

**Редакционный совет:**

*А.П. Торшин* - заместитель Председателя Совета Федерации РФ, кандидат юридических наук  
*А.Г. Лисицын-Светланов* - директор Института государства и права Российской академии наук, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент РАН  
*В.Н. Викторов* - первый заместитель руководителя Аппарата Совета Федерации, доктор экономических наук, профессор  
*Ю.В. Голик* - доктор юридических наук, профессор  
*В.А. Гамза* - первый вице-президент Ассоциации региональных банков "Россия", председатель совета директоров "Агрохимбанка", кандидат юридических наук, кандидат экономических наук  
*С.Н. Сильвестров* - заместитель директора Института экономики Российской академии наук, доктор экономических наук, профессор  
*А.В. Мещеров* - главный редактор журнала «Экономические науки», доктор экономических наук, профессор

**Ответственный редактор**

кандидат юридических наук, доцент **В.В. Болгова**

Подписной индекс **70180** (Агентство "Роспечать")

Свидетельство о регистрации средства массовой информации ПИ №ФС 77-31419 от 6 марта 2008 г.,  
выдано Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства  
в сфере массовых коммуникаций, связи и охране культурного наследия

Редактор - *Л.И. Гац*

Компьютерная правка и верстка - *О.В. Егорова*

Цена договорная

Учредитель - ООО "Экономические науки"  
(125252, г. Москва, Чапаевский пер., д. 3, оф. 775)

© Экономические науки, 2008

Подписано в печать 04.08.2008 г.  
Формат 60x84/8. Печать офсетная.  
Тираж 1000 экз. Усл. печ. л. 5,81 (6,25).  
Уч.-изд. л. 6,95. Заказ №

Отпечатано в издательстве ООО "24-Принт"

## Научно-информационный журнал

### В НОМЕРЕ:

<b><i>Иванников И.А.</i></b>	
Предмет и методы исследования теории государства и права .....	3
<b><i>Любашиц В.Я.</i></b>	
Традиционное государство - специфическая форма политической организации .....	9
<b><i>Ширяева Р.И.</i></b>	
Причины неудовлетворительного использования государственной собственности .....	16
<b><i>Тарасов А.А.</i></b>	
Антикоррупционная политика и правосудие: проблемы соотношения .....	21
<b><i>Цыганенко С.С.</i></b>	
Процессуальная теория уголовного суда: новые вопросы методологии и генезиса в переходный период .....	26
<b><i>Болгова В.В.</i></b>	
К вопросу о системе принципов публичного права .....	33
<b><i>Кретова Е.А.</i></b>	
Некоторые тенденции развития источников публичного права .....	39
<b><i>Жеребцова Е.Е.</i></b>	
Модели конституционного контроля .....	44

## ПРЕДМЕТ И МЕТОДЫ ИССЛЕДОВАНИЯ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

© 2008 И.А. Иванников

доктор юридических наук, доктор политических наук,  
профессор

Южный федеральный университет, г. Ростов-на-Дону

Даны характеристики теории государства и права как науки, рассмотрены некоторые эволюционные аспекты ее формирования в России, проанализированы проблемы определения ее предмета и методологии.

### 1. Общая характеристика теории государства и права

Любая наука представляет собой форму теоретических знаний, возникающих в результате человеческой деятельности по описанию, объяснению и прогнозированию процессов и явлений, выработке и теоретической систематизации знаний об объективной реальности. Юридические науки составляют часть гуманитарных наук. Теория государства и права является отраслью общественной науки и представляет собой систему обобщенных теоретико-методологических знаний о государственно-правовой действительности, сущности, закономерностях и перспективах развития государства и права. В силу того что теория государства и права является обобщающей и методологической наукой, в ее состав включаются не только знания, полученные ей самой, но и знания о государстве и праве, накопленные другими науками. Следовательно, *теория государства и права - это специальная политико-правовая, мировоззренческая гуманитарная наука, выполняющая обобщающие и методологические функции в системе юридических наук.*

В годы господства в нашей стране государственной идеологии марксизма-ленинизма теория государства и права называлась, соответственно, марксистско-ленинской теоретико-методологической наукой и была направляющей во всем советском правоведении, ее теоретическим центром. В настоящее время марксистско-ленинское учение о государстве и праве - это одна из множества теорий общественного развития.

Учение о государстве и праве возникло очень давно. Основателем общей теории государства и права можно считать древнегреческого мыслителя Платона. В его диалогах "Государство", "Политик" и особенно в "Законах" изложены патриархальная концепция возникновения государства

и права, учение о формах государственного устройства, законодательства, взаимосвязи государства и права и т.д. Дальнейшее развитие теоретических знаний о государстве и праве связано с именами таких мыслителей, как Аристотель, Полибий, Ульпиан, Ф. Аквинский, Н. Макиавелли, Дж. Локк, Т. Гоббс, Ш. Монтескье, Ж.-Ж. Руссо, А. Гамильтон, Д. Остин, И. Кант, Г. Гегель, Е. Дюринг, А. Меркель, М.А. Бакунин, Р. Иеринг, Г. Еллинек, Н.М. Коркунов, С.А. Муромцев, В.И. Ульянов (Ленин), М. Вебер, П.И. Новгородцев, И.А. Ильин, Н.Н. Алексеев, Г. Кельзен, А.А. Зиновьев, Н. Рулан и др.

Однако учебная дисциплина и наука о праве берут свое начало в работе английского юриста Д. Остина "О предмете науки права" (издана в 1832 г.), где выделены общее право и национальное право. Автор указанной работы является основателем аналитической (формальной) школы права, хотя есть точка зрения, что термин "общая теория права" был введен в научный оборот в 20-е гг. XIX в. в немецкой юридической науке (предлагалось заменить философию права общей теорией права).

Во второй половине XIX в. общая теория государства и права начала развиваться в Германии. В 1874 г. А. Меркель выдвинул общую теорию права взамен естественного права, т.е. совокупности исходных ценностей, принципов, прав, вытекающих из естественной природы человека независимо от государства. Он считал, что общая теория государства и права является продолжением всех юридических наук, а материал ее составляет положительное право. А. Меркель называл общую теорию права наукой абстрактной. Этим она отличалась от других юридических наук. Предмет общей теории права в Германии того времени ограничивали кругом основных понятий, изложенных в систематическом поряд-

ке. В XIX в. на юридических факультетах в Германии преподавали энциклопедию права и философию права.

Что касается России, то здесь до 1835 г. на юридических факультетах преподавали философию права. Теория права представляла собой метафизическое учение об абсолютных началах права и опиралась на изучение положительного, исторического материала. В 1835 г., после принятия нового университетского устава, философию права сменили энциклопедией права. Энциклопедия права представляла собой краткий очерк обо всех юридических науках в совокупности.

В России некоторые ученые первоначально отождествляли энциклопедию права и общую теорию права.

В советский период отечественная теория государства и права базировалась на идее неразрывной связи права и государства, их взаимной обусловленности. Им приписывали общие закономерности, а собственные закономерности государства и права отходили на задний план. Взаимосвязь права и государства рассматривали только как причинно-следственную их зависимость. Это означало приоритет государственной власти над правом, социальной справедливости над нравственно-этическими принципами, а в сознании людей представления о праве были как о законе, установленном государственной властью. В конце 1980-х гг., в период "перестройки", ряд теоретиков предприняли попытки рассмотреть отдельно друг от друга теорию права и теорию государства. Они это обосновывали тем, что будто бы идея неразрывной связи государства и права ограничивает предметную область теории государства и права закономерностями, которые являются общими для государства и права, и из-за этого собственные закономерности права, коренящиеся в общественной системе, отошли на задний план, а взаимосвязь между государством и правом трактуется как причинно-следственная зависимость права от государства. Иная точка зрения исходит из того, что неразрывная связь права и государства - это аксиома.

В рамках общей теории государства и права можно всесторонне и глубоко изучать правовые проблемы, сохраняя десятилетиями наработанный материал и традиции. Это тесно связано с традицией в русской юридической науке второй половины XIX - начала XX в., где вопросы государства рассматривались в курсе теории права.

Поэтому общая теория государства и права - это единая наука и учебная дисциплина. Она дает обобщенные знания о государственно-правовых явлениях. Как все правоведение, общая теория государства и права имеет свою структуру. Ранее сторонники единства общей теории государства и права выделяли в ней две относительно автономные части: общую теорию государства и общую теорию права. Ряд авторов склонны были выделять три части, рассматривая отдельно от теории права теорию правосознания, и более. После продолжительных дискуссий было предложено выделять в теории государства и права три составные части: философию права, социологию права и юридическую догматику. В юридическую догматику включают учение о структуре государства и права, их формах, основных юридических категориях, толкованиях, применении права и т.д. И это все при наличии одного предмета исследования.

Надо отметить, что существенный вклад в развитие российской теории государства и права в конце XX - начале XXI в. внесли такие ученые, как С.Н. Бабури (учение о территории государства, теории имперского государства, перспектив государственного устройства России), Д.Н. Бахрах (теория правоотношений), Н.И. Матузов и А.В. Малько (теория правовой политики и правовой жизни), В.П. Малахов (теория правосознания), М.Н. Марченко (источники права), В.С. Нерсесянц (либертарно-юридическая теория права и государства), А.Н. Соколов (теория правового государства), В.М. Сырых (методология права, теория правоотношений и системы норм права) и др.

## **2. Объект и предмет изучения теории государства и права**

Любая научная дисциплина начинается с определения объекта и предмета ее исследования. Под объектом принято понимать то, что противостоит субъекту в его предметно-практической и познавательной деятельности. Это часть объективной реальности, находящаяся во взаимодействии с субъектом познания (индивидуальным или коллективным). Объектом теории государства и права являются такие общественные компоненты, как государство и право, которые в то же время изучаются и другими науками (философией, политологией, социологией и т.д.). Государство, право, правовые и политические отношения, иные явления входят в объект теории государства и

права и составляют основное отличие объекта этой науки от остальных дисциплин обществознания. *Объектом теории государства по сути дела является общество, организованное в государство и регламентированное правом.*

Однако государство и право - объект изучения не только теории государства и права, но и других юридических дисциплин, которые отличаются друг от друга предметом изучения. Каждая социальная наука изучает практику и осуществляет сбор эмпирических фактов применительно к своему предмету исследования.

Предмет - это категория, обозначающая некоторую целостность, выделенную из мира объектов в процессе человеческой деятельности и познания. Исследование есть научная форма познавательной деятельности, в процессе которой производится новое знание. Основными компонентами исследования являются: постановка задачи, предварительный анализ имеющейся информации, условий и методов решения задач данного класса, формулировка исходных гипотез, проверка исходных гипотез на основе полученных фактов, окончательная формулировка новых фактов и законов, получение объяснений и научных предсказаний. Предмет науки - это то, что наука изучает, теоретически осваивает в каком-либо объекте.

В отечественной теории государства и права вопрос о ее предмете исследован достаточно хорошо. В многочисленной литературе отмечается, что теория государства и права изучает объективные закономерности возникновения, развития и функционирования государства и права, а также непосредственно связанных с ними общественных отношений и форм сознания.

Предметом теории государства и права считают также наиболее общие закономерности существования и развития государственно-правовых явлений. Более емким является определение, согласно которому эта наука изучает наиболее общие закономерности возникновения, развития и функционирования государства и права, а также органически связанные с ними и сопутствующие им иные социальные явления и процессы.

Из приведенных определений видно, что большинство авторов считают предметом теории государства и права не только государство и право, но и иные государственно-правовые явления, а также основные общие закономерности возникновения, развития, функционирования и дальнейшей судьбы всей государственно-право-

вой действительности. Подобное абстрактное определение намного практичнее, чем те, в которых перечисляются элементы предмета изучения, так как последних может быть очень много и их количество с развитием науки постоянно увеличивается.

При определении предмета изучения любой науки количественный подход приемлем лишь на начальной стадии ее становления или в процессе описания. Само же определение предмета должно быть более абстрактным. В определении предмета науки должна заключаться вся логика курса.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод: *предметом исследования теории государства и права являются наиболее общие закономерности возникновения, развития, функционирования и прогнозирования государственно-правовых явлений в их взаимодействии и целостности, а также объективные социальные закономерности, определяющие сущность, типы, формы и функции государства и права, их служебная роль в обществе.* Если еще более абстрактно, то *предметом теории государства и права являются наиболее общие закономерности развития общества, организованного в государство и регламентированного правом.*

### 3. Методы исследования теории государства и права

Теоретический анализ государственно-правовых явлений начинается с эмпирического познания политической, законотворческой и правоприменительной практики. В свою очередь, теория и метод органически между собой связаны. В переводе с греческого слово "метод" (*methodos*) означает путь, способ исследования или познания, теорию, учение. Под методом принято понимать способ построения и обоснования системы философского и научного знания, совокупность приемов и операций практического и теоретического освоения действительности. Метод (в той или иной своей форме) сводится также к совокупности определенных правил, способов, норм познания и действия, он есть система предписаний, принципов, требований, которые должны ориентировать в решении конкретной задачи, достижении определенного результата в той или иной сфере деятельности. Правильный метод позволяет экономить силы и время, достигать цели кратчайшим путем, помогает субъекту познания и действия

избегать метода “проб и ошибок”. В научной деятельности метод определяют и как знание, с помощью которого добывается новое знание.

В процессе научного исследования исключительно большое значение имеет выбор “правильной философии” и верного метода. Однако ни один метод, ни одна философия не являются универсальными и не в состоянии все объяснить. “Многообразии видов человеческой деятельности обуславливает многообразный спектр методов, - отмечает Т.П. Матяш, - которые могут быть классифицированы по самым различным основаниям”<sup>1</sup>.

Вся совокупность методов и принципов организации и построения теоретической и практической деятельности составляет систему, которая вместе с учением об этой системе составляет методологию - науку о системе методов. Всю совокупность методов, применяемых в современной теории и практике, распределяют на пять групп:

1. Всеобщие методы.
2. Общенаучные методы.
3. Частнонаучные методы.
4. Междисциплинарные методы.
5. Дисциплинарные методы.

**Всеобщие методы** - это философские, мировоззренческие подходы, выражающие наиболее универсальные принципы мышления, категориальный аппарат науки, распространяющиеся на все области знаний. Среди них можно выделить диалектику, метафизику, феноменологию, герменевтику и др. Всеобщие методы претендуют на универсальность, но в конце XX в. стало ясно, что такого рода претензии не имеют оснований. Например, для марксистско-ленинской философии в качестве философского метода выступает материалистическая диалектика. Основными принципами материалистической диалектики являются: объективность, всесторонность, конкретность (восхождение от абстрактного к конкретному), историзм, противоречие, единство качественной и количественной определенностей, детерминизм, причинность, отрицание и ряд других. Для метафизической философии философским методом является метафизика - антипод диалектики, учение о бытии как таковом независимо от его частных видов и в отвлечении от проблем гносеоло-

гии и логики, метод, отрицающий качественное саморазвитие бытия через противоречия. Метафизика, как и диалектика, никогда не была чем-то раз и навсегда данным, она изменялась, выступала в различных исторических формах (античная, средневековая и т.д.). “Новая метафизика, в отличие от старой, не отвергает ни всеобщую связь явлений, ни их развитие, - пишет В.П. Кохановский, - это было бы абсурдно в эпоху громадных достижений науки и общественной практики. Особенность антидиалектики в новой форме - сосредоточение ее усилий на поисках различных вариантов истолкования, интерпретации развития. Новый метафизик охотно рассуждает об изменении всего сущего, о великой мировой связи всего со всем. Он даже скажет, что все в мире противоречиво и призовет к гибкости понятий, чтобы выразить развитие вещей и т.д. и т.п.”<sup>2</sup>. Основным методом феноменологической философии является феноменологический метод (описательный). Описать право, государство - это означает охарактеризовать, определить их целостность, выделить из ряда других общественных явлений. Основной метод герменевтической философии - герменевтический метод (интерпретации). Основным методом синергетической философии - синергетический метод (саморегуляции) и т.д.

**Общенаучные методы** - это приемы, используемые “в качестве своеобразной промежуточной методологии между философией и фундаментальными теоретико-методологическими положениями специальных наук”<sup>3</sup>. Среди них особую роль играют методы эмпирического исследования: наблюдение, эксперимент, сравнение, описание и измерение. Но не менее важны теоретические и общелогические методы: дедукция, индукция, системный подход, методы анализа, синтеза и др. Дедукция - это переход в познании от общего к частному и единичному, выведение частного и единичного из общего. Индукция - это вид рациональной оценки (интерпретации) фактов, позволяющий предвидеть или предсказывать явления природы и общественной жизни с определенной степенью правдоподобия. Метод систематизации исследует объект не изолированно, а как целостную систему с выявлением его многообразных типов связей. Метод анализа и синтеза - это процесс мыслительного или фактического разложе-

<sup>1</sup> Матяш Т.П. Научное познание и знание // Философия: Учеб. пособие для студентов вузов / Под ред. В.П. Кохановского. Ростов н/Д, 2002. С. 475-476.

<sup>2</sup> Кохановский В.П. Диалектико-материалистический метод. Ростов н/Д, 1992. С. 75.

<sup>3</sup> Матяш Т.П. Указ. соч. С. 478.

ния целого на составные части и воссоединения целого из частей.

**Частнонаучные методы** исследования - это такие методы, которые применяются только в естественных или только в общественных науках вообще и в конкретной науке в частности. Так, при изучении истории используется хронологический метод, психологии - метод тестирования и анкетирования. В юридической науке можно выделить сравнительно-правовой, социально-правовой эксперимент, социально-правовое моделирование и т.д.

В процессе применения сравнительно-правового метода выявляются: типы правовых систем, связь правовых норм и институтов с отраслями права, цели всего народа или политически господствующего класса (нации, расы), получившие отражение в праве, конкретно-исторические условия подготовки и принятия нормативных актов и т.д. Сравнительно-правовой метод расчлняют на синхронический (синхронный) и диахронический (сравнительно-исторический). Сравнительно-правовой метод был широко распространен в русской юридической науке, особенно сравнительно-исторический его вид. С 60-х гг. XIX в. в России все юридические дисциплины преподавались в сравнении. Это требовало от ученых-юристов знания иностранного права. Сравнительный метод применялся и при изучении внутреннего (национального) права, т.е. правовых систем административно-территориальных и национально-территориальных образований Российской империи.

**Дисциплинарные методы** применяются при изучении определенной, конкретной дисциплины, входящей в какую-либо отрасль науки или возникшей на стыке наук. Необходимо выделить методы общей теории государства и права, т.е. пути изучения данной материи. Такими методами во второй половине XX в. Р. Лукич назвал формально-юридический и нормативно-юридический.

Формально-юридический метод (в литературе часто называют догматическим) применяется для познания права как нормативного явления при изучении понятий и служит для установления смысла правовой нормы путем ее толкования. Сербский ученый Р. Лукич отмечал, что "предмет, для исследования которого применяется догматический метод, - это знаки, выражающие соответствующее идейно-понятийное содержание правовой нормы. Стоящая перед ним задача - "извлечь" из знаков их "содержимое", выявить

обозначаемые ими идеи - понятия"<sup>24</sup>. С помощью формально-юридического метода вырабатываются практические рекомендации по дальнейшему развитию и совершенствованию различных форм или источников права, отдельных правовых актов, норм и институтов, по систематизации существующего в стране нормативно-правового материала, по совершенствованию законодательной и правоприменительной техники и т.д.

Нормативно-юридический метод направлен на исследование норм права без анализа содержащихся в них конкретных правил поведения. Этим методом "норма изучается как логическое суждение особого рода: определяется логическая природа нормы, образующие ее элементы, система норм, и, наконец, связи, которые объединяют эти элементы в такую систему"<sup>25</sup>. По мнению Р. Лукича, нормативный метод заключается в интеллектуальной обработке норм, выявлении и выделении их отдельных черт и элементов путем сравнения, анализа и иных логических операций. С помощью нормативного метода изучаются форма правовой нормы и типовые черты норм, а не их конкретное значение, как это имеет место при применении догматического метода. Сравнивая догматический и нормативно-юридический методы, Р. Лукич писал, что "нормативный метод имеет в качестве предмета исследования более широкие явления, чем метод догматический, который занимается мельчайшими единицами права - конкретными значениями отдельных норм. Например, при помощи догматического метода устанавливается, обязан ли и до какого возраста родители содержать своего ребенка. Нормативный же метод лишь определяет, что родители - это определенный вид субъекта права, на который возложены соответствующие обязанности и к которому, в связи с этим, применимы определенные санкции на основании закона, принятого в соответствии с консультацией и т.д."<sup>26</sup>.

**Междисциплинарные методы** применяются при исследовании комплексных, родственных или нескольких научных дисциплин. К их числу можно отнести методы правовой статистики, правовой информатики, юридической кибернетики и других дисциплин.

Однако главенствующими являются всеобщие или философские методы познания. Законы,

<sup>24</sup> Лукич Р. Методология права. М., 1981. С. 143.

<sup>25</sup> Там же. С. 177.

<sup>26</sup> Там же.

понятия и категории философии играют методологическую роль для всех наук. Теория государства и права имеет методологическое значение в системе государствоведения и правоведения.

Существование специально-юридических и дисциплинарных юридических методов исследования государства и права может быть оспорено, некоторыми специалистами в области методологии они отрицаются вообще. Поэтому при изучении общей теории государства и права целесообразно знать и использовать в первую очередь философские методы познания. При этом нужно помнить, что нет единого универсального и исключительного метода изучения права и государства, который бы вытеснил или заменил все остальные.

Однако еще в средневековье полагали, что есть два пути богопознания - катафатический (всемогущий, вездесущий, благой) и апофатический (выше катафатического). Суть апофатического метода заключается в опровержении тезисов оппонентов.

Апофатический метод распространен был в теологии. Он базируется на отрицательных утвер-

ждениях о Боге, как не имеющем атрибутов, не подлежащем определению, поскольку он находится вне бытия и качественности, т.е. это познание через противоположность.

Ф. Бэкон называл указанный метод главным научным инструментом: учения надо строить не на фактах, подтверждающих теорию, а на противоположных, что приведет к поиску истины. Принято считать, что апофатический метод - отрицательный, а катафатический - положительный.

Итак, при изучении общей теории государства и права используется широкий комплекс всеобщих, общенаучных и частнонаучных методов познания государства и права. Каждый из описанных методов в совокупности с другими способствует получению объективного и полного знания о тех или иных закономерностях возникновения, развития и функционирования государственно-правовых явлений.

*Поступила в редакцию 01.07.2008 г.*



## ТРАДИЦИОННОЕ ГОСУДАРСТВО - СПЕЦИФИЧЕСКАЯ ФОРМА ПОЛИТИЧЕСКОЙ ОРГАНИЗАЦИИ

© 2008 В.Я. Любашиц

доктор юридических наук, профессор

Южный федеральный университет, г. Ростов-на-Дону

Рассмотрены некоторые теоретические проблемы определения понятия и признаков государств в ранних стадиях постпервобытного общества, показано значение формирования системы знаний о данном типе государственности для современной теории государства и права.

Формирование государственности у народов мира шло разными путями. Первой страницей в истории постпервобытного общества является длительная эпоха государственности народов, живших в IV тысячелетии до н. э. - I тысячелетии н. э. на территории Северо-Восточной Африки, Передней, Южной и Восточной Азии, в бассейне Средиземного моря. Первые государства возникли на базе рабовладельческих цивилизаций Древнего Востока - в Египте, Месопотамии, Малой Азии, Индии, Китае. Наивысшего развития рабовладельческое государство достигло в античную эпоху - эпоху расцвета рабовладельческой античной государственности на Балканском полуострове, на побережье Малой Азии, островах Эгейского моря и на Апеннинском полуострове (в Древней Греции и Древнем Риме).

Первая государственность на земле, возникшая на Древнем Востоке - в Египте, Вавилоне, - отличается особыми закономерностями, обусловленными спецификой египетской, вавилонской и иных современных им цивилизаций<sup>1</sup>. Возникновение государства на Древнем Востоке характеризуется следующими основными чертами:

- сохранением основных экономических и социальных структур первобытного строя (земельная община и слабое развитие индивидуальной собственности на землю; значительная роль коллективной собственности, в частности коллективной собственности на рабов, которые принадлежали в основном государству, храмам);

- наличием институтов патриархального быта, а в отдельных странах - даже следов матриархата;

<sup>1</sup> См.: История политических и правовых учений. Древний мир / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1985; История политических и правовых учений / Под ред. О.В. Мартышина. М., 2003; *Графский В.Г.* Всеобщая история государства и права зарубежных стран. Т. 1. Древний мир и средние века / Под ред. С.Н. Медведева, С.О. Звонок. М.; Ставрополь, 2003. С. 17-106.

- первобытными формами рабства с сохранением домашнего рабства, где у раба имелась возможность пользоваться и распоряжаться своим имуществом и даже заводить семью.

Таким образом, для первой формы государственности, возникшей, в частности, в рамках египетской цивилизации, характерно появление государства (получившего в литературе название древневосточной деспотии) при отсутствии частной собственности на землю и, соответственно, отсутствии классов в понимании их как групп людей, разнящихся отношением к основным средствам производства. Первые государства на Древнем Востоке были доклассовыми.

В эволюции послепервобытных обществ можно выделить группу первичных и вторичных государств. В благоприятных природно-климатических зонах в результате собственного независимого развития возникали первичные государства.

О "первичных" государствах в Месопотамии, Месоамерике, в Горном Перу пишет, в частности, А.Б. Венгеров: "Поселок (селение), в котором живут свободные общинники-земледельцы и который выделился в религиозный и хозяйственный центр из группы первоначальных селений, постепенно перерастает в административно-хозяйственный и религиозный центр-город-государство. Вместе с прилегающей к нему небольшой сельскохозяйственной местностью он становится городом-государством. Такой город-государство знает уже социальную дифференциацию, имущественное расслоение; разделение труда закрепляется территориально; формируется первоначальный аппарат управления. При этом формируются три центра управления, административного и идеологического лидерства: городская община, дворец и храм, что приводит к созданию разветвленного бюрократического аппарата.

Необходимость учитывать потребность свободных земледельцев-общинников - основной со-

циальной и производительной силы раннеземледельческого общества - в земельных угодьях, в воде, ирригационных сооружениях, определять вклад в общественные работы (строительство каналов, мостов, дорог), создавать и учитывать общественные фонды, поступление дани, налогов, вести учет запасов и многое другое объективно привела к возникновению в первых городах-государствах разветвленных информационных систем, в которых фиксировались самые разнообразные сведения вплоть до данных о каждом члене соответствующей семьи<sup>22</sup>.

Таким образом, либо первичные государства опережали в своем генезисе фундаментальные социальные процессы, а именно: формирование институтов "частной" собственности и классовое образование, либо эти процессы шли параллельно, хотя и в тесной взаимосвязи. "На самых первых, зачаточных этапах своего возникновения первичное государство, - пишет А.Б. Венгеров, - возникало одновременно с разделением общества на ранние классовые структуры - знать, зажиточных горожан, свободных общинников-земледельцев, ремесленников, зависимых лиц. Первичный аппарат складывался, как правило, из социальных структур управления земледельческой общины, но по своим функциям и отношению к общине, к прилегающим селениям он становится уже аппаратом города-государства. Классовая природа первичных государств четко определяется лишь с течением времени, когда расслоение общества и классовое образование приводили к захвату государственного аппарата господствующим классом и приспособлению его к своим интересам и нуждам"<sup>23</sup>.

Вторичные государства возникали рядом с первичными и под влиянием последних заимствовали те или иные институты или структурные принципы. Нередко соседи развитых центров осуществляли захват и распространяли свои структуры на уже существующую общественную стратификацию, создавая "суперстратификационное" общество. Чаще всего это наблюдалось при завоеваниях земледельческих цивилизаций кочевниками-скотоводами.

Другой исторический путь образования государства олицетворяют собой древние Афины и

<sup>22</sup> Венгеров А.Б. Значение археологии и этнографии для юридической науки // Сов. государство и право. 1983. № 3. С. 32.

<sup>23</sup> Там же. См. об этом также: Бутенко А.П. Государство: его вчерашние и сегодняшние трактовки // Государство и право. 1993. № 7. С. 13-17, 19; Мамут Л.С. Государство: полюсы представлений // Обществ. науки и современность. 1996. № 4.

Рим. Для античной государственности характерно становление через последовательное разложение родовой организации власти в ходе перехода от коллективной к частной собственности на землю и орудия производства. Так, на территории Аттики (Греция) до VIII в. до н. э. был первобытнообщинный строй. Племена (филы), населявшие Аттику, управлялись такими органами: племенной вождь (басилевс), совет старейшин, народное собрание. По мере разделения труда, развития денежного хозяйства родовые связи разлагаются. Свободные общинники теряют землю, растет долговая кабала. Увеличивается число рабов, в том числе за счет военнопленных. Родовые органы преобразуются в органы государства: функции басилевса переходят к девяти архонтам (старейшинам), выбираемым ежегодно из знати; племенной совет старейшин заменяется ареопагом, состоявшим из бывших архонтов; народные собрания, хотя и остаются, но теряют свое значение, вместо родовых (этнических) фил вводится территориальное деление; учреждаются новые органы (совет пятисот, коллегия стратегов), избираемые свободным населением вне связи с родовыми отношениями. Аналогичные процессы образования государства (с известной спецификой) шли в Древнем Риме. Как отмечается в литературе, возникновение рабовладельческих античных государств отнюдь не является универсальным путем формирования государственности, а отражает специфическую форму образования государственности, характерную лишь для Древней Греции и Древнего Рима, их уникальных цивилизаций. Более того, предметом острых дискуссий сегодня является вопрос о том, является ли античный полис государством? М. Берент считает, что полис был "безгосударственным обществом". По его мнению, афинский лидер не занимал никаких формальных постов и не имел в своем распоряжении государственного аппарата принуждения<sup>4</sup>. Лишь диктатуру Суллы, правление Помпея, первый триумvirат, правления Цезаря, Августа можно отнести к государству, как считает сторонница данной позиции - отечественная исследовательница Е.М. Штаерман.

Таким образом, эволюция общественной власти в родовой общине в государственную власть не есть одномерная конструкция. Образование

<sup>4</sup> Berent M. The Stateless Polis: the Early State in the Ancient Greek Community. Alternatives of Social Evolution / Ed. by N.N. Kradin, A.V. Korotaev et al. Vladivostok, 2000. P. 229.

государства - многолинейный, многовариантный процесс. Так, пока недостаточно изучен вопрос о специфике происхождения государственности у восточных славян, о закономерностях их государственности. При разложении первобытного общества, как правило, образуется "архаичное государство", основанное на так называемом "азиатском способе производства" (Древний Восток, Африка, Америка, Океания). Как отмечается в литературе, "возможен и другой вариант развития, особенно характерный для Европы: первобытнообщинная формация при своем разложении дает прафеодальную формацию, которая лишь затем переходит в настоящий феодализм"<sup>5</sup>.

Сложность и неоднозначность конкретно-исторических процессов формирования государства обусловила различные точки зрения в науке на объяснение универсальных причин его появления.

Это вполне естественно и понятно, ибо каждая из них отражает или различные взгляды и суждения разных групп, слоев, классов, наций и других социальных общностей на данный процесс, или взгляды и суждения одной и той же социальной общности на различные аспекты данного процесса возникновения и развития государства и права.

На процессы политогенеза оказывают влияние как эндогенные, так и экзогенные факторы. К ним можно отнести: увеличение прибавочного продукта, новые технологии, войны и завоевания, торговлю<sup>6</sup>.

В научной литературе существует два основных подхода к объяснению ранней государственности. Один из них принадлежит Э. Сервису. По "интегративной" версии государство возникает как результат преобразования управленческих структур усложняющегося общества. Здесь уже наличествует сложная экономическая и социальная инфраструктура. В число признаков включаются высокоразвитые и специализированные ремесло и торговля, крупное монументальное строительство, появление городов, письменности и права<sup>7</sup>. Согласно второй - "конфликтной" версии, автором которой является М. Фрид, государство как организация предназначено для ста-

<sup>5</sup> Захаров А. Еще раз о теории формаций // Обществ. науки и современность. 1992. № 2. С. 51.

<sup>6</sup> См.: Любашиц В.Я. Государство и общество: опыт системного анализа // Сев.-Кавказ. юрид. вестн. 2002. № 3.

<sup>7</sup> Service E. Origins of the State and Civilization. N. Y., 1975; Thapar N.R. The State as Empire // The Study of the State / Ed. by H.J.M. Claessen. P. Skalnik. Hague, 1981. P. 409-426.

билизации отношений в сложном стратифицированном обществе. Конфликтное объяснение происхождения государства исходит из отношений эксплуатации, классовой борьбы, войны и межэтнических противоречий<sup>8</sup>. К этой версии примыкают и марксистски ориентированные исследователи. Интересной в данном споре является позиция Н.Н. Крадина. Он, как нам представляется, прав, когда отмечает, что "в реальности и интеграция, и конфликт одновременно присутствуют в природе государства"<sup>9</sup>. Действительно, оно (государство) к важным социальным функциям относит защиту своих жителей от внешних врагов, преступников, осуществляет организационные функции и др. Одновременно политическая власть распоряжается ресурсами и различными благами и создает тем самым статусное неравенство.

Традиционное государство в литературе по-другому еще называют "архаическим", или "ранним". В отечественной научной литературе оно имело название "раннеклассовое общество". В зарубежной политической антропологии разработкой теории раннего государства активно занимался Х.Дж. Классен. Ему и его соавтору П. Скальнику принадлежит классическая работа "Раннее государство" (1978), в которой дается следующая характеристика государства: это - централизованная социополитическая организация для регулирования социальных отношений в сложном стратифицированном обществе, разделенном на два основных страта, или класса, - управителей и управляемых, первые из которых осуществляют политическое господство, а вторые имеют даннические обязанности<sup>10</sup>.

В этой же работе предложена типология ранних государств ("зачаточное", "типичное", "переходное"). Каждому из них соответствует определенная степень зрелости. "Зачаточному" типу государства соответствовало доминирование клановых связей и существование должностных лиц за счет доли редистрибуции; отсутствие правовой кодификации и специальных судебных органов; недостаточное развитие аппарата управления. "Типичному" - сохранение линижда (группы однолинейных родственников) с переходом к внеклановой управляющей подсистеме; появление за-

<sup>8</sup> Fried M. The Evolution of Political Society: an essay in political anthropology. N.Y., 1967.

<sup>9</sup> Крадин Н.Н. Политическая антропология. М., 2001. С. 40.

<sup>10</sup> Claessen H.J.M., Skalnik P. The Early State. Hague, 1978. P. 640.

фиксированного свода законов, специального аппарата судей, специальных чиновников. В “переходном” раннем государстве преобладает уже назначение на должность в аппарате управления, выплачивается жалование чиновникам вместо существовавшей практики “кормления”; имеется судейский аппарат, решающий все вопросы правосудия; функционирует система налогообложения; основные сферы жизнедеятельности контролируются чиновничьим корпусом<sup>11</sup>.

Современные специалисты выделяют различное число критериев, свидетельствующих об отличии государства от предшествующих организаций.

С. Надель использовал три критерия различия: во-первых, территориальную суверенность; во-вторых, централизованный аппарат управления, который обеспечивает защиту закона и поддержание порядка; в-третьих, существование специализированной и привилегированной правящей группы (или класса), отделенной своим статусом и организацией от всего остального населения.

Отечественный исследователь Ю.В. Павленко выделяет две модели ранних государств, которые отличаются друг от друга по выполняемым функциям. Один тип ранних государств был назван точечным, другой территориальным. Точечные государства представляли собой города-государства (древнеегипетские и древнешумерские номовые государства третьей фазы по И.М. Дьяконову). Древнешумерское государство разделялось на два сектора. Первый - крупные хозяйства, которые вышли из-под ведения общинных органов самоуправления и которыми владели храмы и верхушка должностных лиц. Во второй сектор входили земли, принадлежавшие больше семейным общинам во главе с их патриархами. Перераспределение продукта происходило через города, в которых действовала государственная администрация. Обмен как на внутреннем, так и на внешнем рынке осуществлялся как обмен дарами или на основе неэквивалентной “взаимопомощи”, т.е. в виде хозяйственно-редистрибутивной деятельности.

Территориальные ранние государства являлись собой крупную политическую общность, центром которой был город - столица, окруженная экономически независимыми провинциями (удельными княжествами). Прибавочный продукт в них, в отличие от первых, точечных, государств (с их

организационно-экономическими и хозяйственно-редистрибутивными функциями), изымался на основе редистрибутивно-даннической эксплуатации.

При наличии разных подходов в оценке критериев, признаков традиционного государства мало кто из исследователей настаивает на универсальных показателях. Тем не менее традиционно принято выделять три главных признака государственности (включая и ее ранние этапы): территориальное деление, налоги и формирование аппарата власти и управления. Мы проанализируем четыре основных признака в последовательности, несколько отличающейся от привычной.

Выявление признаков государства можно осуществить как путем анализа признаков, в которых проявляется его социальное назначение, особая роль в обществе (функциональные признаки), так и путем характеристики признаков, в которых выражается специфика внутренней организации власти (структурные признаки).

Исторически *первым признаком* складывающегося государства стала замена родоплеменной организации населения территориальной<sup>12</sup>. Последняя была обусловлена принципиально новым характером связи производящего хозяйства, вызванного к жизни неолитической революцией, со своими природными предпосылками, интенсивным развитием обмена и локализацией (в ходе дробления племен и народов) недвижимости, земли и построек как объективных предпосылок общественного производства. По мере того как углублялись имущественные и социальные различия, территория, на которой осуществлялось производство, выступала уже не столько как предпосылка, сколько как место “действия” общественного труда. Это закономерно порождало вытеснение кровнородственных связей, мешающих дальнейшему развитию производительной силы труда, производственно-территориальными связями, вытекающими из общности экономических интересов.

Генезис территориальной организации населения К. Маркс прослеживает по книге Моргана, главным образом на примере Греции и Рима. В отличие от древневосточных цивилизаций, разнообразие природных условий в Средиземноморье способствовало бурному развитию разделения труда, ремесел и обмена. Фокусом политической

<sup>11</sup> Claessen H.J.M., Skalnik P. Cit. op. P. 641.

<sup>12</sup> Бабурин С.Н. Территория государства. Правовые и геополитические проблемы. М., 1997.

жизни здесь стали города, куда стекались и где перемешивались осколки разных родов, племен, этнических групп (народов). Перенесенные в новые условия (опосредованного обобщения и представительной формы выражения общей воли) характерные для родоплеменной общности стереотипы коллективного обсуждения наиболее важных дел породили специфические структуры античной рабовладельческой демократии собственников средств производства. Связанную с этим роль города как эпицентра складывающейся политической жизни, публичной борьбы противоположных интересов (а не только мнений), выработки социальных компромиссов и так далее не упустил из своего поля зрения К. Маркс. Выписывая в конспект мысль Моргана о длительном (около трех столетий) периоде, в течение которого в Древней Греции “совершался переход от родовой организации к политической (гражданской)”, Маркс добавляет в скобках: “Он должен был бы сказать, что термин “политический” употреблен здесь в аристотелевском смысле: политический - городской и политическое животное - горожанин”<sup>13</sup>.

В этой реплике, помимо уточнения, существенного для понимания мысли Моргана, заключена важная мысль: развитие родовой организации в направлении государства, как отмечалось выше, не исчерпывается греко-римским (полисным) вариантом. Очевидно, там, где основой хозяйственной жизни является деревня, а главной социальной ячейкой община (как у кочевых народов), процесс генезиса государства протекает в русле общих закономерностей, но иными, нежели в греко-римском мире, путями.

Смена родовой организации социального управления политической, государством - не одномоментный акт, а постепенный, длительный процесс, полный противоречий и драматизма.

Разделение населения по административно-территориальным единицам и распространение государственной власти по территориальному принципу означает не только возникновение государственной организации, но и начало процесса складывания отдельных стран. Территория, важнейшие параметры которой, в свою очередь, определяются географией и месторасположением, имеет немаловажное значение для исторических судеб и перспектив любого государства или народа. Более того, в древнейший период истории

<sup>13</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 45. С. 326.

человечества, когда природа в буквальном смысле слова продолжала диктовать людям формы жизнеустройства и хозяйственной организации, географический фактор играл определяющую роль в жизни людей и государств.

При этом важно учесть, что география и месторасположение имеют множество аспектов, таких как размеры и масштабы территории конкретного государства, место его расположения, топография, климат, условия для сельскохозяйственного производства, наличие природных ресурсов, доступ к морям и океанам и т.д. Эти аспекты предполагают целый ряд параметров, которые указывают на потенциальные и реальные возможности государства, определяющие его место среди других государств.

Как показывает исторический опыт, сама земля, территория государства составляет тот стратегический ресурс, который по значимости, возможно, превосходит все остальные ресурсы.

По мнению Л. Дюги, “характер государства может и должен признаваться только за коллективностью, располагающей политической властью и обитающей на определенной территории”<sup>14</sup>. Поэтому неудивительно, что само понятие политической власти с самого начала отождествлялось с отправлением власти на определенной территории и с самой этой территорией.

*Второй признак* государства связан с учреждением особой публичной власти, которая непосредственно с интересами населения не совпадает<sup>15</sup>. В родоплеменном сообществе существовала родовая потестарная власть (от лат. potestas - сила, мощь), сущность которой - жестокое принуждение. Она распространялась только на сородичей и осуществлялась по кровнородственному признаку, ей подчинялись только члены рода в силу их личной зависимости от коллектива. Власть же публичная распространяется по территориальному принципу, она подчиняет всех, кто находится на определенной подвластной территории. Эти “все” представляют подвластный народ, население, “публику”, совокупность абстрактных объектов власти (подданных или граждан). Для публичной власти неважно, связаны подвластные кровнородственными или национальными узами или нет. Публичной власти на ее

<sup>14</sup> Дюги Л. Конституционное право. Общая территория государства. М., 1908. С. 129.

<sup>15</sup> Байтин М.И. Государство и политическая власть. Саратов, 1972. С. 177.

территории подчиняются все граждане. Любая власть, в том числе государственная, - особая функция по руководству, управлению и координации волевых действий людей. Проявляясь в них, государственная власть не сводится только к этому. Она есть нечто большее. Государственная власть ведет к установлению таких отношений, в которых она выступает как высший авторитет, добровольно или вынужденно признаваемый всеми членами социального сообщества, сложившегося на данной территории. Властное руководство предполагает, с одной стороны, возможность носителей властных функций определять поведение людей, с другой - необходимость подвластных подчинять свое поведение властному повелению. Подчинение - следствие как убеждения, так и принуждения. Власть, подчеркнем еще раз, - это сила, которая способна подчинять. Утрата данного качества вызывает паралич власти со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Различные установки обуславливают разные причины подчинения подвластных государственной воле. Такое подчинение может быть следствием: применения прямого принуждения или угрозы его применения; вознаграждения или ожидания вознаграждения за подчинение государственной воле; приспособления целей подвластных к государственной воле; отождествления их целей с государственной волей; наконец, привычки. Все эти факторы, разумеется, в действительности сочетаются и переплетаются друг с другом, выступая как система социальных мотивов повиновения государственной воле. Однако это никоим образом не исключает того, что какой-либо из перечисленных факторов в конкретной ситуации приобретает приоритетный характер.

Власть - неотъемлемое свойство человеческого сообщества. Как социальное явление она представляется в виде совершенного и объективного регулятора общественных отношений. Будучи порождена ими, власть в свою очередь выступает в роли инструмента организации общества, утверждения дисциплины и порядка в нем<sup>16</sup>.

Совместная деятельность в любом обществе обусловлена тем, что люди никогда не жили изолированно друг от друга, общение составляет необходимое условие существования людей. Поэтому генезис власти следует искать в самой необходимости человеческого общежития. Имен-

но в таком общежитии возникает психологическая потребность подчинения индивида единой общественной воле, появляется чувство зависимости, состояние подвластности на одной стороне и чувство властолюбия, воля к власти - на другой.

Конечно, явление властности не есть только психологический феномен, оно возникает под влиянием социальных условий жизнедеятельности как общественная функция по руководству трудовым процессом. В самом общем виде власть рассматривается как функция любого организованного коллектива людей по налаживанию их совместной деятельности с помощью особых методов (убеждения или принуждения) для достижения определенных целей. В этом состоит восприятие власти как социальной функции, которая была присуща еще первобытному обществу (общественная власть племени, фратрии, рода, осуществляемая советами старейшин родов и племен, народными собраниями (типа древнегреческой агоры) и т.п.). Такая власть не отделяется от ее источника и носителя, выражает общие интересы и потребности общества и применяется для руководства его общими делами.

Таким образом, в качестве основных признаков власти как таковой (в социальном смысле слова) прежде всего необходимо отметить ее особую общественную функцию. Именно функциональный подход позволяет отграничить наиболее общее понятие власти от иных, частных ее проявлений, характеризующих те или иные формы властной деятельности (власть как отношение господства и подчинения, как властотношения и т.д.). Такой подход обеспечивает выделение власти в относительно самостоятельную сферу, отличную от других видов общественной деятельности. В пределах указанной сферы формируется коллективный носитель власти - стойкая, организационно оформленная общественная структура в лице той или иной ячейки общества (семьи, общественной организации и т.д.), наконец, народа как универсальной общности людей.

С появлением государства власть отчуждается от общества и становится отличительным признаком любого государства, приобретая политический характер. Это значит, что власть как социальная функция преобразуется в политическую власть. Есть различные подходы к пониманию ее природы. Некоторые современные авторы (Р. Даль, П. Кальверт и др.) считают, что она

<sup>16</sup> Любашиц В.Я. Государственная власть: понятие, особенности и виды // Правоведение. 2002. № 6.

предшествует государству и существует в любом коллективе - профсоюзе, клубе, племени, фирме и т.д. Марксистская теория связывает политическую власть с появлением классов и государства. Есть и другие взгляды, но обычно политическую власть связывают с борьбой социальных групп за распределение социальных ценностей в социально-асимметричном обществе (политика как способ перераспределения социальных статусов в обществе).

Поскольку лица, образующие особый аппарат политической власти, управления и суда, не принимают непосредственного участия в производстве материальных благ, они нуждаются в материальных средствах для своего содержания. Эти средства взыскиваются с населения в виде налогов и займов, что является *третьим признаком* государственной организации общества.

Древнее общество не знало этого института, так как не располагало аппаратом управления и прямого принуждения, который, не участвуя в процессе производства, становится в обществе "издвигателем". Привилегии должностных лиц являются средством обеспечения их поведения и деятельности в интересах экономически господствующих социальных групп.

Налоги всегда были главным источником пополнения казны. Под налогами обычно понимаются обязательные платежи, устанавливаемые и взимаемые государством со своих подданных.

И еще несколько слов необходимо сказать о праве как особом регуляторе общественных отношений. Важным *четвертым признаком* государства является выражение воли господствующего класса, социальных групп в нормах права и, таким образом, придание этой воле общеобязательного характера<sup>17</sup>.

На известной весьма ранней ступени общественного развития возникла потребность охватить общим правилом повторяющиеся изо дня в день акты производства, распределения и обмена и позаботиться о том, чтобы отдельный человек подчинялся общим основным требованиям общественной жизни. Эти правила, вначале выражавшиеся в обычаях, постепенно превращались в закон. Правовые обычаи и законы постепенно складывались в систему права. Соблюдение норм

права обеспечивается при необходимости государственным принуждением.

С древнейших времен, с самых первых памятников права (законов, уставов, сборников правовых обычаев и судебных решений, других юридических документов), сквозь вязь противоречивых элементов, когда правовую ткань порой разрывают классовые интересы, политические страсти, а то и своеволие, произвол правителя-законотворца, в нем неизменно проступает исконное (что находит выражение в самом факте введения и поддержания общеобязательных норм, юридических процедур, одинаковых для всего населения решений) - нацеленность на установление единого, стабильного, целесообразного порядка поведения людей, разумное разрешение конфликтов, учет интересов различных лиц, участников данных отношений, защищенность и гарантированность их прав.

Подведем итоги. Традиционное государство можно характеризовать как специфическую форму политической организации, поскольку в ней содержатся все институты, обеспечивающие управление всем обществом и его сохранение, а также имеется монополия на законное обращение к силе и употребление высших санкций, не допускающих апелляции.

Общество ранней государственности определяется как централизованный институт, который уже в состоянии принуждать население к труду и войне (Карнейро), а также имеет монополию на легитимное насилие на территории (Вебер). Государство готово выполнять ключевые функции, связанные с организацией военной силы, по поддержанию легитимности социального порядка.

Основными признаками традиционного государства, которое уже не может быть противопоставлено коренным образом другим, более зрелым историческим формам государства, являются: во-первых, территориальный принцип; во-вторых, публичная власть или особый аппарат управления; в-третьих, налоги и займы; в-четвертых, право как особый регулятор общественных отношений.

*Поступила в редакцию 06.07.2008 г.*

<sup>17</sup> Байтин М.И. Сущность права. Саратов, 2001.

## ПРИЧИНЫ НЕУДОВЛЕТВОРИТЕЛЬНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ

© 2008 Р.И. Ширяева

кандидат экономических наук

Институт экономики Российской академии наук

Рассмотрены основные причины неудовлетворительного использования государственной собственности, среди которых ключевой причиной, общей для всех сегментов государственной собственности, является низкое качество законодательства, регулирующего отношения государственной собственности. Конкретизируются основные упущения законодательства, создающие предпосылки для безнаказанного причинения ущерба государственной собственности.

Состояние использования государственной собственности свидетельствует о наличии в сфере управления ею достаточно большого количества проблемных зон. Уровень управления основными сегментами государственной собственности (бюджетными ресурсами, активами естественных монополий, природными ресурсами и др.) нельзя назвать удовлетворительным, обеспечивающим максимальное использование системных резервов экономического роста, которыми они обладают, для оптимизации условий экономического роста и повышения его качества в масштабах всей экономики. Конкретные причины и формы проявления неудовлетворительного использования потенциала государственной собственности различны для ее разных сегментов, что объясняется их спецификой как объектов собственности и объектов управления<sup>1</sup>.

В то же время конкретные специфические причины низкого уровня использования потенциала государственной собственности являются, на наш взгляд, вторичными, производными от причин более общего характера, генерирующих возможности ненаказуемого пренебрежения необходимостью обеспечения защиты прав государ-

<sup>1</sup> В частности, одной из основных причин недостаточного уровня использования ресурсов роста, связанных с бюджетным процессом, является концентрация усилий его субъектов в основном на распределении финансовых ресурсов, а не на контроле за достижением результатов их расходования бюджетополучателями. Причинами неудовлетворительного состояния управления активами естественных монополий, принадлежащих государству, являются низкая эффективность антимонопольной политики, отсутствие эффективной системы контроля за обоснованностью издержек производства естественных монополий. В сфере природопользования эти причины связаны, в частности, с неупорядоченностью процесса лицензирования предоставления месторождений в пользование структурам добывающей промышленности, отсутствием стимулов развития процессов переработки первичных ресурсов и т.д.

ственной собственности как в процессе законодательства, так и в процессе выбора конкретных направлений экономической политики. К такого рода причинам, на наш взгляд, следует прежде всего отнести устойчивый характер идеологии, противопоставляющей государство и рынок, утверждающей, что государственная собственность, государственный сектор априори экономически несостоятельны, неэффективны. Данная идеология доминировала в начале периода реформирования российской экономики и до сих пор разделяется многими представителями науки и органов власти.

Основным аргументом ее сторонников является утверждение о том, что участие государства в экономике противоречит рыночным основам ее функционирования, а потому следует существенно сократить масштабы государственного сектора, оставив за ним только функции “ночного сторожа”<sup>2</sup>. Практически любая активизация действий государства, направленных на повышение уровня использования потенциала государственной собственности, государственного сектора, на повышение их эффективности воспринимается как ущемление, подавление рыночных отношений и частного сектора. Именно подобным образом нередко воспринимается в последнее время такая мера экономической политики государства, как консолидация государственных активов в реальном секторе экономики - формирование объединенных авиастроительной и судостроительной кор-

<sup>2</sup> Думается, что реализация такого подхода к участию государства в экономике не вписывается в мировые тенденции: сравнение удельного веса государственных расходов в ВВП, по которому принято судить о степени участия государства в экономике, свидетельствует о том, что в странах с развитой рыночной экономикой он значительно выше, чем в России. В 1998 г. доля государственных расходов в ВВП в США составляла 43,8%, в Германии - 49,6%, во Франции - 54,3%, в России - 39%.



пораций и тем более создание ряда государственных корпораций. Подвергаются критике также активизация инвестиционной деятельности государства, предъявление налоговых претензий частному бизнесу, особенно крупному, и т.д.

Большой ущерб российской экономике наносит не само по себе наличие данной теории и идеологии, противопоставляющей государство и рынок, выражающей интересы определенных групп общества, а то обстоятельство, что ее адепты проводят ее в жизнь, воздействуя на экономическую политику государства.

К наиболее существенным проявлениям реализации данной идеологии в экономической политике можно отнести, в первую очередь, отсутствие (начиная с периода массовой приватизации государственной собственности и до последнего времени) концепции формирования и функционирования государственного сектора экономики, стратегии его развития, отсутствие системы специальных законодательно оформленных институтов, регулирующих отношения государственной собственности, обеспечивающих ее эффективную правовую защиту, принципы ее взаимодействия с другими формами собственности, а также систему мер материальной, административной и уголовной ответственности за причинение ущерба собственности государства.

Весомым подтверждением незащищенности государственной собственности является длительное сохранение так называемых “пробелов” в законодательной базе функционирования российской экономики, легализующих нелегитимное присвоение, по сути, нелегитимную приватизацию государственной собственности.

Отметим только некоторые пробелы законодательства, имевшие место на разных этапах постсоветского периода развития российской экономики, оказывавшие ранее или оказывающие до настоящего времени деструктивное воздействие на сохранность и эффективность государственной собственности:

- использование в 1995 г. такой формы приватизации государственной собственности, как залоговые аукционы, в результате чего крупнейшие стратегические объекты государственной собственности (нефтяные компании “ЛУКОЙЛ”, “Сибнефть”, “ЮКОС”, Тюменская нефтяная компания, Горнометаллургический комбинат “Норильский никель” и др.) были проданы в десятки раз дешевле их рыночной стоимости. О масштабах

ущерба, причиненного залоговыми аукционами государственной бюджетной системе, можно судить по разнице между стоимостью приобретения на залоговом аукционе в 1995 г. нефтяной компании “Сибнефть”, составившей 400 млн. долл., и стоимостью ее выкупа государством в 2006 г. за 13 млрд. долл.<sup>3</sup>;

- законодательно оформленная возможность разрушения системы кооперационных связей и крупных промышленных комплексов в процессе приватизации в 1990-х гг., ставшая одной из причин деградации отраслей обрабатывающей промышленности (авиастроение, судостроение, машиностроение), отличавшихся наиболее высоким уровнем специализации и кооперации производства, в том числе предприятий оборонно-промышленного комплекса, основная масса которых осталась в собственности государства;

- существующая до сих пор возможность занижения стоимости приватизируемых объектов государственной собственности, о чем свидетельствуют, в частности, бесконечные махинации с государственными земельными ресурсами, среди которых одной из последних является нашумевшая история с передачей земель за бесценок в долгосрочную аренду в одном из лучших районов Подмосковья;

- продолжительное отсутствие (с начала реформирования российской экономики и до сих пор) необходимого регулирования процесса трансфертного ценообразования, широко используемого многими структурами крупного бизнеса в качестве способа сокрытия доходов и уклонения от налогообложения. Один из последних примеров - деятельность компании “Мечел”, у которой цены реализации продукции оффшорной структурой за рубежом в 4 раза превышали цены реализации на территории России. Налоги с разницы между внутрифирменными ценами и ценами внешнего рынка не уплачивались, и большая часть дохода компании выводилась из-под налогообложения;

- создание в середине 1990-х гг. (1993-1994) федеральными законами и законодательными актами субъектов Федерации внутренних оффшорных зон на территории России (Ингушетия, Калмыкия, Бурятия и др.), существовавших до

<sup>3</sup> Следует отметить, что данная форма приватизации, утвержденная Указом Президента РФ, противоречила основному законодательному акту, регулировавшему в тот период процесс приватизации в России, - Программе приватизации государственной и муниципальной собственности, не предусматривавшей такого способа приватизации.

1999 г. Льготными налоговыми режимами этих зон пользовались в основном крупные российские компании для уклонения от налогообложения. По минимальным оценкам из-за внутренних офшоров бюджет потерял 150-180 млрд. руб.;

- существующая до сих пор (из-за недостатков антимонопольного законодательства) возможность установления практически монопольных цен на услуги естественных монополий (в том числе и госмонополий), темпы роста которых намного обгоняют темпы роста инфляции, снижая тем самым жизненный уровень населения и подавляя экономический рост в отраслях обрабатывающей промышленности;

- отсутствие с начала приватизации и до настоящего времени системы учета, контроля и правовой охраны интеллектуальной государственной собственности, приватизировавшейся бесплатно не только российскими, но и иностранными инвесторами; отсутствие в настоящее время должного учета нематериальных активов на балансах федеральных государственных унитарных предприятий, которым невыгодно ставить их на учет из-за необходимости в этом случае начислять амортизацию и тем самым повышать издержки производства. В результате и сейчас имеет место, по сути, бесплатная передача их новым собственникам в случае приватизации;

- хронически неудовлетворительное на протяжении всего периода экономических реформ качество законодательной базы, регулирующей процесс управления федеральными целевыми программами. До сих пор отсутствуют стандарты их финансирования, тщательная регламентация всех стадий процесса управления их реализацией, качественная методика определения их эффективности. Между тем суммарная стоимость всех программ составляет 500 млрд. руб. в год<sup>4</sup>. По итогам 2007 г. Министерство экономического развития и торговли признало полностью неэффективными 5 программ из 46<sup>5</sup>. С 2009 г. правительством приняты к реализации 11 новых программ. При этом шесть из них не имеют даже концепции<sup>6</sup>;

- затянувшееся на долгие годы блокирование принятия закона "О коррупции", замещение подлинной борьбы с коррупцией отдельными разрозненными акциями, имеющими характер вре-

менных кампаний. Это один из наиболее существенных пробелов российского законодательства, генерирующих криминализацию российской экономики<sup>7</sup>. Только в настоящее время наметились некоторые сдвиги в разработке мер по борьбе с коррупцией, нашедшие свое отражение, прежде всего, в утвержденном в июле 2008 г. указом Президента РФ Национальном плане противодействия коррупции, предусматривающем системный подход к ее искоренению;

- отсутствие эффективной системы государственного контроля за использованием государственной собственности и действенной системы ответственности (материальной, административной и уголовной) представителей органов власти за причинение ущерба государственной собственности, предусматривающей санкции за причинение такого ущерба, адекватные его масштабу; неразвитость, формальный характер вневедомственного и общественного контроля.

Каждое только из перечисленных умышленных или неумышленных упущений российского законодательства является источником, фактором снижения, причем существенного, эффективности государственной собственности. Из оставшихся "за кадром", не менее хрестоматийных пробелов законодательства нельзя не отметить такие, как отсутствие до последнего времени запретительных пошлин на экспорт необработанной древесины, способствующее истреблению российских лесов; возможность использования недопустимых методов эксплуатации месторождений полезных ископаемых; мизерные штрафы за загрязнение окружающей среды и т.д.

Такова институциональная среда, в которой функционирует государственная собственность. Иначе как агрессивной ее назвать нельзя, поскольку, как мы видим, на законодательном уровне перманентно создаются условия и возможности нарушения прав государственной собственности, условия ее нелегитимного перераспределения в групповых интересах, а следовательно, условия подавления общенациональных интересов. Масштабы и характер только перечислен-

<sup>7</sup> Закона о борьбе с коррупцией в России нет до сих пор, несмотря на то что в еще в 2006 г. государство ратифицировало две базовые международные конвенции по борьбе с коррупцией: 17 февраля 2006 г. - Конвенцию ООН против коррупции, а 8 июля 2006 г. - Конвенцию Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию. До сих пор многие обязательные требования данных документов так и остались невыполненными.

<sup>4</sup> Коммерсантъ. 2007. 28 сент.

<sup>5</sup> Коммерсантъ. 2008. 14 марта.

<sup>6</sup> Российская газета. 2008. 22 янв.

ных пробелов в законодательной базе, в той или иной мере регулирующей отношения государственной собственности, свидетельствуют, во-первых, о том, что они блокируют (практически в течение всего постсоветского периода) процесс ее эффективного использования, во-вторых, о неудовлетворительном институциональном обеспечении процесса ее реализации.

Пренебрежение необходимостью своевременной коррекции ущербных законодательных норм с целью заполнения образовавшегося институционального “вакуума”, необходимостью введения правовых норм, исключающих возможность реализации частных интересов за счет государственной собственности, привело к заполнению данного “вакуума” неформальными, альтернативными институтами, к теневой институционализации коррупционных отношений, создающей возможность ненаказуемого, нелегитимного перераспределения государственной собственности через механизмы приватизации, трансфертного ценообразования, оффшорных зон, лицензирования, государственных закупок и т.д.

Индифферентность органов власти, уполномоченных Конституцией РФ управлять государственной собственностью в интересах общества, к устранению всех препятствующих этому пробелов в законодательстве, к использованию лежащих на поверхности, бросающихся всем в глаза, постоянно упоминающихся в прессе возможностей и резервов повышения эффективности функционирования госсобственности, повышения качества управления ею трудно объяснить объективными причинами. Чрезмерная длительность периода сохранения и консервации этих пробелов дает основание для вывода об отсутствии у представителей законодательной и исполнительной власти, определяющих на законодательном уровне стандарты и институты государственного регулирования, интереса к их ликвидации, а также о заинтересованности определенных крупных бизнес-групп, обладающих возможностью лоббирования своих интересов через коррумпированную часть бюрократического аппарата, в сохранении просчетов российского законодательства.

Их сохранение не только создает возможность реализации групповых интересов за счет государственной собственности в ущерб интересам общества, но и дает повод использовать факт недостаточной эффективности государственной собственности для ее дискредитации, списывая

фактически умышленное причинение ущерба государству на якобы ее “врожденную” неэффективность. Истинные причины неэффективности при этом игнорируются, а именно тот факт, что данная неэффективность по своей природе - следствие коррупции, формирующей деструктивные мотивации у склонных к ней маргинальных представителей различных ветвей власти, благодаря которым и сохраняются столь долгое время просчеты законодательства.

Нельзя не отметить, что ущерб, причиняемый неудовлетворительным качеством правовых норм, регулирующих отношения государственной собственности, далеко не исчерпывается лишь существенным снижением эффективности ее функционирования. Не меньший, а, возможно, больший вред сохранение просчетов законодательства, создающего предпосылки для расширения масштабов коррупции, причиняет рыночным отношениям, поскольку в таких условиях конкурентная борьба за доступ к административному ресурсу, позволяющему увеличивать капитализацию бизнеса за счет перераспределения государственной собственности, вытесняет, замещает конкуренцию за максимизацию прибыли посредством снижения издержек производства и инвестиционной активности. Это означает, что длительная консервация коррупциогенных законодательных норм, регулирующих отношения государственной собственности, деформирует рыночные отношения и препятствует тем самым реализации потенциала не только государственной собственности, но и собственности частной.

Источником некорректного, произвольного отношения определенной части представителей органов власти к формированию российского законодательства является монополизация законодательства и управления органами законодательной и исполнительной власти. Их монопольное положение в структуре управления государственной собственностью, с одной стороны, имеет объективные причины, связанные с основным “провалом” государственной собственности - с невозможностью непосредственного участия ее собственника (общества) в управлении, с неизбежностью по этой причине экстремальной формы его отчуждения от процесса управления. С другой стороны, существует причина, носящая не объективный, а субъективный характер, - отсутствие у органов власти, имеющих статус субъектов государственной собственности и обладаю-

щих полномочиями собственника, не только естественных мотиваций к ее эффективному использованию, характерных для субъектов частной собственности, но и, как показывает практика, мотиваций, которые для субъектов государственной собственности должны формироваться системой норм правового принуждения к ее сохранению и эффективному использованию, а также системой контроля, как государственного (ведомственного и вневедомственного), так и общественного<sup>8</sup>.

О нерешенности проблем правового принуждения бюрократического аппарата к соблюдению прав государственной собственности свидетельствует, в частности, отсутствие в Федеральном законе "О системе государственной службы", принятом в 2005 г. и регламентирующем деятельность государственных служащих, регламентации процедур принятия решений государственными чиновниками всех уровней власти относительно распоряжения государственной собственностью. Отсутствие в законодательной базе, регулирующей деятельность государственного аппарата, эффективных, действенных норм его принуждения к сохранению и эффективному использованию государственной собственности, - еще один пробел законодательства, по отношению к которому остальные недостатки законодательной базы, используемые для реализации групповых интересов за счет интересов государственных, являют-

ся производными. Именно благодаря наличию данного пробела и могут возникать и сохраняться другие упущения законодательства.

Таким образом, характер и природа практически всех причин неудовлетворительного состояния дел и неэффективности процесса использования государственной собственности в России свидетельствуют о том, что российское законодательство (в части, затрагивающей отношения государственной собственности) сохраняет за органами власти, имеющими отношение к распоряжению государственной собственностью, неоправданно большой объем "избыточных" прав собственности. Это права по распоряжению государственной собственностью, процедуры которых недостаточно регламентированы на законодательном уровне или вообще не регламентированы, что существенно сокращает возможности контроля за характером их использования.

В самом общем виде основную причину неудовлетворительного использования потенциала государственной собственности можно определить как острый дефицит эффективных институтов регулирования процесса ее использования, институтов, подчиняющих этот процесс реализации не групповых, а общенациональных интересов и исключающих возможность допущения различного рода "провалов" в законодательстве, создающих благоприятные условия для причинения ущерба государственной собственности.

*Поступила в редакцию 03.07.2008 г.*

---

<sup>8</sup> Принуждение к соблюдению прав собственности - ключевое условие эффективности любой формы собственности. Применительно к субъектам частной собственности - это контрактное право, законодательные нормы, регулирующие контрактные отношения, обязывающие их участников к соблюдению условий контрактов и устанавливающие жесткую ответственность за их нарушение.

## АНТИКОРРУПЦИОННАЯ ПОЛИТИКА И ПРАВОСУДИЕ: ПРОБЛЕМЫ СООТНОШЕНИЯ

© 2008 А.А.Тарасов

доктор юридических наук, профессор  
Самарский государственный университет

Проанализированы некоторые проблемы соотношения общих направлений антикоррупционной политики в государстве, определенных Национальным планом противодействия коррупции, и положений действующего законодательства, регламентирующих отправление правосудия; сформулированы предложения по преодолению коллизий в данной сфере.

Весной-осенью 2008 г. по личной инициативе Президента России вновь актуализирована законопроектная деятельность по формированию отечественного антикоррупционного законодательства. Это событие, в свою очередь, придает особую актуальность научному анализу как самих концептуальных основ антикоррупционной политики современного российского государства, так и проблем их адекватного воплощения в действующем законодательстве. К числу последних по праву относятся антикоррупционные аспекты реформирования отечественной судебной системы, а также проблемы участия самих судов в реализации государственных антикоррупционных мер.

Обозначим грани указанной проблематики, представляющие наибольший научный и практический интерес:

- 1) определение роли судов в осуществлении антикоррупционной политики государства;
- 2) определение законодательных и организационных мер противодействия “внутренней” коррупции в судебной системе;
- 3) обеспечение адекватного и пригодного для реализации нормативно-правового воплощения первого и второго.

Все обозначенные здесь проблемы основной свой смысл приобретают в силу того, что для России практически на всех этапах ее истории был характерен особый эмоционально-ажиотажный фон, традиционно сопровождавший разработку и реализацию любых масштабных социально-экономических и политических проектов. Сказанное можно принимать лишь как данность, без положительной или отрицательной оценки, причем не только в сам период реализации проектов, но нередко - и многим позднее. Общенациональное единение - неременное условие самоидентификации народа, и народу России сегодня это, бесспорно, необходимо. Однако слепое увлечение

любой, даже самой благородной идеей, превалирование эмоционального восприятия этой идеи над рациональным, как не раз показывала российская история, не только не приносит ожидаемых позитивных результатов, но и дискредитирует саму идею, людей, ее воплощающих, отбрасывает страну в решении ее проблем в лучшем случае на исходные позиции, в худшем - далеко назад.

Проблема оценки роли судов в реализации антикоррупционной политики возникает в связи с тем, что в некоторых, ранее разрабатывавшихся законопроектах предлагалось возложить на суды осуществление деятельности, противоречащей конституционному статусу судебной власти. В 2001 г. на рассмотрение в Государственную Думу Федерального Собрания РФ был представлен проект Федерального закона “Основы антикоррупционной политики”, который, как известно, не принят до сих пор ни под этим, ни под другим названием. Согласно ч. 2 ст. 7 данного законопроекта, “в систему субъектов антикоррупционной политики входят органы, уполномоченные... осуществлять правосудие по делам о коррупционных правонарушениях и применять законные меры разрешения конфликтов, связанных с такими правонарушениями”<sup>1</sup>. Поскольку правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом и авторы названного законопроекта изменить это положение ч. 1 ст. 118 Конституции не предложили, суды были включены ими в число субъектов антикоррупционной политики. При внешней редакционной нейтральности, такое предложение нельзя не расценить как крайне реакционное. Политическая задача суда как органа самостоятельной, судебной, власти, отделенной от властей законодательной и исполнительной (ст. 10 Конституции), - стоять вне какой-либо политики, разрешая соци-

<sup>1</sup> Федеральный закон “Основы антикоррупционной политики”: Проект // Уголовное право. 2001. № 1. С. 92.

альные конфликты в правовой сфере, в том числе конфликт между органами уголовного преследования, отнесенными к власти исполнительной, реализующими антикоррупционную (равно как и иную антикриминальную) политику от имени государства, и стороной защиты, имеющей равные со стороной обвинения процессуальные права и правовые возможности для опровержения выдвинутого обвинения.

В названном законопроекте, сам факт появления которого нельзя не приветствовать, была предпринята первая попытка ввести в научный оборот и в законотворческую практику новое для отечественной правовой мысли понятие - "антикоррупционные стандарты" (гл. 5 законопроекта), в том числе "антикоррупционные стандарты в сфере судебной и правоохранительной деятельности" (ст. 29). И этот факт также нельзя не оценить положительно: "внутренняя" коррупция в правоохранительных органах и в судах, о которой в последние годы кто только не говорит<sup>2</sup>, действительно, способна свести на нет любые антикоррупционные усилия государства во всех иных социальных сферах.

Определения антикоррупционных стандартов в названном законопроекте не давалось, однако по смыслу самого законопроекта, по общей логике формирования правовых систем<sup>3</sup> их можно определить как некий набор официально зафиксирован-

<sup>2</sup> Коррупция в правоохранительных органах и в судебной системе в последние годы является объектом пристального внимания представителей разных сфер научного знания: политологии (см.: Коновалов И.Н., Петров М.П. Социологические методы исследования коррупции // Правовая политика и правовая жизнь. Саратов; М., 2004. № 4 (17). С. 31-39), экономической теории и философии (см.: Черненко А.К. Философия права. Новосибирск, 1998. С. 130); разных отраслей юридической науки - общей теории права (см.: Баранов В.М. Теневое право: Монография. Н. Новгород, 2002. С.71, 73 и др.; Малько А.В. Цели и наиболее эффективные юридические средства современной российской антикоррупционной политики // Правовая политика и правовая жизнь. Саратов; М., 2004. № 4 (17). С. 39-44), истории права и государства (см.: Демичев А.А. Институт присяжных заседателей в России: проблемы становления и развития: Монография. Н. Новгород, 2003. С. 257), теории уголовного права и криминологии (см.: Безверхов А.Г., Малков В.П. Антикоррупционная политика: современное состояние и тенденции // Юрид. аналит. журн. 2004. № 2-3 (10-11). С. 14), криминалистики (см.: Карагодин В.Н. Выявление фактов коррупции в правоохранительных органах // Учен. зап. / Кубан. гос. ун-т. Вып. 1. Краснодар, 2002. С. 202-207).

<sup>3</sup> Такой логике подчинена, например, реализация международно-правовых стандартов по защите прав человека и основных свобод.

ных правил, которым должны соответствовать все принимаемые в государстве нормативно-правовые акты и вся практика реализации правовых норм во всех сферах общественной жизни. Эта весьма достойная идея как раз и должна была получить адекватное отражение как в собственно антикоррупционном законодательстве, так и во всех принимаемых и реализуемых законах.

Рассмотрим подробнее предложения авторов законопроекта. Его ст. 29 гласит: "В целях предупреждения коррупции в сферах производства по гражданским, арбитражным, административным и уголовным делам, осуществления правоохранительной деятельности, в том числе связанной с предупреждением и пресечением правонарушений, привлечением к ответственности лиц, виновных в совершении правонарушений, а также с возмещением вреда, причиненного правонарушениями, федеральным законодательством устанавливаются (терминология, орфография и оформление оригинала сохранены. - А. Т.):

1) гарантии на:

- независимость судебных органов от органов исполнительной власти и органов местного самоуправления;

- финансирование судебной и правоохранительной систем, в том числе оплаты труда работников суда и правоохранительных органов не ниже уровня финансирования, в том числе оплаты труда, сопоставимых категорий лиц, заменяющих государственные должности, должности государственной и муниципальной службы в иных государственных и муниципальных органах и их учреждениях;

- опубликование в официальных печатных средствах массовой информации сведений о кандидатах в судьи в объеме и порядке, предусмотренном для кандидатов в депутаты Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации;

2) ограничения на:

- закрытое и (или) единоличное рассмотрение, в том числе судом, дел о правонарушениях;

- произвольное толкование судом и правоохранительным органом или их должностными лицами применяемых законов и иных нормативных актов;

- внесудебный порядок назначения мер ответственности за правонарушения;

3) запреты на:

- незаконное вмешательство в судебную и правоохранительную деятельность;

- рассмотрение дел о правонарушениях судьями или должностными лицами, прямо или косвенно заинтересованными в исходе таких дел;

- рассмотрение дел о преступлениях, перечисленных в ст. 14 настоящего Федерального закона (так называемые “коррупционные преступления”. - А.Т.), должностным лицом правоохранительного органа, в котором служит или полномочия которого непосредственно исполняет обвиняемый”<sup>4</sup>.

Большинство приведенных выше авторских проектов нормативных предписаний, с уголовно-процессуальной точки зрения, например, не выдерживают критики: они либо имеют вид деклараций (о запрете на “произвольное толкование...” или на “незаконное вмешательство...”), либо дублируют уже действующие законоположения, причем в худших, чем сами эти положения, вариантах (о независимости “судебных органов” (а не “судов”, как по ч. 1 ст. 8 УПК РФ, что принципиально с точки зрения осуществления правосудия только судом), о “прямой или косвенной заинтересованности” в исходе дела (а не “личной прямой или косвенной заинтересованности”, как по ч. 2 ст. 61 УПК РФ)). Вместе с тем уголовно-процессуальный анализ этих положений позволяет обнаружить, что антикоррупционные стандарты в судебной и правоохранительной сферах должны быть одной из ведущих детерминант нормативной регламентации уголовно-процессуальной деятельности.

Такой антикоррупционный стандарт, как ограничение на “неприкосновенность судей, совершивших коррупционные правонарушения”, выглядит не просто некорректным, а еще более реакционным, чем рассмотренное выше положение о субъектах антикоррупционной политики. Его реализация в уголовно-процессуальном законе была бы равнозначна ликвидации в стране независимой судебной власти как таковой. Авторы законопроекта не учли, что считать судью-взяточника (как и любого другого гражданина) “совершившим коррупционное правонарушение” можно лишь после вступления в законную силу соответствующего приговора суда. Решать же вопрос о судебской неприкосновенности приходится задолго до этого: как правило, в момент возбуждения уголовного дела в отношении судьи либо - самое позднее -

в момент привлечения его в качестве обвиняемого. Весь антикоррупционный пафос законопроекта в данном случае пропадает при попытке перевести разговор в уголовно-процессуальное русло. Более того, буквальная реализация названного положения чревата уничтожением той самой судебской независимости, в гарантиях которой авторы этого же законопроекта видят другой антикоррупционный стандарт.

В то же время, критикуя данные предложения, нельзя не задаться другим вопросом: а можно ли вообще уличить судью-взяточника в совершении этого преступления при существующем порядке возбуждения уголовного дела в отношении судьи и задержания его (в том числе “с личным”)? Проанализируем соответствующие положения действующего УПК РФ.

Согласно ст. 449 УПК РФ, судья, задержанный по подозрению в совершении преступления в порядке, установленном ст. 91 УПК РФ, должен быть освобожден немедленно после установления его личности “за исключением случаев задержания на месте преступления”. То есть формальных препятствий для задержания судьи, застигнутого в момент получения предмета взятки или непосредственно после этого, законом не предусмотрено, хотя по поводу любых других оснований задержания (п. 2, 3 ч. 1 и 2 ст. 91 УПК) существует жесткий нормативный запрет, охраняющий судебскую независимость. Однако попытка проследить дальнейшую “уголовно-процессуальную судьбу” такого “задержания с личным” приводит к противоположным выводам. Задержание в уголовно-процессуальном смысле допускается только по возбужденному уголовному делу и считается законным только в том случае, если в срок не более 3 ч после доставления подозреваемого в орган дознания, в орган дознания или к следователю будет составлен протокол задержания (ч. 1 ст. 92 УПК РФ). Иными словами, в течение 3 ч необходимо решить вопрос о возбуждении уголовного дела в отношении фактически задержанного судьи. Очевидно, что сделать это с соблюдением положений п. 4 и 5 ч. 1 ст. 448 УПК РФ о возбуждении дела Председателем следственного комитета при Генеральной прокуратуре РФ на основании заключения коллегии судей соответствующего суда невозможно не только в течение 3 ч, но и 3 дней или даже недель. Но самое главное - захочет ли кто-нибудь из правоохранителей, обязанных в силу закона бороться с коррупцией в правосудии, выявлять здесь случаи взяточничества или вымогательства взяток, будучи поставленными

<sup>4</sup> Федеральный закон... С. 93.

в такие законодательные рамки? Гораздо проще оставить все как есть.

Судейская неприкосновенность в данных случаях из абсолютно необходимой гарантии правосудия превращается в непреодолимое препятствие для ограничения коррупции в нем. Не видеть в этом проблемы было бы неразумным: абсолютно необходимые уголовно-процессуальные гарантии судебской независимости, а именно особый порядок возбуждения уголовного дела в отношении судьи, его задержания и привлечения в качестве обвиняемого, как правило, становятся непреодолимым препятствием для доказания коррупционных действий самих судей.

Указанная проблема, не получившая должного освещения в уголовно-процессуальной литературе, привлекла внимание исследователей других отраслей юридической науки. Так, специалист в области теории права и государства профессор А.В. Малько называет это “завышенным” иммунитетом судей<sup>5</sup> и выход из данной действительно непростой ситуации и “эффективное юридическое средство в борьбе с коррупцией” видит в ограничении иммунитета для судей и даже в “ограничении презумпции невиновности” для этих случаев<sup>6</sup>. Можно ли считать такой выход оптимальным? Едва ли, поскольку именно презумпция невиновности утвердилась как незыблемый принцип уголовного процесса во всех демократически развитых государствах, обеспокоенных проблемой коррупции не меньше, чем современная Россия, и добившихся в борьбе с коррупцией неизмеримо больших успехов. Презумпция невиновности, связанная с требованием несомненной доказанности вины любого преступника, в том числе обвиняемого в совершении коррупционных преступлений, - это один из самых важных антикоррупционных стандартов. Именно презумпция невиновности обеспечивает “меткость” уголовной репрессии, обязывая принимать только законные, обоснованные и мотивированные властные решения по ее реализации. “Слепая” и безответственная борьба с коррупцией, скорее всего, более опасна, чем сама коррупция, поскольку жертвой этой борьбы всегда может оказаться невиновный, тогда как виновный останется безнаказанным и вдохновленным на воспроизводство коррупционных действий. Более того, отказ от презумпции невиновности, принесший России огромные бедствия в первые годы советской власти и в эпоху сталинских репрессий, способен вновь породить волну доноительства и сведения личных

<sup>5</sup> Малько А.В. Цели и наиболее эффективные юридические средства современной российской антикоррупционной политики // Правовая политика и правовая жизнь. Саратов; М., 2004. № 4 (17). С. 43.

<sup>6</sup> Там же.

счетов с помощью правоохранительных органов. Есть реальная опасность не только клеветнических демаршей извне, в том числе со стороны тех, кто с помощью подкупа судьи пытался решить собственные проблемы, да не смог, но и внутри самой судебной системы - со стороны тех недобросовестных судей или иных судебных работников, которые по старинной российской методике “держи вора!” будут стремиться обезопасить себя в собственных коррупционных намерениях. Последнее - тоже “надежный” путь к ликвидации судебной власти.

В связи со сказанным рассмотрим положения Национального плана противодействия коррупции № Пр-1568, утвержденного Президентом РФ 31 июля 2008 г., прямо касающиеся правосудия и судей. Меры, предусмотренные в названном документе, в большинстве случаев не предполагают вторжения в сферу правового регулирования самого отправления правосудия, что выгодно отличает Национальный план от того, что было рассмотрено выше. Такая оценка касается имеющихся “программных” формулировок, которые в случае адекватного нормативно-правового выражения способны дать положительный эффект. Среди антикоррупционных мероприятий есть и такие, которые уже в программном своем звучании несут потенциальные риски для судебной системы. Рассмотрим те и другие:

“1. Подготовка и внесение в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона “О противодействии коррупции”, предусматривающего, в частности: <...>

б) меры по профилактике коррупции, включающие в себя:

- специальные требования к лицам, претендующим на замещение должностей судей: <...>

- обеспечение справедливой и равной для всех доступности правосудия и повышение оперативности рассмотрения дел в судах;

- развитие процедур досудебного и внесудебного разрешения споров, прежде всего между гражданами и государственными органами”.

Однако среди названных мер указано и следующее: “возложение на государственных и муниципальных служащих обязанности уведомлять о ставших им известными в связи с выполнением своих должностных обязанностей случаях коррупционных или иных правонарушений, а также привлечение к дисциплинарной и иной ответственности за невыполнение данной обязанности”. Судьи здесь, в отличие от других положений Национального плана, прямо не названы, но государственными служащими категории “А” они являются в соответствии со ст. 1 Федерального закона “Об основах государственной служ-



бы Российской Федерации” № 119-3 от 31 июля 1995 г. В какой степени сказанное коснется судей? На пользу ли корпорации носителей судебной власти поощрение внутри нее сбора негативной информации о работе коллег, да еще и под угрозой дисциплинарной ответственности?

Однако вернемся к тексту Национального плана:

“2. Подготовка и внесение в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проектов законов о внесении в законодательные акты Российской Федерации изменений в целях: <...>

б) уточнения требований к судьям, лицам, претендующим на замещение должностей судей: <...>

и) обеспечения прав граждан и организаций на информацию о судебной деятельности судов общей юрисдикции”.

И то и другое представляется абсолютно необходимым. А в связи с необходимостью внутреннего кадрового контроля в самой судебной системе принципиальных возражений не вызывает и пункт “ж” того же перечня о “создании возможности осуществления оперативно-розыскных мероприятий по запросу представителя нанимателя (руководителя) или должностного лица, обладающего такими полномочиями, для проверки достоверности представленных лицами, претендующими на замещение должностей судей, судьями... сведений о доходах, имуществе и обязательствах имущественного характера с соблюдением гарантий, предусмотренных законодательными актами Российской Федерации”.

Среди “мер по совершенствованию государственного управления в целях предупреждения коррупции” (разд. II) в Национальном плане указано следующее:

“2. Реализация системы мер, направленных на совершенствование функционирования государственного аппарата и включающих в себя: <...>

б) реализацию прав граждан на получение достоверной информации, повышение независимости средств массовой информации; <...>

ж) выработку оптимальной системы взаимодействия институтов гражданского общества и средств массовой информации с государственными органами, исключающей возможность неправомерного вмешательства в деятельность государственных служащих”.

Здесь также прямо не говорится о судебной системе и судьях, но спорить о необходимости такого совершенствования взаимодействия разных институтов правового государства и гражданского общества бессмысленно.

Далее в третьем пункте этого же раздела сказано:

“3. Рассмотрение вопроса о целесообразности создания в составе кадровых служб федеральных государственных органов (кроме федеральных органов исполнительной власти, в которых предусмотрены военная служба и иные специальные виды службы) подразделений по профилактике коррупционных и иных правонарушений с возложением на них следующих функций: <...>

б) обеспечение деятельности комиссий по разрешению конфликта интересов;

в) принятие мер по предотвращению конфликта интересов, в том числе после ухода государственного служащего с государственной службы: <...>

е) проведение служебных расследований случаев коррупционных проявлений”.

Вопрос, над которым надлежит задуматься в первую очередь при реализации процитированных положений: касаются ли они судебной системы и судейского сообщества? В них ведь, как известно, есть квалификационные коллегии, на которые хотя прямо и не возложено реализации антикоррупционных мер, но общий смысл их деятельности предполагает и выявление случаев недобросовестной служебной деятельности судей. Уголовно-процессуальным законом определены также и правила “взаимодействия с правоохранительными органами” (п. “ж” того же раздела) квалификационных коллегий судей соответствующего уровня при производстве соответствующих процессуальных действий (разд. XVII УПК РФ). Едва ли в отношении системы правосудия речь должна идти о чем-то дополнительном к уже имеющемуся.

Есть заслуживающие внимания положения и среди “Мер по повышению профессионального уровня юридических кадров и правовому просвещению” (разд. III):

“1. Для повышения профессионального уровня юридических кадров требуется: <...>

ж) законодательное закрепление правила, в соответствии с которым судья федерального суда, впервые назначенный на должность, обязан проходить профессиональную подготовку”.

Общая позиция государства по противодействию коррупции в судебной и правоохранительных системах на настоящем этапе выглядит достаточно взвешенной и заслуживающей реализации. Сейчас главным видится профессионально спокойный перевод всех рассмотренных и иных положений Национального плана на язык конкретных нормативных предписаний и широкое общественное обсуждение того, что получилось.

## ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ТЕОРИЯ УГОЛОВНОГО СУДА: НОВЫЕ ВОПРОСЫ МЕТОДОЛОГИИ И ГЕНЕЗИСА В ПЕРЕХОДНЫЙ ПЕРИОД

© 2008 С.С. Цыганенко

доктор юридических наук, профессор

Южный федеральный университет, г. Ростов-на-Дону

Обоснована необходимость формирования новой парадигмы уголовного процесса и теории уголовно-процессуального права, предполагающей сохранение процессуальных форм, апробированных практикой, расширение и углубление мер контроля и противодействия преступности с параллельной разработкой четких законодательных гарантий по соблюдению фундаментальных прав человека.

В современный период возрастает количество явлений, требующих учета их переходного качества. В науке это качество обозначается как трансгрессия<sup>1</sup> (основное значение этого слова - "переход"), т.е. закономерный переход от одного круга категорий и их значений к другому.

Прежде всего, следует в целом отметить феномен, выражающий или означающий замену (переход) одной парадигмы в уголовном судопроизводстве на другую и соответствующее этому отражение происшедших изменений в процессуальной теории.

Трансгрессионность прочно вошла в общее направление развития общественной мысли XX в. Достаточно сделать ссылку на известное произведение немецкого автора, название которого в русском переводе звучит как "Закат Европы".

В т. 1 "Образ и действительность" исследователь приходит к выводу, что "современность есть переходная стадия, определенно наступающая при известных условиях, что таким образом вполне достоверно существуют и более поздние условия по сравнению с теперешними, что они уже неоднократно повторялись в протекшей истории, и что, следовательно, будущее не есть безграничное движение вверх и вперед по линии наших идеалов, тонущее в фантастически необъятном времени, но строго ограниченный в отношении формы и деятельности и неизбежно предопределенный частный феномен истории, который можно на основании имеющихся примеров обозреть и определить в его существенных чертах"<sup>2</sup>.

Впрочем и без ссылок на О. Шпенглера и его культурно-морфологический метод можно утвер-

ждать, что трансгрессивность многих общественных явлений - очевидный по своему роду факт и, следовательно, в современной жизни обладает далеко не побочным и преходящим действием. Да и как иначе. Ведь, по сути, очередная модернизация государственно-правовых институтов, происходящая в России с середины 1980-х гг. до конца XX в., в смысле общей логики развития представляет собой не что иное, как сложный и противоречивый переход от парадигмы каузальной и темпоральной энтропии общественной системы отношений к другой - синергетически обновленной с последующим ее прояснением и концептуальным обоснованием.

Сообразно этому, и в сфере уголовного судопроизводства по сравнению с предшествующим периодом произошел скачок - общий генезис активировался из ранее принятой в доктрине и реализуемой в законодательстве парадигмы социалистического типа уголовного процесса (неотъемлемо связанного с концептуальной сущностью советского государства и права) в публично-состязательный порядок производства по уголовному делу.

Конкретизирующим указанный переход положением можно считать официального рода утверждение, приведенное во вступительной статье комментария к Уголовно-процессуальному кодексу (УПК) Российской Федерации (под редакцией Д.Н. Козака и Е.Б. Мизулиной): "Последний УПК РСФСР появился в период "хрущевской оттепели" и для своего времени, 60-х гг. прошлого века, он был достаточно прогрессивным, ибо усиливал гарантии прав личности в сфере уголовного судопроизводства. Однако принципиально изменить существующую практику он не мог, так как предназначался для "борьбы с преступностью", а не для защиты личности от любых форм произвола.

<sup>1</sup> От лат. *transgressio* - переход.

<sup>2</sup> Шпенглер О. Закат Европы. Т. 1. Образ и действительность. Новосибирск, 1993. С. 79.

И хотя в него за всю историю его существования было внесено более 400 поправок, он так и остался внутренне противоречивым, декларативным и крайне идеологизированным законом, по которому личность по-прежнему оставалась бесправной. Новый УПК построен на идеологии верховенства права, безусловного приоритета таких незыблемых общечеловеческих ценностей, как свобода и личная неприкосновенность, независимый, беспристрастный суд, презумпция невиновности, состязательность и равноправие сторон, соразмерность применения мер процессуального принуждения. Это основные конституционные принципы, которые призван реализовать новый УПК.

При подготовке нового УПК нами руководило стремление создать такую систему уголовного правосудия, в которой суд с уважением относится к личности и ее правам, потому что только при этом условии в российском обществе может быть воспитано уважение к праву и преданность закону, без которых невозможно становление свободной демократической России<sup>3</sup>.

Таким образом, принятие УПК РФ 2001 г. означало, по сути, смену эпох в истории уголовного процессуального права и уголовного процесса.

Ранее, на протяжении почти всего XX в., воплощенная в советской государственности ничем не ограниченная воля к власти сформировала и воплотила близкий ей по духу государственно-официальный механизм наказания, тот, в котором процессуальные формы сливались в одно целое с принуждением с уже самого начала - с момента возбуждения уголовного дела.

Публичное обвинение было сущностью производства уголовных дел. В данном смысле социалистический тип уголовного процесса имел действительно оригинальные черты, ибо презюмировал абсолютную истину виновности, протекающую из признания всеобщего и равного для всех состояния уголовной деликтности. Поэтому был признан очевидным тот факт, что какая-либо трансформация социалистического типа уголовного процесса путем его либеральной инвентаризации в принципе не представляется возможной.

Особую степень важности, таким образом, приобрела необходимость судебной реформы.

Следовательно, содержание трансгрессии в сфере уголовного судопроизводства связано с

процессом исторической смены порядка осуществления судом и другими официальными органами односторонне-властного принуждения, или, как еще его называют, репрессивного типа уголовного процесса, на более гуманный и справедливый порядок деятельности правоохранительных и судебных органов по уголовному делу.

Несомненно также и то, что важную роль будет играть выяснение качества правовых идей, генерирующих движущие силы трансгрессии. Чтобы более точно уяснить этот вопрос, изначально следует определить, имелось ли ранее в доктрине уголовного процесса сходное по сущности теоретическое обоснование новой природы уголовного судопроизводства и его общих задач.

Как свидетельствует история науки уголовного процесса, уже во второй половине XIX в. в России среди правоведов сложилось несколько концептуальных направлений.

Первой по значению и роли признается теория, получившая название нормативной теории уголовного процесса.

Развивая ее положения, ряд отечественных юристов XIX в. считали, что под уголовным процессом прежде всего следует подразумевать тот путь, через который осуществляется уголовное законодательство страны. Соответственно, цель процесса - назначение справедливого наказания. Сторонниками этой теории в том или ином виде являлись такие известные русские юристы, как профессор И. Я. Фойницкий, профессор В. К. Случевский, судебный деятель А. Ф. Кони, и многие другие.

Так, И. Я. Фойницкий указывал: «Правила уголовно-правовые и уголовно-процессуальные составляют как бы одно целое, две стороны или две части одного и того же понятия: часть материальную, имеющую своим предметом определить содержание карательной власти, и часть формальную, задача которой сводится к установлению путей осуществления ее<sup>4</sup>».

Таким образом, уголовный процесс определяется, прежде всего, как форма, в которой осуществляется материальное уголовное право. Соответственно этому, уголовный процесс - надлежащая юридическая форма, в рамках которой устанавливается наличие или отсутствие фактических и юридических оснований для наступле-

<sup>3</sup> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. Д. Н. Козак, Е. Б. Мизулина. М., 2001. С. 46.

<sup>4</sup> Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. СПб., 1996. С. 4 (по изд. 1910 г.).

ния уголовной ответственности за совершение преступления.

Следующая теория - это теория юридического отношения (по сути, судебной формы). Считается, что наиболее яркое выражение она получила среди отечественных правоведов у профессора Н.Н. Розина, который излагал ее главную суть следующим образом: "Стороны и суд являются субъектами процессуально-правового отношения. Они связаны между собой взаимными правами и обязанностями"<sup>5</sup>.

Направленная изначально против рудиментов инквизиционной формы уголовного процесса, указанная теория считает: правоотношение построено на признании того, что суд располагает правами и обязанностями, которым противопоставляются права и обязанности сторон. Такой процесс исключает одностороннее господство официально-властного отношения, привлечение и использование участников лишь как средства в целях достижения общих задач уголовного преследования.

Указанный взгляд получил значительное распространение среди процессуалистов. Так, видный ученый-юрист советского периода - профессор М.С. Строгович определял уголовный процесс прежде всего как установленный законами порядок отношений суда, прокуратуры и органов следствия с гражданами в связи с расследованием и разрешением уголовных дел.

И наконец, третье течение в теории уголовного процесса получило название "этико-социальное". Оно наиболее последовательно развивалось в трудах известных юристов П.И. Люблинского и И.В. Михайловского. Вот несколько ключевых доктринальных положений. Прежде всего, авторы, исходя из теории правового государства, полагали, что "идея суда стоит обособленно от государства. Суд есть явление, связанное только с правом. Он стоит вне государства, а порою и над ним".

В соответствии с этим и другими общественно-политическими обстоятельствами "суд, под влиянием идей индивидуализма, постепенно проникается задачами служения не только государственному началу, но и правам личности. Он становится на страже этих прав даже против самой государственной власти. Суд - это барьер, созданный в интересах личной свободы и безопасности... Суд - крепкая охрана права. Под охраной ее

<sup>5</sup> Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство. СПб., 1916. С. 8.

каждый спокойно развивает личную, общественную и политическую деятельность"<sup>6</sup>. Сторонники данной теории, таким образом, считали, что уголовный процесс в основном и главным есть система гарантий личности от произвола, в том числе и государства. По мнению И.В. Михайловского, "задачей суда является вовсе не борьба с преступностью и не поддержание интересов власти. Единственной задачей суда (уголовного) должно быть признано разрешение спора между государством, предъявляющим обвинение и доказывающим существование в каждом данном случае своего карательного права, и личностью"<sup>7</sup>.

Сравнение показывает, что идеи судебной реформы в области уголовного суда представляют в настоящее время развитие идей этико-социальной школы уголовного процесса, которая сформировалась еще в конце XIX в. и тогда же имела наибольшую актуальность. Эффект восприятия ее идей в современных условиях во многом связан с особенностями общественно-политических преобразований в России на этапе постсоветского развития.

И здесь хотелось бы в рамках предлагаемой гипотезы указать на то, что для идей этико-социальной концепции имеются определенные рамки, когда они выполняют преобразовательную роль (в основном, это фаза преобразования основ общественного устройства). В связи с чем такое утверждение? Дело в том, что в качестве методологической и общетеоретической основы этико-социальной концепции выступает так называемая теория согласия, которая широко известна в интерпретациях теории общественного договора, солидарности, а также различных позитивистских учений правоведения. Таким образом, как цели, так и средства уголовной юстиции, согласно этой теории, предназначались для защиты моральных и социальных ценностей большинства членов общества.

Если верить выводам теории согласия, то система уголовного права является суммой норм, установленных общим согласием граждан и необходимых для поддержания в государстве правового порядка. Само государство в лице своих представителей также подчинено действию правовых норм, как и любой гражданин. Это - правовое государство. В случае нарушения граждани-

<sup>6</sup> Цит. по: Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. СПб., 1995. С. 823.

<sup>7</sup> Там же.

ном какого-либо уголовно-правового запрета государство должно в качестве одного из субъектов процесса (обвинителя) доказать перед независимым и подчиненным только праву судом наличие правонарушения и виновность гражданина (обвиняемого) для того, чтобы он был подвергнут судом законному и справедливому наказанию. При этом идея независимости суда от государства подкрепляется правовым институтом присяжных заседателей, которые решают вопрос о доказанности факта преступления и о виновности подсудимого<sup>8</sup>.

Суд присяжных последовательно рассматривался правоведами как наиболее совершенная форма уголовного суда (по крайней мере, для дел о преступлениях средней тяжести и тяжких преступлениях), ибо посредством него осуществлялся двойной контроль за правильностью разрешения вопроса о виновности подсудимого через порядок раздельного принятия процессуальных решений - вердикта присяжных и приговора коронного судьи.

Но в настоящее время даже на своей исторической родине, в Англии, с участием присяжных рассматривается лишь 4-5% всех уголовных дел, и это количество еще более будет сокращено, на что указывают действия правительственных органов.

На Европейском континенте суд присяжных, по сути, превратился в особенный порядок для отдельных категорий уголовных дел. Применяется он лишь в ряде стран в виде так называемой континентальной модели суда присяжных (это, как правило, сокращенный состав жюри). Несмотря на то что масштабы действия законодательства о суде присяжных в России на основе УПК РФ 2001 г. наиболее значительны за все время его функционирования, ситуация во многом является общей. Количество рассматриваемых в год уголовных дел в количестве от 500 до 600 более чем красноречиво ее подчеркивает.

Если говорить наиболее обобщенно, ход событий показывает, что современный мир становится все более напряженным, непредсказуемым и потому опасным. И моделью согласия этот ход событий уже не представляется возможным правильно объяснить.

Разумеется, указанные процессы заметны и в области уголовного процесса. Начиная со второй половины XX в. он стремительно превращается в технологию властно-принудительного воз-

действия, приобретает все более ярко выраженные прагматические черты.

Все это не может не привести к мысли, что положение о роли суда как прежде всего органа правовой защиты интересов личности приобретает более номиналистский, чем реалистичный характер.

Следовательно, с позиции трансгрессии переходный этап развития уголовного процесса продолжается. И возможно, что оно вступает в иную фазу. Какую? На это пытаются ответить новейшие теории. Исходным для многих из них будет то, что в обществе закон и правопорядок формирует борьба за власть. Поэтому модели консенсуса скорее идеальны, чем реальны. По данной причине все большую популярность приобретает альтернативный подход, опирающийся на идеи постмодернизма и модели конфликтов. Для всех них характерны три общих постулата: 1) относительность определений преступности; 2) ведущая роль контроля над крупными общественными институтами для поддержания интересов; 3) определение закона (законодательства и правопорядка) как инструмента принудительного воздействия<sup>9</sup>.

Теория конфликта утверждает, что ни одно действие или человек не являются внутренне моральными или аморальными, преступными или законопослушными. Считается, что если действие или человек признаются преступными, тому есть какая-то скрытая причина, поскольку подобное определение служит чьим-то интересам внутри общества. Когда эти определения связаны с интересами, соответственно, изменение интересов должно неминуемо приводить и к смене определений. Таким образом, каждое определение действия как аморального, девиантного или преступного должно рассматриваться как относительное и всегда может подвергнуться переоценке.

Сторонники теории конфликта утверждают, что в обществе потенциально могут быть использованы три способа поддержания и защиты интересов: сила, компромисс и доминирование общественных институтов. В настоящее время признается в качестве наиболее эффективного механизма обретения или удержания власти использование и доминирование таких общественных институтов, как закон, религия, образование, правительство, экономика и наука. Контроль над обществен-

<sup>9</sup> Положения теории конфликта излагаются по работе: *Sheley J.F. Criminology // A Contemporary Handbook. Third ed. Wadsworth, 2000.*

<sup>8</sup> *Чельцов-Бebutov M.A. Указ. соч. С. 611.*

ными институтами означает контроль над мировоззрением широких слоев общества, и особенно в отношении всего, что затрагивает интересы властных групп, а также самой власти. Контроль над институтами права позволяет властным группам создать правовую поддержку собственных интересов путем объявления незаконными того поведения и тех убеждений, которые по своим целям и последствиям несут им угрозу.

Сторонники теории согласия рассматривают закон как общественный институт, выражающий общие социальные ценности и контролируемый большинством. Приверженцы теории конфликта, напротив, придерживаются мнения, что закон является инструментом контроля, или, как они еще говорят, "оружием социального конфликта". Тот, кто устанавливает закон, обладает властью. Люди, устанавливающие закон, борются за его незыблемость. Тот, кто желает контролировать закон, борется за него. Важно, с этой точки зрения, то, что закон не только направлен на устранение конфликтов, он сам стимулирует возникновение новых разногласий в силу того, что является ресурсом, который выигрывают одни и теряют другие.

Если закон - это инструмент, которым заинтересованные лица стремятся обладать и который хотят использовать для усиления собственного положения в обществе, а уголовное право запрещает определенные действия, то преступность сторонниками теории конфликта определяется как действия, воспринимаемые находящимися у власти людьми представляющими прямую или косвенную угрозу их интересам.

Сторонники теории конфликта отмечают, что современное определение преступного гораздо меньше связано с общепринятыми представлениями о том, что хорошо, а что плохо, и гораздо сильнее зависит от того, что воспринимается как угроза людьми, обладающими достаточной властью, чтобы законодательно защитить свои интересы.

Сторонники плюралистических теорий конфликта утверждают, что правовой процесс контролирует не одна, а несколько общественных групп с различными конфликтующими интересами. Влияя на принятие решения по какому-то юридическому вопросу, каждая из этих сил стремится добиться чего-то своего. Причиной конфликта становятся не только экономические интересы, но и статусные соображения, моральные и идеологические установки. Ведущая роль в формирова-

нии общественных конфликтов принадлежит общественным группам с различными интересами.

Плюралисты рассматривают общество как социальное образование, состоящее из групп, осознающих собственные интересы, и групп, их не осознающих. Первые в разной степени организованы для того, чтобы поддерживать свои интересы, вторые - нет. Организованные группы различаются по своей влиятельности, и тем не менее ни одна из них не пользуется полной свободой для продвижения своих интересов. Властные взаимоотношения и, соответственно, иерархия заинтересованных групп в системе частных отношений постоянно изменяются, поскольку изменяется степень осведомленности групп о собственных интересах и их организационные возможности. Традиционные властные структуры постоянно подвергаются угрозе со стороны новых организаций, образованных группами, осознавшими свои интересы. Все заинтересованные группы нуждаются в поддержке других властных групп, расположенных выше и ниже их в иерархии власти. Более того, ни одна организация не может допустить возникновения прямой оппозиции со стороны неорганизованных групп. Неспособность умиротворения последних может привести к их постоянной неудовлетворенности. Это, в свою очередь, провоцирует осознание собственных интересов и, как следствие, возникновение угрозы существующему положению.

Однако картины процесса конфликта полностью не понять без следующей характерной черты. Как утверждают многие плюралисты, среди заинтересованных групп существуют группы (или организации), являющиеся частью государства. Законодатели при обсуждении законопроекта преследуют так называемые карьерные интересы. Принятие законов для проведения их в жизнь требует также создания органов охраны правопорядка (судов, прокуратуры, полиции и т.д.). Будучи сформированными, органы правопорядка сами становятся заинтересованными группами. Попытки других групп исключить находящуюся под их контролем деятельность из числа уголовно наказуемых деяний ставит существование органов правопорядка под угрозу. А попытки правоохранительных органов расширить сферу своего влияния и спектр процессуальных сил, необходимых для выполнения своих функций, напротив, укрепляют их позиции.

Что же вытекает из указанных положений? Если предположить, что данная теория реализуется в государственной жизни, то методы и средства правовой охраны, включая уголовно-процессуальные, в реальной действительности во многом избираются с точки зрения их специального назначения и ожидаемого результата (прежде всего, защиты господствующего в данном сообществе интереса стоящих у власти групп).

С этой позиции, отвечая на вопрос о положении суда присяжных, отметим, что в тех исторических условиях, когда он использовался для реальной защиты новых интересов общественных групп, в нем была существенная заинтересованность. Так, по сути, из средневековой формы предварительного расследования (ассизы) в Англии суд присяжных в ходе борьбы за власть стал общим видом (порядком) судебного разбирательства (то же самое происходило и во Франции в период судебной реформы XVIII в.). Однако в современных условиях он не представляет такого интереса для господствующих элит. Отсюда повсеместное распространение бесприсяжных форм процесса.

Осознанно или нет, но отзвук идей и положений теории конфликта содержится и в новых институтах на базе УПК РФ 2001 г. Как известно, с 1992 г. и вплоть до его принятия в уголовном процессе происходило расширение круга дел, которые могли быть рассмотрены судьей единолично. Тенденция расширения была направлена на увеличение верхней границы максимального по тяжести наказания, назначаемого за преступления, дела о которых законодательством были отнесены к подсудности единоличного состава суда. Если первоначально эта граница соответствовала 2 годам лишения свободы, то с согласия обвиняемого также могли быть рассмотрены судьей единолично и дела о преступлениях, наказуемых до 5 лет лишения свободы. В УПК РФ согласно изначальной редакции п. 1 ч. 2 ст. 30 в отношении судьи федерального суда общей юрисдикции максимальный предел ограничивался 10 годами лишения свободы, что уже вдвое превосходило предшествующий уровень.

Тем не менее в мае 2002 г. указание на верхний предел назначения максимального наказания в виде лишения свободы из ст. 30 УПК РФ было исключено.

На практике это положение привело к тому, что по сути общий порядок судебного производ-

ства по уголовным делам осуществляется в единоличной форме, т.е. у нас наступила полная профессионализация уголовного судопроизводства.

Указанное положение по своему значению выходит за рамки обеспечения оперативности судопроизводства, представляет собой одно из проявлений упрощения судебных гарантий.

Но наиболее ярко плоды данной концепции воплощены в гл. 40 УПК РФ «Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением».

Во-первых, был проигнорирован и европейский, и отечественный опыт сокращенных и ускоренных форм уголовного процесса. Кстати, в той же Франции до сих пор существует, например, досудебный порядок производства - протокольная форма начала уголовного преследования, напоминающая тот порядок, который был предусмотрен в УПК РСФСР (ст. 414-415). Однако у нас он был объявлен одиозным и долгое время с ним усиленно боролись многие юристы-теоретики.

Во-вторых, при наличии минимального опыта применения рассматриваемой концепции, когда сведены к минимуму судебные гарантии установления материальной истины по этим делам, с 2003 г. ее диапазон применения расширен - в отношении дел о преступлениях, наказуемых не свыше 10 лет лишения свободы, т.е. уже в отношении тяжких преступлений.

Кроме того, разд. X УПК РФ до сих пор изобилует крупными погрешностями текстуального и смыслового плана, что в принципе недопустимо для закона такого уровня.

Практика назначения наказания показывает, что 70% дел заканчиваются назначением наказания, самое тяжкое из которых - лишение свободы условно. Получается, согласился с обвинением - обязательно будет снисхождение. И это при том, что данный порядок уже применяется по делам о тяжких преступлениях.

И наконец, без надлежащей защиты остались права потерпевших.

Но в большей степени поразительно то, что действительно востребованный жизнью сокращенный порядок деятельности мирового судьи, присущий ему изначально по сути мировой юстиции, как это определил Устав уголовного судопроизводства 1864 г., не был предусмотрен новым законодательством. Получается все с точностью до наоборот. По делам о преступлениях небольшой тяжести, рассматриваемых мировым судье-

ей, без ходатайства обвиняемого об особом порядке - форма общая, по сути полная и без каких-либо изъятий, в отличие от той, в которой федеральный судья будет рассматривать уголовное дело о преступлениях средней тяжести и о тяжком преступлении в случае применения положений гл. 40 УПК РФ.

В связи с этим парадигма уголовного процесса и, соответственно, выражающая ее теория должны быть скорректированы таким образом, чтобы защищать разумные и действенные процессуальные формы, апробированные практикой, чтобы в условиях демократического общества, когда растущая и меняющаяся преступность предполагает расширение и углубление мер контроля и противодействия ей, они сочетались с парал-

лельной разработкой четких законодательных гарантий по соблюдению фундаментальных прав человека. И здесь особенно важно подчеркнуть роль института правосудия по уголовным делам. Ведь известная юридическая максима гласит: "Justitia est fundamentum regnum" (правосудие - это основа государства и общества). У 9-го конгресса ООН о предупреждении преступности и уголовном правосудии, проходившего в середине 90-х гг. XX в., был девиз: "Меньше преступности, больше правосудия". В свете сказанного можно предложить новый вариант девиза - новую парадигму для уголовной юстиции: "Сдержанность, сохранив правосудие".

*Поступила в редакцию 02.07.2008 г.*



## К ВОПРОСУ О СИСТЕМЕ ПРИНЦИПОВ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

© 2008 В.В. Болгова

кандидат юридических наук, доцент

Самарский государственный экономический университет

Рассмотрены некоторые проблемы применения методологии системного подхода к изучению принципов публичного права, намечены перспективные направления исследования данных проблем.

Вопрос о системных связях между принципами права достаточно активно разрабатывается в отечественной теории. Сама формулировка “система принципов” стала общеупотребимой.

Сегодня можно найти и различные определения самой системы принципов, и различные оценки ее внутреннего строения. Так, по мнению М.П. Давыдова, под системой принципов понимается, прежде всего, их совокупность и порядок расположения<sup>1</sup>. Другие авторы исходят из принципа эмерджентности при оценке систем и не сводят их лишь к набору элементов. Они полагают, что принципы объединяются на основе интеграции, порождающей возникновение нового качества<sup>2</sup>. При объединении принципов в систему возникает новое образование, в котором его составные элементы, находясь в постоянном взаимодействии, передают друг другу часть своих свойств, создавая взаимообусловленную, целостную основу для нормального регулирования всех правоотношений.

По мнению Т.Н. Добровольской, объединение объектов в систему должно осуществляться при соблюдении таких условий, как связанность общностью целей, отсутствие противоречий внутри отдельных элементов и между ними, несводимость содержания какого-либо одного элемента к содержанию другого<sup>3</sup>.

Н.М. Вагина определяет систему принципов права как интегрированные в структурно упорядоченное единство основополагающие идеи, обладающие относительной самостоятельностью, стабильностью, автономностью функционирования и возможностью взаимодействия с другими

элементами внутри системы и иными правовыми системами в целях наиболее полного урегулирования общественных отношений<sup>4</sup>.

Практическим следствием применения системного подхода к теории принципов права становятся выводы о том, что признание взаимосвязи принципов “не означает того, что содержание одного принципа полностью сводится к содержанию другого”, а также, что “качественная определенность каждого из них - одно из условий системности принципов”<sup>5</sup>.

Именно отсюда и проистекают бесконечные попытки выстроить некую иерархию принципов, объявить какой-либо из них наиболее значимым, центральным, системообразующим. Так, традиционной для позитивизма является оценка принципа законности как основного для материального и процессуального права<sup>6</sup>. По мнению П.П. Осипова, “законность является правовой оболочкой, которая характеризует всю систему принципов существования юридической ответственности со стороны ее формы”<sup>7</sup>. В рамках либертарной теории права приоритетная роль отдается принципу равенства<sup>8</sup>. Сторонники теории естественного права называют основным принцип справедливости<sup>9</sup>. В.К. Бабаев считает, что краеугольными камнями права являются справедливость и свобода. В системе других принципов они занимают особое место, ибо являются определяющими<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Вагина Н.М. Принципы публичного права. Самара, 2005. С. 270.

<sup>5</sup> Стецовский Ю.И., Ларин А.М. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М., 1988. С. 42.

<sup>6</sup> См., например: Арбитражный процесс / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2003. С. 35.

<sup>7</sup> Осипов П.П. Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций. Л., 1976. С. 74.

<sup>8</sup> См., например: Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1998. С. 200.

<sup>9</sup> См., например: Лившиц Р.З. Теория права. М., 1995. С. 35.

<sup>10</sup> Общая теория права: Курс лекций. Н. Новгород, 1993. С. 111, 128.

<sup>1</sup> Давыдов М.П. Принципы советского уголовного процесса. Свердловск, 1957. С. 4.

<sup>2</sup> См.: Якуб М.Л. О принципах советского уголовного процесса // Соц. законность. 1951. № 8. С. 34; Цыпкин А.Л. Система принципов советского уголовного процесса // Науч. тр. Сарат. юрид. ин-та. 1957. Вып. 1. С. 145; Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса. М., 1971. С. 34.

<sup>3</sup> Добровольская Т.Н. Указ. соч. С. 33.

Р.Л. Иванов пишет: “Раз право - это сложная система разноуровневых компонентов, находящихся не только в координационных, но и субординационных отношениях между собой, то ему присущи и относительно самостоятельные уровни закономерностей, характеризующие тот или иной структурный уровень: закономерности права как целостной системы; закономерности ее отдельных подсистем; закономерности взаимодействия между этими подсистемами. Различный “удельный вес” указанных закономерностей отражается и в соответствующей иерархии принципов”<sup>11</sup>. По поводу этого высказывания хотелось бы сказать несколько слов. Совершенно очевидно, что автор исходит из представлений о праве, согласно которым оно есть иерархия норм. Но принципы - не нормы, поэтому иерархические зависимости между предписаниями в связях между принципами с необходимостью не воспроизводятся.

Что касается системных связей различных уровней, то они, безусловно, существуют. Видимо, можно говорить и о различных уровнях связей между принципами, но все же не об иерархии по степени значимости. Необходимо отметить, что многие специалисты все же настаивают на равнозначной ценности принципов права, подчеркивая неиерархический характер самой системы<sup>12</sup>.

Не менее активны и научные поиски, связанные с “уточнением содержания” принципов (видимо, чтобы не сводить один к другому). Показательными в этом отношении являются рассуждения А.Н. Чуракова. Автор пишет: “По мнению П.А. Фелелова, принцип законности юридической ответственности конкретизируется в неотвратимости и индивидуализации юридической ответственности. Считаю, что с подобной точкой зрения нельзя согласиться... Неотвратимость ответственности не является ни принципом ответственности, ни принципом правоприменительной деятельности. Более того, она не установлена и в качестве обязательного требования для деятельности правоохранительных органов. Поэтому сложно представить, как принцип законности, име-

ющий, безусловно, нормативный характер, может быть конкретизирован в явлении, лишенном правового содержания. Что касается индивидуализации ответственности, то в этом явлении, по моему мнению, конкретизируется не принцип законности, а принцип справедливости юридической ответственности”<sup>13</sup>. Даже в числе задач своей работы автор указывает “определение содержания принципов юридической ответственности”<sup>14</sup>.

По словам В.Б. Ястребова, “чистоту принципов надо особо беречь и последовательно утверждать незыблемость принципов, обладающих высокой жизнеспособностью”<sup>15</sup>.

Естественно, рассматривая вопрос о системе принципов публичного права, мы не можем обойти вниманием основные положения системного подхода именно как метода научного знания. Сегодня он носит общенаучный характер, хотя в свое время был сформулирован на базе философских понятий применительно к процессам управления объектами<sup>16</sup>. Запоздалое и трудное проникновение идей системного подхода в отечественную науку, объяснимое, прежде всего, политическими причинами, сменилось в 1960-е - 1970-е гг. эйфорией от его возможностей; появилась масса работ в самых различных областях знаний, системный подход был объявлен методологией, соответствующей марксистскому мировоззрению, были созданы научно-исследовательские институты, ориентированные на изучение системного подхода, стал издаваться академический ежегодник. Естественно, эти процессы нашли отражение и в правоведении. В настоящее время, как справедливо замечает современный исследователь, “значение системного подхода в современной науке и практике не может быть сведено к роли хотя и общенаучного, но рядового метода. Загадка системного подхода и его теоретичес-

<sup>13</sup> Чураков А.Н. Принципы юридической ответственности: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2000. С. 85-86.

<sup>14</sup> Там же. С. 7.

<sup>15</sup> Ястребов В.Б. Учебник прокурорского надзора. М., 2005. С. 382.

<sup>16</sup> Родоначальником системного подхода следует считать канадского ученого Людвиг фон Бергаланфи (см., например: Бергаланфи Л. фон. История и статус общей теории систем // Системные исследования: Ежегодник. М., 1973. С. 20-37), хотя в литературе метод чаще связывается с проблемами кибернетики и ее основателем Н. Винером. По понятным причинам одно время основателем системного подхода был объявлен К. Маркс (см.: Афанасьев В.Г. О системном подходе в социальном познании // Вопр. философии. 1973. № 6. С. 98-99).

<sup>11</sup> Иванов Р.Л. Принципы советского права: Дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1988. С. 128.

<sup>12</sup> См.: Захаров А.Л. Межотраслевые принципы права. Самара, 2005. С. 120; Ергашев Е.П. Принципы прокурорского надзорно-охранительного права и его институтов: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 16; Вагина Н.М. Указ. соч. С. 200.

кая и практическая экспансия во многом объясняются тем, что он является отражением и инструментом тех изменений, которые происходят в самом процессе восприятия людьми окружающего мира. Системный подход выступает здесь как средство формирования целостного мировоззрения, в котором человек чувствует свою неразрывную связь со всем окружающим его миром<sup>17</sup>. Важным является, на наш взгляд, тот факт, что системный подход - толерантный метод и в определенных границах он совместим с другими научными подходами.

Ключевой для системного подхода является, естественно, категория "система". Под системой понимается некоторая совокупность (множественность) предметов, связанных между собой определенным образом и благодаря взаимосвязи образующих новое целое, не сводимое к сумме компонентов<sup>18</sup>.

Говоря о понятии системы, необходимо учитывать следующие системные принципы: 1) целостности (эмерджентности) - принципиальной несводимости свойств системы к сумме свойств составляющих ее элементов и невыводимости из элементов свойств целого; 2) структурности - возможности описания системы через установление ее структуры, т.е. совокупности связей и отношений системы; 3) зависимости каждого элемента, свойства и отношения системы от его места, функции и роли внутри целого; 4) обусловленности поведения системы не столько поведением ее отдельных элементов, сколько свойствами ее структуры; 5) взаимосвязи системы и среды (система формирует и проявляет свои свойства в процессе взаимодействия со средой, являясь при этом ведущим активным компонентом взаимодействия); 6) иерархичности (каждый компонент системы в свою очередь может рассматриваться как система, а сама система как компонент более сложной системы); 7) множественности описания каждой системы (в силу принципиальной сложности каждой системы ее адекватное познание требует построения множества различных моделей, каждая из которых описывает лишь определенный аспект системы)<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Протасов В.Н. Правоотношение как система. М., 1991. С. 15.

<sup>18</sup> Об углубленном методологическом понимании системы см.: Клир Дж. Наука о системах: новое измерение науки // Системные исследования: Ежегодник. М., 1983. С. 61-85.

<sup>19</sup> Садовский В.Н. Система // Философский энциклопедический словарь. М., 1989. С. 584-585.

Развивая идею принципа структурности, правоведы предпринимают попытки исследовать связи между элементами предполагаемой системы принципов права. При этом отмечается, что природа связей между элементами внутри системы отлична от других видов связей, например от причинно-следственной, поэтому можно говорить о наличии особой системной связи, которая формирует всю ее структуру. Системная связь - это комплексное понятие, оно обуславливает существование нескольких структур, с помощью которых можно описать особенности любой системы. В перечень таких структур входят: 1) статическая структура (геометрическое построение системы); 2) динамическая структура (взаимодействие элементов); 3) кинетическая структура (реализация системы); 4) функциональная структура (поведение системы при взаимодействии с другими системами); 5) генетическая структура (возникновение и развитие системы)<sup>20</sup>.

Нужно отметить, что в современном правоведении существуют попытки описать систему принципов права, используя изложенные выше представления об особенностях структурных связей внутри системы. Так, Н.М. Вагина<sup>21</sup> видит систему принципов права следующим образом:

1) *статическая структура* (геометрическое построение системы): принципы права как целого (принцип законности, принцип равенства, принцип справедливости, принцип гуманизма); принципы структурных элементов права (принципы частного права, принципы публичного права, принципы, действующие в отдельных отраслях и институтах публичного и частного права);

2) *динамическая структура* (характеристики связей между принципами). Например, принцип справедливости реализуется на низшем структурном уровне и проявляется в принципе справедливости юридической ответственности, в принципе справедливости при распределении судебных расходов;

3) *кинетическая структура* (реализация системы):

- правила о прямом действии принципов при регулировании общественных отношений;

- правила о разрешении коллизий между принципами и нормами - правилами поведения;

<sup>20</sup> Тюхтин В.С. О подходах к построению общей теории систем // Системный анализ и научное знание. М., 1969. С. 45-46.

<sup>21</sup> Вагина Н.М. Указ. соч. С. 220.

4) *функциональная структура* (поведение системы принципов при взаимодействии с другими системами):

- принципы права - основа для правотворческой деятельности;
- принципы права - основа для правоприменительной деятельности;
- принципы права - основа для интерпретационной деятельности;
- принципы права - основа для юридического прогнозирования;
- принципы права - средства регулирования общественных отношений;

5) *генетическая структура* (характеристика принципов по их источникам):

- социально-политические принципы права (принцип демократизма, разделения властей, федерализма);
- нравственно-этические принципы права (принцип гуманизма, принцип справедливости);
- собственно-юридические принципы права (принцип законности, принцип сочетания частных и публичных начал в праве, принцип сочетания убеждения и принуждения, принцип гарантированности прав и свобод человека и гражданина, презумпция невиновности, принцип ответственности за вину, принцип целесообразности и пр.).

Автор дает определенные пояснения к схеме. С некоторыми из них необходимо согласиться. В частности, мы так же, как и Н.М. Вагина, настаиваем на том, что существуют идеи, характерные для публичного права как целого, несводимые к сумме принципов, действующих в отраслях, традиционно относимых к публичному праву<sup>22</sup>. Данный вывод с необходимостью следует из представлений о публичном праве как об элементе системы права. Подтверждения этому мы находим и в официальных юридических текстах современной России. Например, в Постановлении № 14-П от 16 июля 2004 г. Конституционный Суд РФ указал, что определение полномочий государственных органов в сфере публичного права не допускает их собственного усмотрения и должно регулироваться на основе принципа “дозволено только то, что разрешено законом”, являющегося необходимой гарантией против произвола и злоупотребления властью<sup>23</sup>. Заметим, что суд не обсуждает отраслевую принадлежность данного

института, а обозначает сферу действия примененного принципа как “публичное право”.

Однако не сложно увидеть и проблемы, с которыми столкнулся автор при построении системы. Во-первых, достаточно очевидно, что Н.М. Вагина довольно смутно представляет себе выделенные ею динамический, кинетический, функциональный и генетический уровни системы. Во-вторых, вызывают сомнения формулировки автора. В частности, выделяются принципы, “действующие” в отраслях и институтах публичного и, соответственно, частного права. Вряд ли можно вообще говорить о “действии” принципа, скорее уж о его воплощении или применении. В-третьих, автор очевидно смешивает принципы права и принципы правового регулирования, принципы деятельности государственного механизма и т.д. И наконец, главное - система в представлении автора не выглядит как некий законченный набор элементов. Не случайно каждый из приведенных перечней Н.М. Вагина оставила открытым.

С аналогичными сложностями столкнулся и Е.Р. Ергашев, пытаясь описать строение системы принципов прокурорско-охранительного права. Он полагает, что она имеет четырехзвенное строение: “К первому звену относятся общеправовые принципы. Они давно уже определены российской юридической наукой (заметим, что не разделяем убежденности автора в том, что эти принципы вообще определены, а тем более “давно”. - В.Б.). Это справедливость, гуманизм, законность, равенство всех перед законом и судом, единство прав и обязанностей, федерализм, сочетание убеждения и принуждения... Второе звено системы составляют межотраслевые принципы: гласность и состязательность судопроизводства; неотвратимость ответственности в уголовном, гражданском и административном праве; равенство сторон в гражданском и семейном праве и *некоторые другие*. Третье звено - отраслевые принципы прокурорского надзорно-охранительного права: независимость органов прокуратуры, гласность, информированность и т.д. Четвертое звено составляют принципы институтов прокурорского надзорно-охранительного права”<sup>24</sup>. Как видно, система вновь не описана до своих единичных элементов, заданы лишь видимые автору контуры.

Думается, подобное нельзя объяснить проблемами образования и автором либо недостаточ-

<sup>22</sup> Вагина Н.М. Указ. соч.

<sup>23</sup> Собрание законодательства РФ. 2004. № 30. Ст. 3214.

но серьезным отношением к исследованию. Высоко оценивая предпринятые попытки исследовать проблему, отметим, что, на наш взгляд, ошибкой является применение методологии системного подхода к исследованию принципов права.

Действительно, при использовании специфических приемов и собственного категориального аппарата исследование объекта с помощью системного подхода позволяет максимально полно выявить его элементы, обнаружить существенные (устойчивые) связи, выявить функционально обусловленную структуру и не пропустить те вновь возникшие свойства объекта, которые свидетельствуют о наличии именно системы, не сводятся к свойствам отдельных элементов<sup>25</sup>. Впрочем, возможность и эффективность применения системного подхода к исследованию права стабильно подчеркивалась в самых различных работах и, кажется, никогда не отвергалась, не отвергается и нами.

Однако принципиальным для системного подхода является то, что применяться он должен именно к системам. Как справедливо замечает В.А. Хохлов, «объекты, не обладающие признаками системы, исследовать с помощью системного подхода бессмысленно»<sup>26</sup>.

Анализируя указанные выше методологические основы теории систем, заметим, что:

1) применительно к принципам права невозможно определить ее элементный состав исчерпывающим образом. Связано это с тем, что необходимым признаком принципов права является его восприятие как ценности, т.е. соответствующее отражение в правосознании. Условно говоря, это субъективная форма объективации. Обнаружить такие принципы можно лишь при условии, что они уже применялись при рассмотрении конкретного дела. Однако сам факт их существования таким закреплением в правоприменительном акте не исчерпывается и не определяется;

2) любая система предполагает качество, несводимое к свойствам ее элементов, т.е. нечто, позволяющее нам собственно и говорить о системе. Какое новое качество образует предположительно существующая система принципов

<sup>25</sup> См., например: Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972; Афанасьев В.Г. Социальная информация и управление обществом. М., 1975; Шабалин В.А. Системный анализ механизма правового регулирования // Сов. государство и право. 1969. № 10. С. 124-126.

<sup>26</sup> Хохлов В.А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти, 1998. С. 65.

права? Она не более и не менее «принципиальна», ни в коей мере не более эффективна и т.д. Не можем мы также найти примеры, когда принципы права применяются именно как система, во всей своей совокупности. Единственное упоминание о предполагаемых системных свойствах принципов права сводится к тому, что якобы при нарушении одного из принципов нарушаются другие, и в первую очередь принцип законности<sup>27</sup>. Отметим, что подобный вывод преподносится как утверждение и ничем не аргументируется. Каким образом нарушение принципа ответственности за вину приведет к нарушению, скажем, принципа состязательности? Что касается законности, то в таком случае нарушается режим законности, а не принцип, на необходимость разграничения которых не раз указывалось в теории<sup>28</sup>.

Невозможно отрицать, что в ряде случаев в основу решения по делу кладутся не один, а сразу несколько принципов (например, общие принципы права). Однако это не означает, что между ними действительно существуют системные связи, природа и причина взаимодействия принципов права другая.

По всей видимости, идея системности принципов права органически связана с представлением о праве как о системе. Это, безусловно, так. И в своем позитивистском варианте понимания право есть система норм, особенности которой, естественно, не сводимы к особенностям таких норм. В теории верно отмечается, что «представители юридической догматики, основываясь на позитивистской гносеологии, ограничивались формально-логической обработкой нормативного материала путем его эмпирического обобщения, классификации и систематизации и на этой базе создавали различные юридические конструкции»<sup>29</sup>. Видимо, такой конструкцией и должна была стать система принципов права, но не стала.

Сказанное ни в коей мере не означает, что мы отрицаем существование связей между принципами. Однако эти связи носят иной, не системный характер.

Скорее речь должна идти о взаимодействии принципов права. В первую очередь взаимодействие принципов определяется тем, что право не только существует, но и применяется именно как

<sup>27</sup> См.: Ергашев Е.Р. Указ. соч. С. 16.

<sup>28</sup> См.: Овод А.В. Принцип законности в публичном праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2005. С. 56.

<sup>29</sup> См.: Поляков А.В. Общая теория права. СПб., 2004. С. 143-144.

система. В.Ф. Яковлев справедливо отмечает: системное применение права означает также, что применяются не только отдельные нормы или институты, а весь арсенал средств, присущих всей отрасли права; важнейший элемент системного применения права - это практическое взаимодействие всех отраслей права, потому что право, в конечном счете, представляет собой не отдельные самостоятельные отрасли, а именно систему, и действует право эффективно лишь в тех случаях, когда все его отрасли участвуют в регулировании той или иной группы общественных отношений. Соответственно, речь можно вести не о системе принципов, а об их системном применении, которое обусловлено взаимодействием отраслей права.

Отражением идеи системного применения принципов является достаточно традиционно воспроизводимая в отечественной науке их классификация (разделение на общие, межотраслевые и отраслевые)<sup>30</sup>. По мнению А.Л. Захарова, деление принципов как минимум на три группы (общеправовые, межотраслевые, отраслевые) имеет целью показать объем регулирующего воздействия принципов права на общественные отношения и специфику их проявления в условиях различных, относительно автономных отраслевых систем права<sup>31</sup>.

Связи между принципами права выражаются и в том, что на различных структурных уровнях права одна и та же идея может воплощаться по-разному. Особенно характерно это для принципов, которые обычно относят к общеправовым. Масштабность, общий характер такой идеи предполагает, что, сохраняя свою специфику и каче-

ственное своеобразие, она может по-разному воплощаться в нормах конкретных структурных единиц права либо по-разному восприниматься правоприменителями по отношению к конкретной сфере общественных отношений. Для примера можно привести следующую “цепочку” на основе принципа равенства: общеправовой принцип равенства на отраслевом уровне выражается, например, в принципе равенства сторон гражданско-правового договора, в принципе равенства перед судом, в принципе равенства процессуальных прав; на уровне институтов можно говорить о равенстве процессуальных расходов, равенстве в юридической ответственности, равенстве избирательных прав.

Подобные “цепочки” связаны с тем, что ни одна идея, получившая конкретизацию в определенных понятиях и объективированная либо в формальных источниках права, либо в правосознании правоприменителей, не является “односоставной”. Она предполагает некую взаимосвязь понятий, категорий, которые иногда в теории называют “императивами принципа”<sup>32</sup>.

В данной связи полагаем, что целесообразно говорить лишь об особенностях действия отдельных принципов права в сфере соответствующей правовой регуляции, о системном применении принципов права, о системе идей, составляющих тот или иной принцип права, но не о системе принципов. При таком подходе, на наш взгляд, мы имеем в результате применение методологии системного подхода к явлению, которое системой не является.

*Поступила в редакцию 06.07.2008 г.*

<sup>30</sup> См., например: *Байтин М.И.* О принципах и функциях права: новые моменты // *Правоведение.* 2000. № 3. С. 5-6; *Захаров А.Л.* Указ. соч. С. 117; *Общая теория государства и права* / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1998. Т. 2. С. 24; *Сыроватская Л.А.* Трудовое право. М., 1995. С. 47.

<sup>31</sup> *Захаров А.Л.* Указ. соч. С. 117.

<sup>32</sup> *Овод И.В.* Указ. соч. С. 18.

## НЕКОТОРЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ИСТОЧНИКОВ ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

© 2008 Е.А. Кретьова

кандидат юридических наук

Самарский юридический институт

Федеральной службы исполнения наказаний России

Рассматриваются особенности состава и эволюции источников публичного права России, раскрываются особенности действия норм и общепризнанных принципов международного права в системе регулирования публичных отношений.

Вопрос о динамике и тенденциях развития источников публичного права, как правило, не является предметом специального рассмотрения в литературе. В тех же случаях, когда предпринимаются соответствующие попытки, речь, по сути, идет об анализе неких “новелл” в этой сфере. В частности, отмечается возрастающая роль нормативного договора, обсуждается проблема природы судебной практики и ее места в системе источников публичного права<sup>1</sup>. Необходимо отметить и появившиеся исследования в области анализа соотношения национального и международного права<sup>2</sup>. Недооценивать сделанные выводы и практические предложения в данной сфере, безусловно, нельзя. Однако, как представляется, вопрос о динамике источников публичного права необходимо рассматривать в двух аспектах. С одной стороны, следует продолжать исследование “новшеств” в этой сфере, определять возможные пути развития системы форм публичного права “в ширину”. С другой стороны, необходимо оценить систему источников публичного права “в глубину”, определив особенности современного периода формирования самих системных связей. Подобный анализ будет более продуктивным, так как позволит не просто констатировать факт наличия или отсутствия того или иного источника публичного права, но создаст инструмент для определения критериев качества соответствующей системы, позволит прогнозировать ее развитие.

Традиционно для публичного права отмечается некая форма централизации источников. В общем виде для него характерно гетерономное, внешнее по отношению к человеку правовое воздействие,

которое всегда идет из одного источника - носителя публичной власти. В публичном праве практически не используется автономная регуляция, которая предполагает одновременное существование нескольких самостоятельных центров правового воздействия. Так, в частном праве, по сути, творцами правил поведения могут стать любые участники общественных отношений. С учетом особенностей предмета публичного права, характерного для него метода правового воздействия подобная ситуация здесь невозможна. В связи с этим для классической концепции публичного права характерна строгая иерархическая система форм права, создателем которой выступает публичный субъект, реализующий свои правотворческие функции. По сути, речь идет о едином правотворческом центре, который лишь при необходимости может делегировать свои полномочия по созданию правил поведения другим лицам. Исследуя данные особенности источников публичного права, некоторые авторы характеризуют его как принцип, характерный для публичного права в целом<sup>3</sup>. Учитывая тот факт, что в рамках нашей работы не представляется возможным и необходимым исследовать понятие и природу принципов публичного права, отметим, что не можем согласиться с подобной постановкой вопроса. Принцип права отражает закономерности его развития, сущность правового регулирования, общие, устойчивые качества явления. Что касается концентрации источников публичного права, то это явление характеризует не само право, а формы его внешнего выражения, т.е. по природе не может считаться принципом. Кроме того, как представляется, данная категория отражает состояние форм публичного права лишь в определенный исторический период и не отражает закономерности его развития.

<sup>1</sup> См., например: *Тихомиров Ю.А.* Публичное право: Учебник. М., 1995. С. 180.

<sup>2</sup> См., например: *Самостоятельность и независимость судебной власти в Российской Федерации* / Под ред. В.В. Ершова. М., 2006. С. 19.

<sup>3</sup> См., например: *Вагина Н.М.* Принципы публичного права. Самара, 2005. С. 194.

В настоящее время, думается, речь может идти как раз о противоположном явлении, которое все в большей степени характерно для публичного права России. Полагаем, что в современном публичном праве формируется множественность правотворческих центров, намечается тенденция к децентрализации в системе источников.

С начала 1990-х гг. изменения претерпевает практика создания нормативных актов. Закрепление на конституционном уровне принципов федеративного устройства, провозглашение самостоятельности местного самоуправления привели к созданию как минимум трех основных правотворческих уровней: федерального, регионального и местного.

Приведем несколько количественных показателей. Согласно экспертной оценке, законодатель-

ство Российской Федерации на современном этапе включает в себя порядка миллиона нормативных актов. В табл. 1 представлена оценка состояния законодательного массива в разрезе международного права, федерального законодательства, законодательства субъектов Российской Федерации и нормативных актов органов местного самоуправления, а также их прогнозируемые объемы.

Необходимо отметить, что в силу объективных причин (в первую очередь, сказывается количественный фактор) региональный и местный уровни системы развиваются наиболее активно (табл. 2-5).

Безусловно, приведенные выше цифры касаются всего объема законодательства, содержащего нормы не только публичного, но и частного

**Таблица 1. Оценка объема действующего законодательства в 1997 г. и прогноз на 2000 г.\***

Уровень законодательства	Число действующих нормативных актов	
	на 1 марта 1997 г.	на 1 января 2000 г. (прогноз)
Международные акты	50 000	60 000
Федеральное законодательство	52 000	110 000
Законодательство субъектов РФ	290 000	580 000
Муниципальное законодательство	400 000	800 000
Всего	792 000	1 550 000

\* По данным фирмы "Инвента"; Кузнецов С.В. Прикладные методы экспертизы законопроектов: Материал к докладу на заседании Экспертного совета по кодификации и систематизации законодательства при Председателе Государственной Думы. М., 1998. С. 1.

**Таблица 2. Ежегодный прирост регистрируемых актов федерального законодательства, законодательства субъектов РФ и муниципального законодательства, 1991-1998 гг.\***

Уровень законодательства	Годы							
	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Федеральное законодательство	2527	8100	9279	9355	10825	14840	14981	15285
Законодательство субъектов РФ	2079	5405	9057	20695	30291	40682	46051	52721
Муниципальное законодательство	143	823	2194	7360	10258	13271	17002	19173

\* Подсчитано по данным СПС "КонсультантПлюс: Региональное законодательство".

**Таблица 3. Прирост регистрируемых актов\* федерального законодательства, законодательства субъектов РФ и муниципального законодательства, 1991-1998 гг., %\*\***

Уровень законодательства	Годы								Среднегодовой показатель за 7 лет
	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	
Федеральное законодательство	-	221	14,8	1,0	15,8	37,1	1,0	2,0	41,8
Законодательство субъектов РФ	-	159,0	67,0	128,0	46,0	34,0	13,2	14,5	66,0
Муниципальное законодательство	-	167,0	167,0	235,0	39,4	29,3	28,1	12,7	96,9

\* Показатель отражает увеличение количества ежегодно регистрируемых актов-документов по отношению к предыдущему году.

\*\* Подсчитано по данным СПС "КонсультантПлюс: Региональное законодательство".



**Таблица 4. Удельный вес актов федерального законодательства, законодательства субъектов РФ и муниципального законодательства в 1991 и в 1998 гг., %\***

Год	Акты федерального законодательства	Акты субъектов РФ	Акты муниципального законодательства
1991	53	44	3
1998	18	60	22

\* Подсчитано по данным СПС “КонсультантПлюс: Региональное законодательство”.

**Таблица 5. Изменение удельного веса актов федерального законодательства, законодательства субъектов РФ и муниципального законодательства за 1991-1998 гг., %\***

Уровень законодательства	Годы							
	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Федеральное законодательство	53,2	56,5	45,2	25,0	21,0	21,6	19,2	17,5
Законодательство субъектов РФ	43,8	37,7	44,1	55,3	59,0	59,1	59,0	60,5
Муниципальное законодательство	3,0	5,8	10,7	19,7	20,0	19,3	21,8	22,0
Всего	100	100	100	100	100	100	100	100

\* Подсчитано по данным СПС “КонсультантПлюс: Региональное законодательство”.

права. Однако если для частного права подобная множественность правотворческих центров, в принципе, не является чем-то вновь обретенным, то для публичного права, как представляется, это характерно в гораздо меньшей степени. Количественные показатели, на наш взгляд, как нельзя лучше иллюстрируют приведенный выше тезис. В настоящее время при формировании системы нормативных актов мы наблюдаем систему децентрализации правотворческой активности, возникновение ряда самостоятельных правотворческих центров. При этом, думается, было бы ошибкой говорить о том, что в данном случае имеет место обычное функциональное перераспределение полномочий государства. Так, например, ряд авторов полагают, что нормотворчество муниципальных образований носит исключительно санкционированный характер, выступает формой “разрешенной государством деятельности”. “Будучи исключенными из системы государственных органов, органы местных сообществ не могут сами присваивать себе функцию правотворчества, так как это важнейшая государственная функция. Лишь государство или отдельные его органы могут санкционировать создание органами местного самоуправления правовых норм, порождающих юридические права и обязанности”<sup>4</sup>. При таком подходе, как представляется, происходит необоснованное смещение категорий “правотворчество” и “государственное правотворчество”. Кроме

<sup>4</sup> Савченко Д.А., Шугрина Е.С., Горожанин В.А. Местное нормотворчество: проблемы и перспективы // Сиб. юрид. вестн. 2005. № 3. С. 18.

того, анализ положений действующего законодательства показывает, что местное самоуправление - особая форма реализации народного суверенитета, а муниципальное правотворчество - форма реализации исключительной компетенции в вопросах местного значения. И субъекты Федерации, и муниципальные образования реализуют свои суверенные полномочия, формируют собственную правовую реальность, учет которой необходим. Лишним доказательством актуальности проблемы регионального и муниципального правотворчества является и тот факт, что в последние несколько лет она активно исследуется<sup>5</sup>.

Помимо формирования трех основных центров, выступающих творцами основных в российской системе источников права - нормативных актов, необходимо отметить и другие “центры”.

Так, согласно п. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. По сути, в правовую систему России введено две категории международных норм.

Во-первых, нормы международных договоров России. При их реализации на практике су-

<sup>5</sup> См., например: Замотаев А. Может ли государственная власть руководить властью муниципальной? // Российская Федерация сегодня. 1998. № 18-19. С. 29-30; Савченко Д.А., Шугрина Е.С., Горожанин В.А. Указ. соч. С. 18.

ществленных проблем не возникает. Создана и вполне адекватная национальная нормативная база, определяющая понятие и порядок ратификации и действия международных договоров в России, в частности Федеральный закон “О международных договорах Российской Федерации” № 101-ФЗ от 15 июля 1995 г.<sup>6</sup>

Согласно п. “а” ст. 2 указанного Федерального закона под международным договором Российской Федерации надлежит понимать международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами) либо с международной организацией в письменной форме и регулируемое международным правом независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких, связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования (например, конвенция, пакт, соглашение и т.п.).

Согласно ч. 3 ст. 5 Федерального закона “О международных договорах Российской Федерации”, положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. Для осуществления иных положений международных договоров Российской Федерации принимаются соответствующие правовые акты.

К признакам, свидетельствующим о невозможности непосредственного применения положений международного договора Российской Федерации, относятся, в частности, содержащиеся в договоре указания на обязательства государств-участников по внесению изменений во внутреннее законодательство этих государств.

Рекомендации судам о порядке применения норм международных договоров даны Пленумом Верховного Суда РФ в Постановлении “О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации” № 5 от 10 октября 2003 г.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Федеральный закон “О международных договорах Российской Федерации” № 101-ФЗ от 15 июля 1995 г. // Собр. законодательства РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

<sup>7</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ “О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации” № 5 от 10 октября 2003 г. // Бюл. Верховного Суда РФ. 2003. № 11. С. 3.

Во-вторых, частью правовой системы России объявлены общепризнанные принципы и нормы международного права. Проблема реализации ч. 4 ст. 15 Конституции в этой части во многом связана с тем, что в международном праве нет нормативного акта, который исчерпывающим образом перечислял бы общепризнанные его принципы и нормы. Правоприменительные органы, в частности суды, должны в каждом конкретном случае рассматривать различные “свидетельства” и доказательства признания международным сообществом того или иного конкретного принципа или нормы. В российской правоприменительной практике, традиционно ориентированной на применение исключительно позитивного права, естественно, возникают определенные сложности с поиском подобных принципов и норм. Показательно в этом отношении упомянутое выше Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. Если в отношении норм международных договоров Пленум дает достаточно подробные комментарии, более того, указывает на порядок действий в конкретных ситуациях (при определении сроков содержания под стражей, сроков рассмотрения дел в суде, определении подсудности и т.д.), то по отношению к общепризнанным принципам и нормам Верховный Суд РФ дает только дефиниции. Так, он указывает, что под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо.

К общепризнанным принципам международного права, в частности, относятся принцип всеобщего уважения прав человека и принцип добросовестного выполнения международных обязательств.

Под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного.

Неправильное применение судом общепризнанных принципов и норм международного права (неприменение нормы, подлежащей применению, либо применение нормы, не подлежащей применению, или неправильное толкование нормы) может явиться основанием для отмены или изменения

судебного акта в апелляционном или кассационном порядке (п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г.).

Несмотря на все проблемы определения “состава” общепризнанных принципов международного права, часть из них действительно выступает органическим элементом правовой системы России. Так, принципы соразмерности, правовой определенности, справедливости, процессуального равенства, *audi alteram partem* (“выслушай обе стороны”) и т.д., как установил Конституционный Суд РФ, играют роль не только общих принципов права, являющихся в силу ст. 15 Конституции РФ

составной частью правовой системы России, это одновременно и конституционные принципы<sup>8</sup>.

Можно говорить о том, что в настоящее время мы сталкиваемся не с проблемой признания норм и принципов международного права в качестве источников российского права, не с тем, что мировое сообщество в целом, международные организации, надгосударственные публичные образования признаются правотворческими центрами, а с тем, что возникает реальная проблема гармонизации международных норм и национального законодательства, определения сферы применения соответствующих принципов.

*Поступила в редакцию 07.07.2008 г.*

---

<sup>8</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 16 мая 2000 г. // Собр. законодательства РФ. 2000. № 21. Ст. 2258.

## МОДЕЛИ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ

© 2008 Е.Е. Жеребцова

кандидат юридических наук, доцент

Самарский государственный экономический университет

Проанализированы некоторые аспекты практики зарубежных государств в части правовой регламентации конституционного контроля, предпринята попытка выявить квалификационные признаки системы конституционного контроля в России, наметить основные пути ее совершенствования.

Мировая практика выделяет различные варианты организации судебного конституционного контроля. В ряде государств (Греция, Дания, Канада, Мексика, Норвегия, США, Швейцария, Япония и др.) конституционный контроль осуществляют суды общей юрисдикции, в первую очередь высшие. Данные органы решают вопрос о конституционности нормативно-правового акта в связи с рассмотрением конкретного дела. Так, в соответствии со ст. 93 Конституции Греции суды не обязаны применять закон, если его содержание противоречит Конституции<sup>1</sup>, а ст. 81 Конституции Японии предусматривает, что Верховный Суд Японии является судом высшей инстанции, который вправе решать вопрос о конституционности любого закона, приказа, предписания или другого официального акта<sup>2</sup>. В других государствах (Австрия, Италия, Испания, Польша, Португалия и пр.) полномочиями в сфере конституционного контроля наделены специализированные конституционные суды, образуемые в особом порядке. Например, Конституционный Суд Испании назначается Королем по представлению Конгресса, Сената, Правительства, Генерального совета судебной власти, а Конституционный Суд Австрии образуется Президентом по представлению Федерального правительства, Национального и Федерального советов<sup>3</sup>. В отдельных мусульманских странах функционируют органы конституционно-религиозного контроля<sup>4</sup>, одной из функций которых является преодоление конфликтов в обществе ненасильственными, демократическими методами. Например, в Иране таким органом является

Наблюдательный совет, рассматривающий вопрос с точки зрения соответствия закона Корану. В Пакистане компетенцией в сфере конституционного контроля наделен Верховный Суд, а также Исламский совет и Суд шариата, причем Исламский совет рассматривает соответствие Корану нормативных правовых актов в целом, а Суд шариата - только специальных актов, касающихся прав граждан. Конституции Германии, Словакии и других государств предусматривают нормы, закрепляющие обязанности всех государственных органов, должностных лиц, общественных объединений и граждан по защите конституций.

В юридической литературе выделяют различные критерии для классификации судебного конституционного контроля, в том числе в зависимости от объектов конституционного контроля, времени осуществления контрольной деятельности, способа (формы) и содержания конституционного контроля. В рамках обозначенной тематики исследования особый интерес представляет классификация в зависимости от органов, осуществляющих конституционный контроль<sup>5</sup>.

1. **Децентрализованная** (американская) модель конституционного контроля, являющаяся исторически первой моделью. При децентрализованной (американской) модели функция конституционного контроля возложена на суды общей юрисдикции, причем признание нормативно-правового акта не соответствующим Конституции, по общему правилу, является обязательным только для сторон по конкретному делу, в связи с чем следует подчеркнуть казуальную основу данного контроля. Американский контроль возможен только при рассмотрении конкретного дела, например, когда одна сторона считает, что требование другой стороны основано на действии неконституционной нормы. Как справедливо подчеркивает в

<sup>1</sup> Стецовский Ю.И. Судебная власть: Учеб. пособие. М., 1999. С. 192.

<sup>2</sup> Конституции зарубежных стран: Сборник / Сост. В.Н. Дубровин. М., 2001. С. 439.

<sup>3</sup> Конституционное право зарубежных стран: Учеб. для вузов / Под общ. ред. М.В. Баглая, Ю.И. Лейбо, Л.М. Энтина. М., 1999. С. 75.

<sup>4</sup> Чиркин В.Е. Органы конституционного контроля: Россия и международный опыт // Журн. рос. права. 1998. № 4-5. С. 145.

<sup>5</sup> Данный критерий также именуется "модели конституционного контроля".

этой связи А.А. Клишас, суд рассматривает вопрос о неконституционности не в рамках особого самостоятельного производства, «...а непосредственно в ходе слушания какого-либо дела, решая тем самым “судьбу закона на основе дела”»<sup>6</sup>.

Однако в случаях, когда дело доходит до высшего судебного органа, его решение о конституционности нормативных правовых актов становится общеобязательным. Отличительным признаком американской модели также является специфика объектов нормоконтроля, в частности, контроль распространяется не только на законы, но и на иные нормативные правовые акты<sup>7</sup>. Примечательно, что несоответствием Конституции может быть объявлено любое нарушение обязательной иерархии правовых норм или действие, не имеющее под собой правовой основы (например, действие, нарушающее надлежащую правовую процедуру).

В свою очередь, децентрализованный контроль имеет несколько разновидностей:

- осуществляется всеми судами общей юрисдикции при рассмотрении конкретных уголовных, гражданских и других дел - такой контроль получил широкое распространение в странах, относящихся к англосаксонской правовой семье. Конституционный контроль, осуществляемый судами общей юрисдикции, имеет несколько положительных аспектов, например тот факт, что любая сторона судебного процесса обладает возможностью постановки вопроса о несоответствии нормативного правового акта Основному закону. В некоторых государствах проверку конституционности нормативных правовых актов осуществляют все суды - от низшего до высшего (Аргентина, Мексика, Япония и др.). Однако данная модель имеет и негативные стороны. Так, суд общей юрисдикции вправе осуществлять только репрессивный (последующий) конституционный контроль;

- возложен только на высшие и верховные суды. Например, в США судебный конституционный контроль осуществляется Верховным Судом США и верховными судами штатов, которые вправе проверять конституционность законов при рассмотрении конкретного дела (казуистический характер норм), при этом проверка подчине-

<sup>6</sup> Клишас А.А. Конституционный контроль и конституционное правосудие зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование / Под ред. В.В. Еремяна. М., 2007. С. 76.

<sup>7</sup> В связи с этим критерием отмечают универсальный характер судебного конституционного контроля.

на целям охраны нарушенных и ущемляемых конституционных прав и свобод человека и гражданина (ст. 3 разд. 2 Конституции США)<sup>8</sup>. Верховный Суд США осуществляет конституционный контроль с 1803 г., когда соответствующим прецедентом он ввел для себя и других федеральных судов исключительное право осуществлять толкование конституционных положений<sup>9</sup>. При этом Верховный Суд США выступает последней и решающей инстанцией по данному вопросу. Верховный Суд толкует Конституцию США, проверяет конституционность законов США и штатов, законность нормативных актов исполнительной власти, устанавливает нормы общего права (судебные прецеденты), если положения, сформулированные судом, представляют собой не “попутно сказанные”, а относятся к существу дела. Верховный Суд США осуществляет только последующий судебный контроль и лишь в связи с рассмотрением конкретного судебного дела, а не в виде особого иска о конституционности.

Главное преимущество американской модели состоит в том, что она носит более целостный характер, поскольку в решении конституционно-правовых вопросов участвует вся судебная власть, весь судейский корпус. Как подчеркивает О.В. Брежнев, “несомненным преимуществом “американской” модели является тесная связь конституционного нормоконтроля с обычным судебным правоприменением, что позволяет эффективно защищать права и свободы граждан, так как предполагает восприятие смысла оспариваемой нормы в свете возможностей ее применения при тех или иных фактических обстоятельствах”<sup>10</sup>. Принимая решение по делу, суд одновременно дает юридическую квалификацию соответствующей норме.

Недостатками американской модели следует назвать инцидентный порядок решения конституционных вопросов; возбуждение процедуры конституционного контроля только по инициативе частных лиц; длительность судопроизводства; обязательность решения только для сторон и

<sup>8</sup> Конституции зарубежных стран. С. 247.

<sup>9</sup> Колоколов Н.А., Павликов С.Г. Теория судебных систем: особенности конституционного регулирования, судебного строительства и организации судебной деятельности в федеративном государстве. М., 2007. С. 154.

<sup>10</sup> Брежнев О.В. “Американская” модель судебного конституционного контроля (генезис и основные черты) // Конституц. и муницип. право. 2005. № 6.

сложность придания ему общеобязательного характера; возможность противоречивого толкования конституции разными судами;

- осуществляется специальными палатами высших и верховных судов.

**2. Централизованная (европейская) модель** конституционного контроля, характеризующаяся тем, что контроль осуществляется специализированными органами (применяется в большинстве стран Западной Европы и на Американском континенте). К специализированным органам в данном случае относятся конституционные суды (Австрия, Болгария, Венгрия, Испания, Италия, Российская Федерация и др.), конституционные палаты высших судов общей юрисдикции (Гвинея) или конституционные советы (Франция). Основными особенностями данных специализированных органов является то, что они занимают независимое, автономное положение в системе органов власти, а также то, что решения этих органов носят общеобязательный характер. В данном случае речь идет о конституционном контроле, осуществляемом специализированными органами (конституционными судами, советами, комиссиями), обладающими специальной конституционной юрисдикцией. Следует подчеркнуть, что помимо функций конституционного контроля данные органы наделены и другими полномочиями (например, рассматривают споры о компетенции высших государственных органов, споры о разграничении полномочий между федерацией и ее субъектами, осуществляют наблюдение за ходом референдума, рассматривают обвинения против президента и членов правительства и т.п.)<sup>11</sup>. Подобная модель конституционного контроля применяется в нашей стране (в частности, посредством функционирования Конституционного Суда РФ, а также конституционных и уставных судов субъектов РФ). Специфика органов судебного конституционного контроля в нашей стране состоит в том, что они решают исключительно вопросы права с позиций Конституции РФ и конституций (уставов) субъектов РФ, однако это не означает, что они не учитывают общепризнанные принципы и нормы международного права, которые, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, обозначены в качестве составной части российской правовой системы.

Вместе с тем, изучая практику контрольной деятельности в различных государствах, ученые

<sup>11</sup> Чиркин В.Е. Основы сравнительного государственного права. М., 1997. С. 311.

отмечают, что на современном этапе происходит сближение американской и европейской моделей конституционного контроля. Все большее развитие получают смешанные модели, которые сочетают в себе элементы двух основных моделей. Смешанная модель конституционного контроля в различных модификациях существует сегодня в таких странах, как Португалия, Греция, ЮАР и др.<sup>12</sup>

Установление в государстве той или иной модели конституционного контроля обусловлено рядом факторов, основными из которых являются:

- особенности правовой системы государства;

- система источников (форм) права, характер формализации основного закона, а также место и роль судебных решений в системе источников права;

- формирование и функционирование судебной системы с учетом национальных, исторических и культурных традиций;

- географические и демографические особенности государства (например, численный состав населения, площадь государственной территории и др.).

Судебный конституционный контроль занимает особое, доминирующее место в механизме государственной власти. По мнению Ж.И. Овсепян, в основе судебного конституционного контроля лежит принцип разделения властей, который является причиной, вызывающей судебный конституционный контроль<sup>13</sup>. Данную точку зрения поддерживает профессор М.В. Баглай, отмечая, что судебный конституционный контроль является прямым следствием действия принципа разделения властей, поскольку ситуации, с которыми приходится разбираться суду, связаны с деятельностью законодательной и исполнительной ветвей власти, а нередко и с их противостояниями, спорами о компетенции<sup>14</sup>. При этом, как справедливо подчеркивают В.А. Ржевский и Н.М. Чепурнова, конституционный контроль передан в ведение судебной власти, поскольку, исходя из прин-

<sup>12</sup> См., например: Конституционное право зарубежных стран. С. 75.

<sup>13</sup> Овсепян Ж.И. Правовая защита конституции. Судебный контроль в зарубежных странах. Ростов н/Д, 1992. С. 21.

<sup>14</sup> Конституционное право зарубежных стран. С. 347-348.

ципа разделения властей, она является наиболее беспристрастной и независимой<sup>15</sup>.

В Российской Федерации органы судебного конституционного контроля в соответствии с Федеральным конституционным законом “О судебной системе Российской Федерации” входят в российскую судебную систему, однако, как подчеркивают многие ученые, они занимают самостоятельное место в системе разделения властей, поскольку при осуществлении своих полномочий являются независимыми от других органов государственной власти и принимают решения, носящие окончательный, общеобязательный характер. При этом, говоря о принципе разделения властей, некоторые ученые, подчеркивая особое место в механизме государства судебных органов конституционного контроля<sup>16</sup>, отмечают тенденцию формирования (в том числе и в России) особой ветви власти - контрольной. Например, В.Е. Чиркин полагает, что на современном этапе развития государственности прослеживается тенденция формирования и вычленения особой контрольной ветви власти наряду с ее классическими ветвями, которая получает выражение, хотя и неоднозначное, в законодательстве ряда стран. По его мнению, в основе “отпочкования” от классической триады власти контрольной ветви лежит универсальная контрольная функция, которая вытекает из существа публичной (государственной) власти и которая есть у любого государства наряду с задачами законодательства, управления и правосудия. Таким образом, В.Е. Чиркин является одним из сторонников концепции “четвертой ветви власти” для обоснования специального конституционного контроля как самостоятельной отрасли власти, принципиально отличающейся от судебной ветви<sup>17</sup>. Практически аналогичную позицию высказывает С.А. Авакьян, который при исследовании некоторых проблем разделения властей указывает на обоснованность выделения следующих разновидностей государственной власти: “власть контрольная (контрольно-надзорная, если подразумевать при этом

такие надзорные органы, как горный надзор, атомный надзор и др., связывая прокурорский надзор с отдельной ветвью власти)”<sup>18</sup>.

О существовании в системе государственного аппарата контрольной власти пишут и другие ученые. Например, Ж.И. Овсянн отмечает, что в связи с повышением роли органов судебного конституционного контроля можно говорить о формировании в России четвертой самостоятельной ветви власти наряду с законодательной, исполнительной и судебной<sup>19</sup>. Вопрос о принадлежности органов конституционного судебного контроля к судебной власти или об их рассмотрении в качестве четвертой самостоятельной ветви власти напрямую связан с вопросом о соотношении конституционного контроля и конституционного правосудия, а также политики и права в конституционном судопроизводстве. Однако на современном этапе функционирования российского государства можно констатировать, что отнесение органов конституционного контроля к четвертой самостоятельной ветви власти неправомерно и напрямую противоречит законодательству РФ (например, ч. 2 ст. 118 Конституции РФ).

В заключение можно сделать вывод, что в настоящее время органы конституционного контроля, входя в судебную систему РФ, занимают особое место в механизме государства, определяемое важностью задач, которые на них возлагаются. Их социальная ценность как специализированных органов правовой защиты Конституции заключается прежде всего в том, что они являются необходимым элементом механизма разделения властей. Хотелось бы надеяться, что создание и деятельность органов конституционного контроля в нашей стране будет выступать в качестве не формального, а реального условия формирования и функционирования демократического правового государства, основанного на прогрессивных принципах “разделения властей” с использованием системы “сдержек и противовесов” во взаимоотношениях всех ветвей власти.

*Поступила в редакцию 08.07.2008 г.*

<sup>15</sup> Ржевский В.А., Чепурнова Н.М. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации и деятельности. М., 1998. С. 107.

<sup>16</sup> См., например: Игнатова Н.С. Судебная власть: прерогативы контроля над законодательной и исполнительной ветвями власти // Конституц. и муницип. право. 2008. № 2. С. 25-28.

<sup>17</sup> См. подробнее: Чиркин В.Е. Основы сравнительного государственоведения. С. 225-230.

<sup>18</sup> Авакьян С.А. Конституционное право России: Учеб. курс. Т. 1. М., 2005. С. 356.

<sup>19</sup> Овсянн Ж.И. Конституционная юстиция. Ростов н/Д, 1996. С. 202.

# **ANNOTATIONS TO THE ARTICLES**

## **Law and Economics Issues. 2008. № 3**

### **THE SUBJECT AND METHODS OF STATE AND LAW THEORY RESEARCH**

© 2008 I. Ivannikov

There has been given the characteristics of state and law theory as a science. Some evolutionary aspects of its development in Russia have been touched upon. The problems of its subject and methodology definition are analyzed.

### **THE TRADITIONAL STATE - THE SPECIFIC FORM OF POLITICAL ORGANIZATION**

© 2008 V. Lubashiz

Here are examined some theoretical problems of determining the definition and features of the states within the early stages of post-primitive society. The author has shown the role of forming a knowledge system of this type of statehood for the modern state and law theory about.

### **THE REASONS OF UNSATISFACTORY USE OF STATE PROPERTY**

© 2008 R. Shiryaeva

The general reasons of the unsatisfactory use of state property are shown. The main problem among them, common for all segments of state property, is a low quality of law which regulates the state property relations. Here are specified the general mistakes of the law which create the preconditions for unpunished damaging of the state property.

### **ANTICORRUPTION POLICY AND JUSTICE: THE PROBLEMS OF CORRELATION**

© 2008 A. Tarasov

Here are analysed some correlation problems of anticorruption policy general directions in our country, which are defined by the National Plan of Corruption Resistance and rules of the effective law which regulates the legal procedures. Here are also given some solutions to overcoming these problems in this sphere

### **THE PROCEDURAL THEORY OF CRIMINAL COURT: THE NEW ISSUES OF METHODOLOGY AND GENESIS IN TRANSITION PERIOD**

© 2008 S. Tsyganenko

Here is explained the necessity of forming the new paradigm of the criminal procedure and the theory of procedural criminal law which supposes the saving of the procedural forms trialed by the practice, the expansion and intensification of crime control and resistance measures along with the working out of the definite legal guarantees to comply with the fundamental human rights.



**ON THE ISSUE OF THE PUBLIC RIGHT PRINCIPLES**

© 2008 V. Bolgova

Here are reviewed some problems of methodology of system approach application to the public law. The prospective areas of this problem's research are defined.

**SOME TRENDS OF PUBLIC LAW SOURCES DEVELOPMENT**

© 2008 E. Kretova

Here are shown the features of structure and evolution of Russian public sources of law. The details of operation of norms and universally recognized principles of international law in the system of public relations regulation has also been discussed here.

**THE MODELS OF CONSTITUTIONAL CONTROL**

© 2008 E. Jerebtsova

Some aspects of foreign countries practice in the sphere of legal regulation of constitutional control are analyzed. Author has tried to distinguish the qualifying features of the constitutional control system in Russia and to outline the main ways of it's improvement

Как правильно подготовить статью  
в “Вопросы экономики и права” на персональном компьютере

Материал статьи представлять *на электронном носителе* в программе Word (дискета с одним файлом, содержащим последний вариант статьи) и в виде *четкой распечатки на бумаге*, точно соответствующей файлу.

*Набор текста*

тип шрифта **Таймс**  
размер шрифта **14 пт**  
абзацный отступ 0,5 см (устанавливать  
через окно “Абзац”, **не пробелами**  
**и не табуляцией**)  
межстрочный интервал “Полуторный”

*Набор таблиц*

тип шрифта **Таймс**  
размер шрифта **13 пт**  
линейки внешние (рамка) 1,5 пт  
линейки внутренние 0,75 пт

*Набор формул*

в редакторе формул  
все символы прямым шрифтом

*Набор ссылок на литературу (сноски)*

**размещение внизу страницы**  
(меню “Вставка” подменю “Сноска”)  
тип шрифта **Таймс**  
размер шрифта **12 пт**

*Рисунки (графики, диаграммы)*

в редакторах Word, Excel - **только черно-белые.**

**! Запрещается вставлять в статью сканированные рисунки (графики, диаграммы)**

*! Использовать стиль “Normal” или шаблон “Обычный”*

*При нарушении требований к оформлению материалов  
рукописи не публикуются!*

**Образцы оформления**

**Налоговые расследования  
как аналитическая составляющая налогового контроля**

© 2008 Э.В. Вязова

Восточная экономико-юридическая гуманитарная академия, г. Уфа

Рассматриваются вопросы налоговых расследований, перед которыми стоит сложная задача - выявить факт неуплаты налогов в бюджет, зафиксировать его путем проведения экономического исследования всех необходимых финансовых характеристик и рассчитать размер сокрытых доходов, используя непрямые методы определения сумм налогов.

(Текст статьи)

**TAX INVESTIGATION AS AN ANALYTICAL COMPONENT OF CONTROL**

© 2008 E. Vyazova

Tax investigation is aimed at a complicated task - revealing of tax non-payment into the fudged, their stating due to an economic research of all necessary financial characteristics, calculating the amount of income concealed ty means of using indirect methods of determining the amount of taxes.

