предлагаются рекомендации по поиску актуальных редакций муниципальных правовых актов, анализируется правоприменительная практика в данной сфере правоотношений.

Ключевые слова: учет (регистрация), доступность, муниципальное образование, муниципальный правовой акт, официальный сайт органа местного самоуправления, сетевое издание, проверка конституционности официального опубликования (обнародования).

PROBLEMS OF ACCOUNTING (REGISTRATION) AND THE AVAILABILITY OF MUNICIPAL LEGAL ACTS IN THE PRACTICAL ACTIVITY OF THE LAWYER

D. S. Shelestov

Voronezh State University

Abstract: this article discloses the problems of the accessibility of municipal legal acts in the practical activity of the lawyer, proposed recommendations for the search for actual editions of municipal legal acts, is analyzed by law enforcement practice in this field of legal relations.

Key words: accounting (registration), accessibility, municipality, municipal legal act, official website of the local government body, network edition, verification of the constitutionality of official publication (publication).

Поступила в редакцию 20 июля 2021 г.

Оказывая помощь по защите прав, свобод и законных интересов, юрист руководствуется нормативно-правовыми актами международного, федерального, регионального и муниципального уровней нормотворчества. Поиск актуальных редакций нормативных правовых актов каждого из указанных уровней имеет свои сложности и нюансы. Однако розыск актуальных редакций именно муниципальных правовых актов обусловлен значительными проблемами, требующими дополнительных материальных, временных, эмоциональных ресурсов.

Конституцией РФ и отраслевым законодательством муниципальным образованиям предоставлены полномочия по нормативно-правовому регулированию достаточно широкого круга правоотношений. Органы местного самоуправления принимают нормативные акты в области управления муниципальной собственностью, местного бюджета, местных налогов и сборов, организации досуга и транспортных услуг, медицинской помощи и иных вопросов местного значения.

Согласно ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ¹ (ред. от 01.07.2021) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (далее также Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ), по вопросам местного значения населением муниципальных образований непосредственно и (или) органами местного самоуправления и должностными лицами местного самоуправления принимаются муниципальные правовые акты.

Конституция России провозглашает, что любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения (ч. 3 ст. 15 Конституции РФ).

Общие нормы о порядке вступления в силу муниципальных правовых актов закреплены в ст. 47 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ. Итак, муниципальные правовые акты вступают в силу в порядке, установленном уставом муниципального образования, за исключением нормативных правовых актов представительных органов местного самоуправления о налогах и сборах, которые вступают в силу в соответствии с Налоговым кодексом Российской Федерации. Муниципальные нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, вступают в силу после их официального опубликования (обнародования). Официальным опубликованием муниципального правового акта считается первая публикация его полного текста в периодическом печатном издании, распространяемом в соответствующем муниципальном образовании. Для официального опубликования (обнародования) муниципальных правовых актов может быть использовано сетевое издание. Порядок опубликования (обнародования) муниципальных правовых актов устанавливается уставом муниципального образования и должен обеспечивать возможность ознакомления с ними граждан, за исключением муниципальных правовых актов или их отдельных положений, содержащих сведения, распространение которых ограничено федеральным законом.

В большинстве уставов муниципальных образований порядок официального опубликования (обнародования) предусматривает размещение текста акта в официальном печатном средстве массовой информации.

В уставах муниципальных образований встречаются и иные формулировки. Так, в соответствии со ст. 48 Устава Рамонского городского поселения Рамонского муниципального района Воронежской области², обнародование муниципальных правовых актов в Рамонском городском поселении осуществляется путем доведения до всеобщего сведения текстов муниципальных правовых актов, посредством размещения их в специально установленных местах, а также путем обеспечения беспрепятственного доступа к текстам муниципальных правовых актов. Тексты муниципаль-

¹ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

² Принят решением Совета народных депутатов Рамонского городского поселения Рамонского муниципального района Воронежской области 12 февраля 2015 г. № 360.

ных правовых актов должны находиться в специально установленных для обнародования местах в течение не менее чем 10 календарных дней с момента их обнародования. Оригиналы муниципальных правовых актов хранятся в администрации Рамонского городского поселения, копии передаются во все библиотеки на территории Рамонского городского поселения, которые обеспечивают гражданам возможность ознакомления с указанными актами без взимания платы. В подтверждение соблюдения процедуры обнародования муниципального правового акта составляется акт об обнародовании, в котором должны содержаться сведения об обнародованном муниципальном правовом акте, дате начала и окончания его обнародования. Акт обнародования составляется и подписывается комиссией. Персональный состав комиссии устанавливается правовым актом Совета народных депутатов Рамонского городского поселения. В случаях, когда федеральными законами, законами Воронежской области, настоящим Уставом установлено, что муниципальные правовые акты подлежат обязательному опубликованию в средствах массовой информации, правовые акты органов местного самоуправления Рамонского городского поселения публикуются в районной общественно-политической газете «Голос Рамони» или в официальном издании органов местного самоуправления Рамонского муниципального района «Муниципальный вестник».

В соответствии со ст. 43 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ в систему муниципальных правовых актов входят:

- 1) устав муниципального образования, правовые акты, принятые на местном референдуме (сходе граждан);
- 2) нормативные и иные правовые акты представительного органа муниципального образования;
- 3) правовые акты главы муниципального образования, местной администрации и иных органов местного самоуправления и должностных лиц местного самоуправления, предусмотренных уставом муниципального образования.

Информация об изданных муниципальных нормативных актах подлежит размещению в соответствии с пп. «а» п. 2 ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 9 февраля 2009 г. № 8-ФЗ (ред. от 30.04.2021) «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления»³.

Статьей 43.1. Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ, предусмотрено ведение федерального регистра муниципальных нормативных правовых актов. Положения данной статьи развиваются в нормах Приказа Министерства юстиции РФ от 4 марта 2021 г. № 27 «Об организации работы по ведению федерального регистра нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации и Федерального регистра муниципальных нормативных правовых актов»⁴.

³ СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 776.

⁴ Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru>, 12.03.2021

Согласно ст. 6 Федерального закона от 9 февраля 2009 г. № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления», доступ к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления может обеспечиваться следующими способами:

- 1) обнародование (опубликование) государственными органами и органами местного самоуправления информации о своей деятельности в средствах массовой информации;
- 2) размещение государственными органами и органами местного самоуправления информации о своей деятельности в сети «Интернет»;
- 3) размещение государственными органами и органами местного самоуправления информации о своей деятельности в помещениях, занимаемых указанными органами, и в иных отведенных для этих целей местах;
- 4) ознакомление пользователей с информацией о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления в помещениях, занимаемых указанными органами, а также через библиотечные и архивные фонды;
- 5) присутствие граждан (физических лиц), в том числе представителей организаций (юридических лиц), общественных объединений, государственных органов и органов местного самоуправления, на заседаниях коллегиальных государственных органов и коллегиальных органов местного самоуправления, а также на заседаниях коллегиальных органов государственных органов и коллегиальных органов местного самоуправления;
- 6) предоставление пользователям по их запросу информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления;
- 7) другими способами, предусмотренными законами и (или) иными нормативными правовыми актами, а в отношении доступа к информации о деятельности органов местного самоуправления – также муниципальными правовыми актами.

Действующее законодательство, на первый взгляд, содержит все необходимые нормы, регламентирующие порядок опубликования (обнародования), регистрации (учета) и доступности соответствующих муниципальных правовых актов. Однако в повседневной правозащитной деятельности ситуация с поиском актуальных редакций различных муниципальных правовых актов выглядит весьма непросто.

Практический опыт показывает, что получить доступ к муниципальным нормативным правовым актам возможно несколькими способами:

- поиск официального печатного издания с текстами муниципальных нормативных правовых актов в архивах библиотек (библиотечное хранение экземпляра);
- поиск на официальных сайтах органов местного самоуправления в сети «Интернет»⁵;

⁵ Методические рекомендации по созданию и функционированию официального сайта муниципального образования в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (утв. Правительством РФ 24.08.2016 № 6192п-П10).

- размещение актов в общедоступных местах и в помещениях, занимаемых органами местного самоуправления;
- поиск в регистре муниципальных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации на сайте Минюста России;
- направление личного запроса в органы или должностным лицам местного самоуправления;
- поиск в информационных правовых системах (Консультант Плюс, Гарант, Юрист и т.п.).

Однако каждый из приведенных способов обладает недостатками⁶.

Особые сложности возникают в малых муниципальных образованиях, которые не имеют финансово-технических, а порой и кадровых возможностей обеспечить официальное опубликование (обнародование) и последующую доступность принимаемых муниципальных правовых актов.

Проблемы с опубликованием (обнародованием) принимаемых муниципальных правовых актов, их последующим учетом и доступностью порождают коррупционные проявления, нарушения прав и свобод населения, создают препятствия для правозащитной деятельности, подрывают авторитет власти в целом.

27 мая 2021 г. Конституционный Суд РФ принял Постановление № 23-П⁷ по делу о проверке конституционности пункта 6 части 1 статьи 44, частей 1 и 3 статьи 47 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», регламентирующих порядок официального опубликования (обнародования) нормативных правовых актов муниципалитетов. Фабула дела такова. Гражданин, ранее замещавший должность муниципальной службы, обратился в Орловский областной суд с административным иском о признании недействующими пунктов 3 и 4 решения Свердловского районного Совета народных депутатов от 27 сентября 2018 г.

⁶ Более подробно о недостатках см.: *Бычкова Е. И.* Некоторые аспекты систематизации муниципальных правовых актов // Государственная власть и местное самоуправление. 2017. № 7. С. 44–47; *Дамм И. А., Роньжина О. В., Акунченко Е. А., Сухарева К. С.* Актуальные вопросы обеспечения открытости и доступности муниципальных нормативных правовых актов // Право и политика. 2017. № 8. С. 46–54; *Дамм И. А., Роньжина О. В., Акунченко Е. А., Волкова М. А., Корхов А. В.* Открытость и доступность информации о правотворческой деятельности органов местного самоуправления в России // Российский юридический журнал. 2018. № 6. С. 85–97; *Роньжина О. В., Акунченко Е. А., Гутник С. И., Волкова М. А., Корхов А. В.* Тематический рубрикатор муниципальных правовых актов как средство обеспечения доступности информации о нормотворческой деятельности органов местного самоуправления // Административное и муниципальное право. 2019. № 1. С. 17–25.

⁷ По делу о проверке конституционности пункта 6 части 1 статьи 44, частей 1 и 3 статьи 47 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Ю. Г. Ефремова : постановление Конституционного Суда РФ от 27.05.2021 № 23-П // СЗ РФ. 2021. № 23. Ст. 4175.

№ 18/136 «Об утверждении Положения о порядке назначения, перерасчета, индексации, выплаты и доставки пенсии за выслугу лет муниципальным служащим и доплаты к трудовой пенсии по старости (инвалидности) лицам, замещающим на постоянной основе муниципальные должности Свердловского района Орловской области». В результате перерасчета размер получаемой заявителем пенсии уменьшен с 31 574 рублей 97 копеек до 3 423 рублей.

Поводом для обжалования решения Совета послужило то, что оно не было опубликовано официально в газете Свердловского района «Сельская новь», вопреки положениям Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ и Конституции РФ.

Суды трех инстанций удовлетворили требования частично, указав, что спорный нормативный правовой акт был обнародован на стенде в читальном зале местной библиотеки, а также размещен на официальном сайте администрации района и заинтересованные лица имели возможность ознакомиться с его содержанием. Отсутствие публикации акта в периодическом печатном издании «Сельская новь», подчеркнули суды, было обусловлено ограниченными бюджетными возможностями муниципального образования.

В жалобе в Конституционный Суд РФ гражданин указал, что оспариваемые им законоположения позволяют органам местного самоуправления не публиковать официально для всеобщего сведения муниципальные нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, а следовательно, не соответствуют Конституции России.

Конституционный Суд РФ не нашел несоответствия оспариваемых норм Конституции России. Конституционный Суд указал, что использование в Федеральном законе от 06.10.2003 № 131-ФЗ понятия «обнародование», которое не тождественно термину «официальное опубликование», позволяет органам местного самоуправления и судам расценивать обнародование муниципального нормативного правового акта, затрагивающего права, свободы и обязанности человека и гражданина, способом, отличным от официального опубликования в периодическом печатном издании, в качестве достаточного условия для вступления этого акта в силу. Аналогичного подхода, как отметил Суд, придерживается и Пленум Верховного Суда РФ в своем Постановлении от 25 декабря 2018 г. № 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами».

Конституционный Суд пояснил, что для «муниципальных образований, с учетом в том числе их многообразия, в силу объективных, в частности финансовых, причин, могут быть затруднительны учреждение печатного средства массовой информации, обеспечение достаточного тиража печатного издания, где публикуются муниципальные нормативные правовые акты, а также его распространение на территории муниципального образования».

СОГЛАСИТЕЛЬНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ КАК ИНСТРУМЕНТ СОЗДАНИЯ ПРАВОВОГО АКТА

Н. А. Лаврёнов

Воронежский государственный университет

Аннотация: в статье анализируются отдельные аспекты механизма согласования проектов нормативно-правовых актов федеральными органами исполнительной власти, а также раскрывается необходимость совершенствования согласительных процедур в целях повышения эффективности действия нормативно-правового акта.

Ключевые слова: согласительные процедуры, федеральные органы исполнительной власти, проект нормативно-правового акта, юридическая техника.

CONCILIATION PROCEDURES AS A TOOL FOR CREATING A LEGAL ACT

N. A. Lavryonov

Voronezh State University

Abstract: the article analyzes certain aspects of the mechanism of approval of draft normative legal acts by federal executive bodies, and also reveals the need to improve conciliation procedures in order to increase the efficiency of the normative legal act.

Key words: conciliation procedures, federal executive authorities, draft normative legal act, legal technique.

Поступила в редакцию 30 июля 2021 г.

Издание нормативно-правовых актов является основной формой реализации функций органов государственной власти, наделенных соответствующей компетенцией и обладающих необходимыми полномочиями для комплексной правотворческой деятельности, которая, в свою очередь, направлена на регулирование общественных отношений, складывающихся в процессе перманентно развивающейся социальной реальности.

Исследование и последующая модернизация технологии создания правового акта необходимы для эффективного функционирования общего механизма действия права в Российской Федерации. В этом контексте большое значение приобретает анализ процессов подготовки нормативно-правовых актов органами исполнительной власти, поскольку данная разновидность юридических актов характеризуется сочетанием элементов и свойств сферы регулирования права и сферы публичного управления, что позволяет в равной степени воплощать в жизнь интересы как общества, так и государства¹. Как отмечает профессор Ю. Н. Старилов, «институт правового акта управления должен существовать на основании принципов права и принципов публичного управления (организа-

Конституционный Суд РФ рекомендовал федеральному законодателю в кратчайшие сроки урегулировать вопросы использования для официального опубликования муниципальных нормативных правовых актов возможностей современного информационного пространства. Конституционный Суд отметил, что для таких целей федеральный законодатель может решить вопрос об упрощенном механизме признания за официальными сайтами органов публичной власти статуса официального сетевого издания.

Конституционный Суд РФ также посчитал нужным обратить внимание на то, что – в силу принципа единства публичной власти, деятельность которой определяют права и свободы человека и гражданина (ст. 18; ст. 80, ч. 2; ст. 132, ч. 3 Конституции РФ), – нахождение вопросов защиты прав и свобод человека и гражданина, обеспечения законности и правопорядка (ст. 72, п. «б» ч. 1 Конституции РФ) в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации предполагает необходимость для федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Российской Федерации оказывать содействие муниципальным образованиям, ресурсы которых ограничены, в обеспечении официального опубликования муниципальных нормативных правовых актов в соответствии с требованиями статьи 15 (ч. 3) Конституции Российской Федерации и п. 6 ч. 1 ст. 44, ч. 1 и 3 ст. 47 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в их истолковании, данном в настоящем Постановлении.

Рассмотренное решение Конституционного Суда РФ нацелено на поиск компромисса между цифровизацией (как наиболее удобной формой обеспечения доступности муниципальных правовых актов) и сохранением бумажных носителей информации, путем обнародования в читальном зале библиотеки и подобными способами.

Несмотря на наличие нормативно-правовой регламентации процедур официального опубликования (обнародования) и учета муниципальных правовых актов, на практике проблема доступности данных источников права вызывает массу проблем, решение которых возможно путем разумного сочетания размещения указанных актов, как в электронном, так и в бумажном форматах, при соответствующем правовом закреплении данных процедур.

Воронежский государственный университет

Шелестов Д. С., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета

E-mail: shelestovDS2014@yandex.ru

Voronezh State University

Shelestov D. S., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Theory and History of State and Law Department of Law Faculty

E-mail: shelestovDS2014@yandex.ru

¹ См.: Цыбулевская О. И., Ермолаева А. В. Правовые акты органов исполнительной власти : погрешности юридической техники // Юридическая техника. 2015. № 9. С. 796–802.

ции и функционирования управления) и способствовать осуществлению как функций управления (функций государства, функций исполнительной власти), так и функций правового регулирования (функций права)»².

Многообразие возникающих в социуме общественных отношений и их непрерывная взаимосвязь приводят к вовлечению в процесс правотворчества значительного количества совместно действующих участников. В этой связи органы исполнительной власти зачастую осуществляют деятельность по созданию нормативно-правовых актов во взаимодействии и сотрудничестве друг с другом, руководствуясь, в частности, Правилами подготовки нормативно-правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации (далее – Правила), установленными Постановлением Правительства Российской Федерации от 13 августа 1997 г. № 1009.

Данные Правила регулируют порядок проведения согласительных процедур – т.е. согласования проектов нормативных правовых актов с заинтересованными федеральными органами исполнительной власти в установленных законодательством Российской Федерации случаях, а также при наличии в проекте положений межотраслевого значения или регламентации посредством проекта совместной деятельности вышеуказанных органов власти.

Основной целью согласительных процедур, характеризующихся в ряде случаев обязательностью для исполнительных органов государственной власти, является предотвращение и (или) разрешение возможных противоречий, касающихся содержания нормативно-правового акта, что позволит не допустить возможного конфликта между субъектами нормотворческой деятельности. Учитывая данное обстоятельство, можно прийти к выводу, что от качества функционирования механизма согласования и его способности предупредить конфликтные ситуации зависит эффективность будущего правового акта и дальнейшая результативность правового регулирования.

Правовой акт должного качества, в отношении которого отсутствуют неурегулированные противоречия, будет четко направлен на достижение целей, заданных государственными институтами, а, значит, будет способен вносить большой «нормативный вклад» в общую гармонизацию правовой системы, способствуя ее надлежащему функционированию и развитию.

Отсутствие действенного механизма урегулирования разногласий в процессе подготовки проекта нормативно-правового акта, проявляющееся в неточных и неопределенных формулировках относительно нормативных характеристик прав, обязанностей и взаимоотношений между субъектами правотворчества, может привести к возникновению нормативно-юридического конфликта компетенционного характера между ор-

ганами государственной власти. Подобная разновидность юридического конфликта подразумевает как различие позиций и несходство интересов участников правоотношений, так и нарушение структуры правовых социальных ролей – когда участник конфликтной ситуации «по-своему» устанавливает содержание правового акта, определяет его форму и отношение к заинтересованным индивидуальным и коллективным субъектам правового пространства³, что приводит к обострению во взаимодействии органов на федеральном уровне, а, значит, препятствиям в слаженной и целеустремленной работе по выполнению соответствующих их компетенции функций. Более того, поскольку такой конфликт возникает в нормативно-юридической сфере, а именно в эпицентре государственно-правовой материи (государственно-правовых реалий), его негативные проявления ведут к ослаблению государственной власти, отступлению от принципов правовой системы, и, следовательно, подрыву целостности государства.

Отрицательное влияние на эффективность согласительных процедур оказывают определенные недостатки юридической техники отдельных положений исследуемых Правил. На основании п. 3 Правил, согласование федеральным органом исполнительной власти подлинника проекта нормативно-правового акта, созданного на бумажном носителе, оформляется визами, которые проставляются в нижней части оборотной стороны последнего листа указанного акта.

В то же время, в тексте Правил предусмотрено, что при наличии возражений визирование созданного на бумажном носителе проекта нормативно-правового акта осуществляется с учетом замечаний, которые оформляются на бланке соответствующего федерального органа исполнительной власти, подписываются руководителем или заместителем данного органа, и затем «...прилагаются к указанному проекту (его копии)».

Подобная неопределенность в виде отсутствия четкого указания на местоположение визы согласующего федерального органа исполнительной власти, которая, исходя из текста Правил, может присутствовать как на подлиннике проекта нормативно-правового акта, так и на его копии, может привести к неоднозначной трактовке описываемых нормоположений, и, следовательно, к нарушению установленной Правилами процедуры согласования проектов нормативно-правовых актов.

Отдельного упоминания заслуживает абз. 13 п. 3 Правил, регламентирующий требования к содержанию реквизита «виза согласования», который должен включать в себя наименование должности руководителя федерального органа исполнительной власти (его заместителя), собственноручную подпись визирующего лица, а также расшифровку подписи и дату визирования. В сравнении с нормативно-методическими

² Старилов Ю. Н. Административное право. Воронеж, 2001. Ч. 2: Формы и методы управленческих действий. Правовые акты управления. Административный договор. Административная юстиция. Кн. 2. С. 55.

³ См.: Юридическая конфликтология / А. Д. Бойков, Н. Н. Варламова, А. В. Дмитриев, О. Л. Дубовик [и др.] ; отв. ред. В. Н. Кудрявцев. М. : Изд-во ИГиП РАН, 1995. 316 с.

стандартами и рекомендациями, направленными на совершенствование юридической техники в области оформления документов⁴, модель реквизита «визы согласования», изложенная в Правилах, не является универсальной и исчерпывающей. Вышеуказанные документы предусматривают положительную или отрицательную оценку проекта нормативно-правового акта в составе визирования, и, в случае наличия замечаний или возражений, согласующий федеральный орган исполнительной власти обязательно использует формулировку «замечания прилагаются».

Таким образом, согласно Правилам, в случае согласования проекта нормативно-правового акта, созданного на бумажном носителе, и при условии оформления замечаний или возражений на бланке согласующего федерального органа исполнительной власти, т.е. в ином, отличном от проекта, документе, отсутствие соответствующего элемента (пометка «замечания прилагаются») в фабуле (составе) «визы согласования» ведет, по сути, к невозможности де-юре зафиксировать наличие возражений или замечаний согласующего органа и провести дифференциацию между «положительным» и «отрицательным» согласованием⁵, что естественным образом ставит под угрозу успешность проводимых согласительных процедур.

В дополнение к изложенному негативное влияние на качество процесса согласования проекта нормативно-правового акта федеральными органами исполнительной власти обуславливает некоторую пробельность в обеспечении прозрачности системы передачи и (или) приема документов между вышеуказанными органами.

Так, в соответствии с абз. 10 п. 3 Правил, согласование проекта нормативно-правового акта заинтересованным федеральным органом исполнительной власти осуществляется в 30-дневный срок со дня поступления соответствующего акта.

В свою очередь, абз. 11 п. 3 Правил гласит, что в случае непредставления по истечении 30-дневного срока федеральным органом исполнительной власти документа, подтверждающего согласование проекта нормативно-правового акта или содержащего замечания относительно содержания указанного проекта, такой проект будет считаться согласованным.

⁴ ГОСТ Р 7.0.97-2016. Национальный стандарт Российской Федерации. Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Организационно-распорядительная документация. Требования к оформлению документов // Официальные документы в образовании : бюллетень нормативных правовых актов. М. : Частное образование, 1999. 2017. № 18(626). 84 с.; Методические рекомендации по разработке инструкций по делопроизводству в государственных органах, органах местного самоуправления [Электронный ресурс] : Приказ Росархива от 24 декабря 2020 г. № 199 «Об утверждении Методических рекомендаций по разработке инструкций по делопроизводству в государственных органах, органах местного самоуправления». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ См.: Ермолаева А. В. Методология подготовки нормативных актов федеральных органов исполнительной власти // Власть. 2011. № 11. С. 76–80.

Отсутствие в рассматриваемых Правилах четких формально определенных механизмов фиксации дат приема и (или) передачи документов может привести к разрозненности толкования субъектами нормотворчества существующих предписаний, и, как следствие, ухудшению эффективности их взаимодействия в части проведения согласительных процедур.

Анализ положений Правил, регламентирующих деятельность по проведению согласительных процедур, позволяет сделать вывод о наличии в них недостатков, препятствующих полноценному и действенному функционированию механизма предотвращения и (или) разрешения потенциального конфликта, связанного с возможными разногласиями федеральных органов исполнительной власти в процессе согласования проекта нормативно-правового акта. Отдельные нормы вышеуказанных Правил нуждаются в совершенствовании в части доработки ряда приемов и средств юридической техники, применяемых в ходе соответствующего правотворчества.

Воронежский государственный университет

Лаврёнов Н. А., старший лаборант кафедры теории и истории государства и права юридического факультета

E-mail: nikolay_lavryonov@mail.ru

Voronezh State University

Lavrenov N. A., Senior Laboratory Assistant of the Theory and History of State and Law Department of Law Faculty

E-mail: nikolay_lavryonov@mail.ru

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА

Е. Г. Черкасова

Воронежский государственный университет

Аннотация: в современном цифровом пространстве вопросы применения искусственного интеллекта (далее – ИИ) и сфера разработки интеллектуальных технологий являются крайне важными и актуальными. На протяжении последних нескольких лет наблюдаются попытки государственного регулирования ИИ как в России, так и в других странах мира. Среди существующих на сегодняшний день подходов наиболее оптимальным видится создание отдельного механизма правового регулирования, создающего четкое разграничение зон ответственности между разработчиками и пользователями систем с ИИ и непосредственно самой технологией.

Ключевые слова: искусственный интеллект, робот, интеллектуальные технологии, цифровая экономика, машинное обучение, суперинтеллект, правовое регулирование, информационное право, право, законодательство.

LEGAL REGULATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

E. G. Cherkasova

Voronezh State University

Abstract: in today's digital space, the use of artificial intelligence (hereinafter – AI) and the development of intelligent technologies are extremely important and relevant. Over the past few years, there have been attempts to regulate AI, both in Russia and in other countries of the world. Among the currently existing approaches, the most optimal one is the creation of a separate legal regulation mechanism that creates a clear delineation of areas of responsibility between developers and users of systems with AI and the technology itself. A separate direction should be the introduction of uniform for all developers and users of ethical principles for systems with AI. Among the currently existing approaches, the most optimal is the creation of a separate mechanism of legal regulation, which creates a clear delineation of areas of responsibility between developers and users of systems with AI and the technology itself.

Key words: artificial intelligence, robot, smart technology, digital Economics, machine learning, superintelligence, legal regulation, information law, law, legislation.

Поступила в редакцию 15 июля 2021 г.

Всеобъемлющая цифровизация государственных и общественных процессов обусловила необходимость выработки правового регулирования применения искусственного интеллекта (далее – ИИ), чтобы определить «правила игры», обеспечить права участников правоотношений и не допустить злоупотреблений.

Особое место среди цифровых трендов занимает ИИ, законодательное регулирование которого закреплено с недавнего времени. Учитывая его значимость, в особенности для бизнеса, и последующую необходимость юридического оформления связанных с этим общественных отношений, Правительством Российской Федерации было принято Распоряжение от

19 августа 2020 г. № 2129-р «Об утверждении Концепции развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники на период до 2024 г.»¹ (далее – Концепция). В России запланировано проведение пятилетнего эксперимента по внедрению технологий искусственного интеллекта на территории Москвы в рамках Национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации». Федеральный закон от 24 апреля 2020 г. № 123-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации – городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона “О персональных данных”»² регламентирует условия для разработки и внедрения технологий ИИ, а также возможность последующего использования результатов его применения. При этом аналогичные правовые режимы планируется внедрить и в других субъектах РФ.

Термин «искусственный интеллект» (artificial intelligence, или AI) был сформулирован американским информатиком Джоном Маккарти в 1956 г. Он утверждал, что ИИ – это свойство роботов, компьютерных программ и систем выполнять интеллектуальные и творческие функции человека, самостоятельно находить способы решения задач, уметь делать выводы и принимать решения³.

В РФ понятие «искусственный интеллект» впервые юридически было сформулировано на подзаконном уровне Указом Президента РФ от 10 октября 2019 г. № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации». Под ним понимают комплекс технологических решений, который позволяет имитировать когнитивные функции человека и получать результаты, сопоставимые, как минимум, с результатами интеллектуальной деятельности человека. При этом отдельно отмечается, что имитация включает самообучение и поиск решений без заранее заданного алгоритма⁴.

Важно обратить внимание на то, что определение в полной мере охватывает доступные на данный момент виды ИИ в широком понимании:

¹ Об утверждении Концепции развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники на период до 2024 г. : распоряжение Правительства РФ от 19 августа 2020 г. № 2129-р. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации – городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона «О персональных данных» : федер. закон от 24 апреля 2020 г. № 123-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ McCarthy John. What is artificial intelligence? URL: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/whatisai.html> (дата обращения: 10.06.2021).

⁴ О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации : Указ Президента РФ от 10 октября 2019 г. № 490. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ИИ, работающий на основе заранее определенных задач (имеющихся знаний), и ИИ, работающий автономно, т.е. технология, которая для выполнения задач может потенциально полностью заменить человека. Полагаю, что введенное широкое определение на данном этапе является скорее преимуществом, чем недостатком, так как преследует цель охватить максимально большой круг деятельности для будущего развития ИИ, а не дать четкое и лаконичное объяснение основным понятиям с технической точки зрения. Главное, что определение отражает принципиальные характеристики ИИ, которые выявляются из его определения:

- это комплекс технологий, а не одна технология;
- ИИ может самообучаться и искать решения без заранее заданных алгоритмов – это принципиальное его отличие от других технологий;
- ИИ может получать результаты, сопоставимые, как минимум, с результатами интеллектуальной деятельности человека – т.е. в определении заложено, что потенциально ИИ может получать более совершенные результаты, чем получаемые человеком.

Разобрав определение ИИ и вложенные в него смыслы, необходимо обратиться к основным проблемам применения ИИ. Вопросы правового регулирования интеллектуальной собственности, созданной с использованием ИИ, занимают особое место в списке юридических проблем. Предметом для дискуссии служит правосубъектность ИИ и правовой статус объектов, сгенерированных ИИ. Необходимость и условия нормативного регулирования систем ИИ и связанных с ними общественных отношений должны определяться исходя из степени опасности таких систем и юридической значимости последствий их автономной работы. По данным критериям в сферу нормативного регулирования попадут, например, беспилотные автомобили, системы управления объектами критической инфраструктуры, встроенные медицинские устройства, программы, заключающие сделки. При этом крайне важно избежать избыточного регулирования сферы и найти правовой баланс, обеспечивающий развитие инноваций при соблюдении частных, общественных и государственных интересов. В современных реалиях приходится сталкиваться с отсутствием общего подхода к регулированию интеллектуальной собственности в сфере ИИ не только в РФ, но в зарубежных странах.

292

Возникает достаточно практичный вопрос, кто будет владеть правами на результат интеллектуальной деятельности, созданный автоматизированной системой на основе технологий ИИ? Однозначно на этот вопрос в законах ответ пока не дан. В качестве вариантов можно выделить: разработчика аппаратного комплекса, функционирующего на основе ИИ; собственника системы, использующего ИИ в процессе своей предпринимательской деятельности; сделать достижения ИИ общественным достоянием. Полагаю, что вопрос требует тщательной проработки, анализа мирового опыта в целях выработки того режима, который будет отвечать потребностям социально-экономического развития. Главная трудность в законодательном регулировании ИИ – это возложение ответственности за возможные риски. Если мы применяем ИИ, то нужно понимать, кто отве-

чает за решения, принимаемые ИИ. Законодатели склоняются к тому, что ответственность за ошибки ИИ должны нести разработчики программного обеспечения, но такой подход создает определенные сложности с разработкой и внедрением решений. Возложить ответственность на саму систему ИИ – важный законодательный шаг, который сложно сделать из-за несовершенства технологий. Понятно, что ИИ может ошибаться, и такая программа не способна отвечать за свои действия, ее нельзя напугать штрафами или ограничением свободы. Решить эту проблему можно будет по мере развития технологий, накапливая опыт использования интеллектуальных систем. Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) как международная организация, деятельность которой в той или иной степени связана с исследованием современных технологий, подчеркивает актуальность вопроса о том, где должна быть проведена черта между творчеством человека и машины, то есть какими должны быть объем вклада или степень участия человека, чтобы результат труда относился к первой или второй указанной выше категории.

Еще одной острой проблемой применения технологии ИИ является проблема безопасности. Особенно актуальным вопрос становится в связи с активным внедрением беспилотного транспорта. Так, на сегодняшний день нет единого мнения по вопросу юридической ответственности ИИ за причиненный вред жизни и здоровью человека. В ряде зарубежных стран имели место неблагоприятные ситуации, которые только усилили дискуссию о необходимости правового регулирования ответственности ИИ. Однако использование беспилотного автомобиля с человеком, контролирующим его управление внутри, противоречит сути беспилотного транспорта и в значительной степени тормозит развитие технологии.

Иллюстрируя данную ситуацию, считаю, что применение ст. 264 и ст. 268 Уголовного кодекса РФ, которыми установлена ответственность за нарушение правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств, недопустимо для аварий с участием беспилотного автомобиля по причине строгого формального характера уголовного законодательства с четким определением субъектов данных преступлений. В небольшом количестве случаев с определенными оговорками причинение вреда в такой ситуации может быть расценено как «оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности, если они повлекли по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью либо смерть человека» (ч. 2 ст. 238 УК РФ)⁵.

293

В российских реалиях, не дожидаясь первых ЧП с летальным исходом, компания Traft, совместно с группой партнеров из страхового сообщества, разрабатывает прототипы страхового продукта⁶. Для сбора данных, кото-

⁵ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 01.07.2021). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ См.: Аганов И. Искусственный интеллект в законе // СТАНДАРТ. Цифровая трансформация, ИТ, коммуникации, контент : науч. журн. № 3 (182), 2008. URL: <https://docplayer.ru/81714296-Nesmotrya-na-to-chto-intellektualnye-it-sistemy-uzhe.html>

рые лягут в основу риск-модели полноценной страховки, на беспилотники установят специальный тахограф, который будет регистрировать все действия автономного транспортного средства и человека в кабине. Кроме того, в руках у оператора беспилотника будет смартфон со специально разработанным приложением для мониторинга действий водителя. Приложение позволит вести своего рода бортовой журнал поездки, в котором будут записаны все реакции человека и поведение электроники. По мнению экспертов, массовое использование беспилотников окажет серьезное влияние на сами принципы страхования. Так, ответственность за ДТП будет частично переноситься с водителя или оператора на производителя автономного транспортного средства и разработчика установленного на нем программного обеспечения. Если в настоящее время тарифы на автострахование в основном привязаны к опыту водителя и его страховой истории, то в случае с беспилотным транспортом ключевым фактором должна стать репутация производителей автомобиля и беспилотных систем. Кроме того, страховать придется не только технику от повреждений, не только ответственность за ДТП, но также риски хакерских атак и поражения системы вирусом.

Рассматривая другие проблемы, необходимо заметить, что ИИ активно внедряется в частную жизнь людей, и в некоторой степени имеет потенциальную возможность заменить работников и отнять у людей рабочие места – это касается профессий с высокой степенью однородности деятельности. Последние разработки в сфере искусственного интеллекта вызывают опасения начала новой волны безработицы, обусловленной расширением автоматизации набора задач за счет ИИ, включая нестандартные когнитивные задачи, и его потенциальным влиянием на все сектора экономики. Кроме того, прогнозируется негативное влияние ИИ на благополучие и самочувствие персонала в контексте рабочей среды, связанное с проникновением ИИ и пугающей неопределенностью места человека. Положительный потенциал ИИ достаточно велик в части дополнения и расширения возможностей человека для повышения производительности, увеличения спроса на труд человека и повышения качества выполняемой работы. Предполагается, что всеобщее внедрение ИИ на производстве приведет к переориентированию рынка труда, что позволит низкоквалифицированным рабочим получить новую работу. С теоретической точки зрения воздействие ИИ на занятость и заработную плату достаточно неоднозначно и сильно зависит от разрабатываемого программного обеспечения ИИ, рыночных условий и политики. Однако имеющиеся данные за последнее десятилетие не подтверждают снижение занятости и заработной платы в профессиях, более всего подверженных воздействию ИИ, так как, несмотря на то, что ИИ становится способным решать нестандартные когнитивные задачи, многие вопросы требуют человеческих решений. Вследствие этого предполагается, что воздействие ИИ на рабочие места, скорее всего, будет осуществляться через реорганизацию задач внутри профессии. При этом необходимо учитывать, что имеет смысл автоматизировать интеллектуальные задачи, удовлетворяющие

минимум двум критериям: во-первых, когда экономически целесообразно заменить человека-оператора на техническую систему; во-вторых, когда возможно подтвердить функциональное соответствие. Вторым критерием означает, что может быть сформирована статистически значимая выборка исходных данных для подтверждения соответствия возможностей ИИ возможностям человека-оператора заданной квалификации.

В заключение хочется отметить, что становление правового регулирования технологий ИИ только начинается, большинство спорных вопросов не разработано в трудах ученых-теоретиков, что предопределяет сложность и многогранность разработки комплексной законодательной регламентации рассматриваемого вопроса. Новая цифровая реальность предъявляет новые требования к правовой науке и юридической практике, касающиеся в том числе разработки эффективных инструментов и моделей правового регулирования различных областей общественной жизни. Задача юристов – придать этой реальности правовую форму. Юридическая наука уже готова предложить правовые решения. Важно, чтобы голос ученых был услышан практиками⁷. Однако основы можно считать заложенными принятием Концепции развития, которая будет служить программным документом, фундаментом, на который будут наслаиваться следующие уровни законодательного и подзаконного регулирования. Несомненно, изучение и заимствование положительного международного опыта и достижений в области цифровых юридических технологий дадут положительный толчок в развитии собственной модели правового обеспечения ИИ России. Рациональная адаптация к российским условиям и повышение эффективности научных исследований с учетом национальных особенностей и высокого потенциала правоведов позволят не только вывести правотворчество на новый качественный уровень, но и снизить нагрузку на аппараты правотворческих и иных органов, задействованных в правотворческом процессе.

⁷ См.: Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1.

Воронежский государственный университет

Черкасова Е. Г., преподаватель кафедры теории и истории государства и права Воронежского государственного университета, ведущий аналитик отдела стратегического аудита Центра эффективности правительства Воронежской области

E-mail: elenacherk_vsu@mail.ru

*Voronezh State University
Cherkasova E. G., Lecturer of the Department of Theory and History of State and Law of Voronezh State University, Leading Analyst of the Strategic Audit Department of the Center for Efficiency of the Government of the Voronezh Region
E-mail: elenacherk_vsu@mail.ru*

ЮБИЛЕИ, КОНФЕРЕНЦИИ, ФОРУМЫ

В ы п у с к 13

Н а у ч н о е и з д а н и е

**ПРАВОВОЙ АКТ:
ИЗ АРХАИКИ В XXI ВЕК**

**Материалы Первой
ежегодной международной
научно-практической конференции
(Воронеж, 30 июня 2021 г.)**

Под редакцией Ю. Н. Старилова, С. Н. Махиной

Корректор *Е. В. Жеребцова*
Компьютерная верстка *К. П. Пенского*

Подписано в печать 29.12.2021. Формат 70×100/16.
Уч.-изд. л. 23,7. Усл. п. л. 24,1. Тираж 100 экз. Заказ 47

Издательский дом ВГУ
394018 Воронеж, пл. Ленина, 10
Отпечатано в типографии Издательского дома ВГУ
394018 Воронеж, ул. Пушкинская, 3