

Вопросы экономики и права

№ 9
2009

Научно-информационный журнал

В НОМЕРЕ:

Романько А.Н.

К вопросу о функционировании бюджетной системы Российской Федерации
в условиях мирового экономического кризиса 5

Дробышева Е.В.

Разделение и выделение субъектов Российской Федерации: перспективы правового регулирования 10

Касаткин С.Н.

Правосубъектность как конструкция / практика юридического языка 15

Пятилетов В.В.

“Чрезвычайная ситуация” и “безопасность”: некоторые проблемы терминологии 21

Беляев М.А.

Современные парадигмы теории права 25

Космачев Д.С.

Пробелы в праве и роль судов в их устранении 30

Милова И.Е.

О некоторых вопросах адвокатского параллельного расследования 34

Бондаренко О.А.

К вопросу о реализации конституционных прав и свобод ребенка в Российской Федерации 40

Annotations to the Articles 44

К ВОПРОСУ О ФУНКЦИОНИРОВАНИИ БЮДЖЕТНОЙ СИСТЕМЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В УСЛОВИЯХ МИРОВОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО КРИЗИСА

© 2009 А.Н. Романько

Саратовская государственная академия права

Рассмотрены факторы влияния юридической практики на совершенствование бюджетной системы Российской Федерации в условиях мирового экономического кризиса.

В настоящее время в условиях мирового экономического кризиса органы государственной власти в значительной степени пытаются модернизировать механизмы функционирования бюджетной системы Российского государства посредством внесения изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации¹, являющийся нормативным документом, отражающим основы бюджетного права, и в федеральный закон “О федеральном бюджете на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов”².

Внесение изменений в законодательную базу, регламентирующую отношения в сфере бюджетной системы, возможно при условии координации их с юридической практикой. Юридическая практика - деятельность по изданию, толкованию и реализации юридических предписаний в единстве с накопленным социально-правовым опытом.

Одним из направлений исследований бюджетного права в условиях современного мирового экономического кризиса является анализ отношений в области организации бюджетной системы, в том числе правового положения государственных внебюджетных фондов. В настоящей статье предполагается рассмотрение факторов влияния юридической практики на совершенствование бюджетной системы Российской Федерации в условиях мирового экономического кризиса. Поэтому необходимо в первую очередь исследовать понятие внебюджетных фондов, правовую регламентацию их функционирования и формирование их финансовой составляющей на соответствующий год, а также их место в бюджетной системе Российской Федерации.

Бюджетная система Российской Федерации - основанная на экономических отношениях и го-

¹ Бюджетный кодекс Российской Федерации: Принят 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ (с изм. и доп. от 9 апр. 2009 г.) // Собр. законодательства РФ. 2009. № 31. Ст. 3823.

² О федеральном бюджете на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов: Федер. закон от 24 нояб. 2008 г. № 204-ФЗ // Рос. газ. 2008. 26 нояб.

сударственном устройстве Российской Федерации, регулируемая законодательством Российской Федерации совокупность федерального бюджета, бюджетов субъектов Российской Федерации, местных бюджетов и бюджетов государственных внебюджетных фондов³.

Целевые бюджетные фонды всех уровней бюджетной системы РФ создаются в рамках бюджетной системы для оказания финансовой помощи отдельным регионам и муниципальным образованиям, финансирования отраслей экономики, а также государственных и муниципальных программ социально-экономического развития.

Следует отметить существование фондов финансовой поддержки и резервных фондов, не имеющих отраслевой направленности, но необходимых для поддержания социально-экономического развития регионов и муниципальных образований в условиях кризиса⁴.

Согласно ст. 13 Бюджетного кодекса Российской Федерации федеральный бюджет и бюджеты государственных внебюджетных фондов Российской Федерации предназначены для исполнения расходных обязательств Российской Федерации. Таким образом, средства внебюджетных фондов расходуются на погашение затрат государства, связанных с осуществлением им своих функций. В соответствии со ст. 144 Бюджетного кодекса в состав бюджетов государственных внебюджетных фондов входят бюджеты государственных внебюджетных фондов Российской Федерации и бюджеты территориальных государственных внебюджетных фондов. Бюджеты федеральных внебюджетных фондов Российской Федерации следующие:

1) бюджет Пенсионного фонда Российской Федерации;

2) бюджет Фонда социального страхования Российской Федерации;

³ Бюджетный кодекс Российской Федерации.

⁴ Химичева Н.И. Финансовое право. М., 2008. С. 290.

3) бюджет Федерального фонда обязательного медицинского страхования.

Бюджетами территориальных государственных внебюджетных фондов являются бюджеты территориальных фондов обязательного медицинского страхования. Среди федеральных внебюджетных фондов РФ особое положение занимает Пенсионный фонд Российской Федерации, осуществляющий ряд социально значимых функций:

- учет страховых средств, поступающих по обязательному пенсионному страхованию;

- назначение и выплату пенсий. Среди них: трудовые пенсии (по старости, по инвалидности, по случаю потери кормильца), пенсии по государственному пенсионному обеспечению, пенсии военнослужащих и их семей, социальные пенсии, пенсии госслужащих;

- назначение и реализацию социальных выплат отдельным категориям граждан: ветеранам, инвалидам, инвалидам вследствие военной травмы, Героям Советского Союза, Героям Российской Федерации и т.д.;

- персонализированный учет участников системы обязательного пенсионного страхования;

- взаимодействие с работодателями - плательщиками страховых пенсионных взносов;

- выдачу сертификатов на получение материнского (семейного) капитала;

- управление средствами пенсионной системы, в том числе накопительной частью трудовой пенсии, которое осуществляется через государственную управляющую компанию (Внешэкономбанк) и частные управляющие компании;

- реализацию Программы государственного софинансирования пенсии.

В период формирования бюджета Российской Федерации происходит и формирование бюджета Пенсионного фонда РФ, ежегодно принимается соответствующий закон: так, был принят федеральный закон "О бюджете Пенсионного фонда Российской Федерации на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов". Основными показателями бюджета Пенсионного фонда на 2009 г. являются:

- индексация базовой части трудовой пенсии в 2009 г. с 1 марта на 8,5% и с 1 декабря на 26,4%. С 1 апреля дополнительно увеличена ее страховая часть (на 15,6%);

- учет средств на выплату страховой части трудовой пенсии пенсионерам из числа федераль-

ных государственных гражданских служащих и военнослужащих (5,3 млрд. руб.)⁵.

В настоящее время Фонд социального страхования Российской Федерации представляет собой специализированную структуру, обеспечивающую функционирование всей многоуровневой системы государственного социального страхования. Фонд финансирует выплату пособий по временной нетрудоспособности, по беременности и родам, при рождении ребенка и ежемесячного пособия до достижения ребенком возраста полутора лет, а также пособия на погребение умерших.

Кроме того, Фонд финансирует санаторно-курортное обслуживание работающих и членов их семей, детскую летнюю оздоровительную кампанию.

В 2000 г. Фонд социального страхования начал выплаты по возмещению вреда пострадавшим на производстве в рамках обеспечения нового вида страхования, введенного федеральным законом "Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний"⁶.

С 1 января 2005 г. на Фонд возложена задача по реализации Федерального закона от 22 августа 2004 г. 122-ФЗ в части обеспечения граждан - получателей социальных услуг путевками на санаторно-курортное лечение, а также их бесплатного проезда к месту лечения и обратно за счет средств федерального бюджета.

Отделения Фонда созданы на территориях всех субъектов Российской Федерации. Фонд организует исполнение бюджета государственного социального страхования, утверждаемого ежегодно федеральным законом, контролирует использование средств социального страхования. В необходимых случаях Фонд перераспределяет средства социального страхования между регионами и отраслями, поддерживая финансовую устойчивость системы. Кроме того, Фондом раз-

⁵ О бюджете Пенсионного фонда Российской Федерации на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов: Федер. закон (с изм. от 28 апр. 2009 г.). Доступ из СПС "Гарант".

⁶ Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний: Федер. закон от 24 июля 1998 г. № 125-ФЗ (с изм. от 23 июля 2008 г.). Доступ из СПС "Гарант".

рабатываются и реализуются государственные программы по совершенствованию социального страхования, охраны здоровья работников.

Согласно федеральному закону “О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов”⁷ в 2009 г. предусматривается:

- увеличение максимального размера пособия по временной нетрудоспособности до 18 720 руб.; максимального размера пособия по беременности и родам до 25 390 руб.; максимальной суммы, из которой исчисляется размер единовременной выплаты в связи с несчастным случаем на производстве и профессиональным заболеванием до 56 200 руб.;

- на оплату путевок на санаторно-курортное лечение работников (в количестве 185 тыс. ежегодно) - 4,71 млрд. руб.;

- на оплату (полную или частичную) путевок на оздоровление детей (в количестве 5,3 млн. ежегодно) - 19,54 млрд. руб. Расходы запланированы с учетом увеличения средней стоимости одного дня пребывания ребенка в санатории до 600 руб.;

- на оплату медицинской помощи женщинам в период беременности и родов и в послеродовой период, а также диспансерного наблюдения ребенка в начальный период его жизни (в рамках приоритетного национального проекта “Здоровье”) - 17,0 млрд. руб.;

- на обеспечение инвалидов техническими средствами реабилитации - 9,4 млрд. руб.

Кроме того, изменениями, внесенными в апреле 2009 г. в данный Федеральный закон⁸, предусмотрены дополнительные ассигнования. Фонду социального страхования РФ в сумме 23,7 млрд. руб., в том числе 2 млрд. руб. на выплату пособий по уходу за ребенком до достижения им возраста полутора лет и 21,7 млрд. руб. на покрытие дефицита по обязательному социальному страхованию. До 480 руб. в месяц увеличился норматив финансовых затрат на одного гражданина, получающего государственную со-

⁷ О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов: Федер. закон от 25 нояб. 2008 г. № 216-ФЗ // Рос. газ. 2008. 28 нояб.

⁸ О внесении изменений в Федеральный закон “О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов”: Федер. закон от 28 апр. 2009 г. № 78-ФЗ // Рос. газ. 2009. 5 мая.

циальную помощь в виде социальной услуги по обеспечению по рецептам врача (фельдшера) лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения, а также специализированными продуктами лечебного питания для детей-инвалидов.

В настоящее время Федеральный фонд обязательного медицинского страхования - это система обязательного медицинского страхования, созданная в целях обеспечения конституционных прав граждан на получение бесплатной медицинской помощи, закрепленных в ст. 41 Конституции Российской Федерации.

В 1993 г. был введен в действие закон “О медицинском страховании граждан в Российской Федерации”⁹, послуживший основой для начала проведения комплексной реформы в здравоохранении.

Введение обязательного медицинского страхования (далее - ОМС) было направлено на решение ряда первоочередных задач в сфере охраны здоровья населения:

- обеспечение реализации конституционных прав граждан на получение бесплатной медицинской помощи необходимого объема и качества в соответствии с базовой программой обязательного медицинского страхования, являющейся составной частью Программы государственных гарантий обеспечения граждан Российской Федерации бесплатной медицинской помощью;

- создание современных механизмов финансирования учреждений здравоохранения и обеспечение гарантии по оплате труда медицинских работников;

- формирование нормативно-правовых и организационных условий для реализации механизмов правовой защиты пациентов.

В целях реализации государственной политики в области обязательного медицинского страхования были созданы Федеральный фонд ОМС и организованные в каждом субъекте Российской Федерации территориальные фонды обязательного медицинского страхования, основной задачей которых явилось привлечение целевых финансовых средств в здравоохранение в виде налогов и страховых взносов на ОМС неработающего населения, поступающих от органов ис-

⁹ О медицинском страховании граждан в Российской Федерации: Закон РФ от 28 июня 1991 г. № 1499-1 (с изм. от 23 июля 2008 г.). Доступ из СПС “Гарант”.

полнительной власти субъекта Российской Федерации - страхователя неработающих граждан.

Согласно федеральному закону "О бюджете Федерального фонда обязательного медицинского страхования на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов"¹⁰ в 2009 г. предусмотрены средства:

- на обязательное медицинское страхование неработающего населения (детей) - 3,82 млрд. руб.;

- проведение дополнительной диспансеризации работающих граждан - 4 млрд. руб.;

- проведение диспансеризации пребывающих в стационарных учреждениях детей-сирот и детей, находящихся в трудной жизненной ситуации, - 0,83 млрд. руб.

Кроме того, изменениями, внесенными в апреле 2009 г. в данный Федеральный закон¹¹, предусмотрены дополнительные ассигнования в сумме 17,1 млрд. руб., что позволит обеспечить исполнение обязательств по предоставлению дотаций территориальным фондам обязательного медицинского страхования. Уточнен объем субсидий на проведение диспансеризации пребывающих в стационарных учреждениях детей-сирот и детей, находящихся в трудной жизненной ситуации.

В свете обозначенного выше актуальным является соотношение мер по преодолению финансово-экономического кризиса и фундаментальных основ бюджетной системы на основе результатов законопроектной работы Государственной Думы Российской Федерации в январе - апреле 2009 г.

27 марта 2009 г. принят в третьем чтении федеральный закон "О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации" (проект № 175296-5; внесен Правительством РФ)¹², направленный на уточнение норм Бюджетного кодекса РФ для обеспечения сбалансированности федерального бюджета при его

формировании и исполнении с учетом текущей экономической ситуации и прогнозируемого в 2009-2011 гг. дефицита федерального бюджета. Предусматривается:

- в части Резервного фонда: приостановить до 1 января 2013 г. действие нормы о предельном размере дефицита бюджета в размере 1% прогнозируемого ВВП; разрешить использование средств Фонда для обеспечения сбалансированности бюджета в объемах, утвержденных Федеральным законом о федеральном бюджете;

- изменение бюджетных показателей осуществлять *только на текущий финансовый год* в случае сокращения нефтегазовых доходов бюджета более чем на 15% по сравнению с утвержденными показателями;

- расширить возможности предоставления дотаций из региональных бюджетов на поддержку сбалансированности местных бюджетов путем снятия действующего ограничения - не более 10% общего объема межбюджетных трансфертов;

- предусмотреть возможность возврата в 2009 г. в федеральный бюджет временно свободных средств, предоставленных в виде имущественного взноса Российской Федерации в Фонд содействия реформированию ЖКХ и Российскую корпорацию нанотехнологий. В 2010-2011 гг. эти средства будут восстановлены;

- изменить порядок администрирования таможенных платежей - перечислять их напрямую в федеральный бюджет, минуя промежуточные счета таможенных органов и исключительно в валюте Российской Федерации (не затрагивая прав участников внешнеэкономической деятельности). Эта мера позволит мобилизовать более 100 млрд. руб., находящихся на 14 промежуточных счетах Федеральной таможенной службы России.

Кроме того, уточнены состав и наименование документов, представляемых при рассмотрении и утверждении положений Федерального закона о федеральном бюджете.

В условиях кризиса в финансово-экономической сфере федеральный закон "О федеральном бюджете на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов" претерпел изменения¹³ в части, уточняющей параметры федерального бюджета

¹⁰ О бюджете Федерального фонда обязательного медицинского страхования на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов: Федер. закон от 25 нояб. 2008 г. № 215-ФЗ // Рос. газ. 2008. 28 нояб.

¹¹ О внесении изменений в Федеральный закон "О бюджете Федерального фонда обязательного медицинского страхования на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов": Федер. закон от 28 апр. 2009 г. № 79-ФЗ // Рос. газ. 2009. 5 мая.

¹² См.: www.duma.gov.ru.

¹³ О внесении изменений в Федеральный закон "О федеральном бюджете на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов": Федер. закон от 17 июля 2009 г. № 146-ФЗ. Доступ из СПС "КонсультантПлюс".

на 2009 г., а также предусматривающей дополнительные меры финансовой поддержки субъектов РФ, финансового рынка, рынка труда, отраслей экономики и социальной поддержки населения.

Необходимо отметить, что скорректированные показатели российского бюджета выгодно отличаются от антикризисных бюджетов государств - членов СНГ и большинства европейских стран. В первую очередь, это обусловлено общим увеличением расходов и сохранением в полном объеме социальных обязательств государства. Ни по одному из направлений социальной поддержки граждан - пенсиям, пособиям, компенсациям, стипендиям - не планируется снижения финансирования. Более того, Закон предусматривает существенное увеличение размеров пенсий и полное индексирование выплат и пособий с учетом инфляции.

Обращает на себя внимание и факт, что было перераспределено более 50 млрд. руб., в том числе:

- 20 млрд. руб. выделено Агентству по ипотечному жилищному кредитованию для поддержки строительной индустрии и решения жилищных проблем граждан за счет 300 млрд. руб., предусмотренных на поддержку банковской системы;

- из средств на предоставление бюджетных кредитов регионам на цели дорожного хозяйства направляется 25 млрд. руб. Бюджетный кредит будет предоставляться на 3 года под 1/4 ставки рефинансирования ЦБ РФ. При этом регион сам будет определять, достраивать ли ему мост или вложить деньги в ремонт и содержание автомобильных дорог;

- 3 млрд. руб. направлено на формирование уставного капитала Государственной транспортной лизинговой компании (стало 6 млрд. руб.) в целях удешевления стоимости строительства дорог;

- 600 млн. руб. - на увеличение выплат ежемесячного денежного вознаграждения за класс-

ное руководство в части процентной надбавки к зарплате и стаж работы в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях;

- 287,5 млн. руб. - на обеспечение деятельности Фонда "Русский мир", который реализует ряд международных проектов, в том числе программу "Русский язык";

- 145 млн. руб. дополнительно выделено на Федеральную целевую программу "Глобальная навигационная система".

Теоретический базис функционирования государственных внебюджетных фондов как категорий бюджетного права формирует основу для законодательного регулирования отдельного звена бюджетной системы. Бюджетную систему Российской Федерации невозможно рассматривать без ее правовой реализации, которая складывается из особенностей практического применения, т.е. юридической практики.

Изменения, вносимые в настоящее время в Бюджетный кодекс Российской Федерации и федеральный закон "О федеральном бюджете на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов", имеют временный характер и не могут являться предпосылками модификации фундаментальных основ бюджетной системы, поскольку изменение законодательных основ регулирования данных сфер не влечет за собой изменений в теоретическом базисе.

Совершенствование бюджетной системы Российской Федерации в условиях мирового экономического кризиса является необходимым для поддержки социально-экономического развития России. Внесение изменений позволяет оказать поддержку социально важным сферам государства. Влияние юридической практики на совершенствование бюджетной системы огромно, поскольку эффективность показателей внедряемых инновационных процессов и результативность перераспределяемых средств достигаются лишь при ее реализации.

Поступила в редакцию 03.08.2009 г.

РАЗДЕЛЕНИЕ И ВЫДЕЛЕНИЕ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ПЕРСПЕКТИВЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

© 2009 Е.В. Дробышева

Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск

Рассмотрены причины, по которым необходимо включить в нормы законодательства правовое регулирование разделения и выделения субъектов РФ. Предложены определения разделения и выделения субъектов, сделан вывод о возможности внесения необходимых изменений в действующее законодательство.

В настоящее время происходит глобальное развитие законодательства, вызванное осуществлением коренных изменений, связанных с образованием в составе Российской Федерации новых субъектов. Строительство новой государственности представляет собой решение давно назревших проблем, однако предпринятые законодателем меры для этого явно недостаточны. Анализ норм принятых федеральных конституционных законов, а также практика их реализации дают основание говорить о наличии пробелов и противоречий в правовом регулировании процессов изменения субъектного состава страны. В частности, законодателем оставлены без внимания такие процессы, как разделение и выделение субъектов Российской Федерации, не установлен предел укрупнения субъектов Федерации. Кроме того, при наличии регламентации нормами права двух процессов - образования нового субъекта Федерации и принятия в состав Российской Федерации нового субъекта - отсутствует законодательное определение субъекта Федерации как такового.

В настоящее время можно констатировать, что в современной российской юриспруденции нет разработанной концепции изменения субъектного состава Федерации. Развитие законодательства пошло в одном сугубо узком направлении - укрупнения субъектов Федерации. Однако, очевидно, что на данном этапе развития федеративных отношений существование целостной концепции, включающей все способы изменения субъектного состава страны и отражающей основные цели и задачи изменения субъектного состава Российской Федерации, его приоритеты, этапы и пределы, безусловно, необходимо.

Изменение состава субъектов Российской Федерации регулируется федеральным конституционным законом "О порядке принятия в Россий-

скую Федерацию и образования в ее составе нового субъекта Российской Федерации" от 17 декабря 2001 г. № 6-ФКЗ¹ (далее - Федеральный конституционный закон № 6-ФКЗ). В настоящее время указанный закон допускает только два способа изменения субъектного состава Федерации: объединение двух и более субъектов Федерации, а также принятие в состав Российской Федерации иностранного государства или его части с предоставлением статуса субъекта Федерации. Однако изначально предмет правового регулирования данного конституционного закона был более широким. Согласно п. 1 ст. 5 первоначального варианта проекта Федерального конституционного закона № 6-ФКЗ образование нового субъекта могло быть осуществлено в результате:

- 1) объединения двух и более граничащих между собою субъектов Федерации;
- 2) разделения территории субъекта Федерации на самостоятельные территории с предоставлением им статуса субъекта, при этом субъект, территория которого подлежит разделению, прекращал бы свое существование;
- 3) выделения из состава субъекта Федерации определенной территории с предоставлением ей статуса субъекта Федерации;
- 4) выделения из состава двух и более граничащих между собой субъектов Федерации определенной территории с предоставлением ей статуса субъекта Федерации;
- 5) преобразования субъекта Федерации в связи с изменением его конституционно-правового статуса, не влекущего изменения территориальных границ данного субъекта².

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 52. Ч. 1. Ст. 4916.

² Емельянов А.С. Конституционная реформа: Юридические, политические и экономические аспекты укрупнения субъектов Российской Федерации. Доступ из СПС "Гарант".

Вместе с тем в ходе рассмотрения законопроекта в Федеральном Собрании его текст претерпел основательные изменения. В результате в заключительном варианте была оставлена единственная процедура - образование в составе Российской Федерации нового субъекта, не связанное с принятием в Российскую Федерацию иностранного государства или его части, которое может быть осуществлено только в результате объединения двух и более граничащих между собою субъектов Федерации, что свидетельствует об однозначной ориентации федерального центра на укрупнение субъектов Федерации.

Отсутствие правового регулирования таких способов изменения состава субъектов Федерации, как выделение или разделение, не позволит оперативно отреагировать в случае возникновения необходимости разделения субъектов, например, при возможных межэтнических конфликтах либо при возникновении трудностей, связанных с управлением значительными по размеру субъектами Федерации, в том числе появившимися в результате укрупнения двух и более субъектов.

И выделение, и разделение субъектов Федерации должны стать крайне редко используемыми способами изменения субъектного состава Российской Федерации, но регулирование их нормами права должно обязательно иметь место как средство спасения, которое используется в исключительных случаях.

Хотя случаи правового регулирования разделения либо выделения субъектов Федерации являются не частыми, они все-таки имеют место быть, что свидетельствует о высоком уровне развития конституционного законодательства в соответствующих государствах. Прежде всего, речь идет о стране с большим опытом построения федеративных отношений - Федеративной Республике Германии.

В соответствии с Основным законом Федеративной Республики Германии изменение субъектного состава возможно по инициативе федерации и по инициативе избирателей. Статья 29 Основного закона страны устанавливает, что территория федерации может быть переустроена федеральным законом, который нуждается в утверждении путем референдума - в данном случае переустройство возможно по инициативе федерации. Мнение заинтересованных земель должно быть учтено. При этом во внимание должны приниматься земляческая общность, историчес-

кие и культурные связи, хозяйственная целесообразность, а также требования развития региональной инфраструктуры и территориального планирования. Референдум проводится в землях, из территории или частей территории которых должна быть образована новая или с новыми границами земля. Данный случай является особенным для конституционного права - когда Основной закон страны допускает разделение и выделение субъектов. Решение об образовании новой или с новыми границами земли считается принятым, если за него проголосовало большинство населения в целом и на частях территории заинтересованных земель большинство населения высказалось за эти изменения; решение будет считаться отрицательным, если большинство населения на территории хотя бы одной из заинтересованных земель отклоняет эти изменения, однако отклонение не принимается, если на части территории, чья принадлежность должна измениться, большинство в две трети выразит согласие на изменение, за исключением случая, когда на всей территории заинтересованной земли большинство в две трети отклонит изменение.

Переустройство федерации по инициативе избирателей осуществляется при следующем условии: если во взаимосвязанном ограниченном населенном и хозяйственном пространстве, части которого расположены в нескольких землях и которое имеет не менее одного миллиона жителей, десятая часть избирателей путем народной инициативы потребует введения на этой территории единой принадлежности к земле. В данном случае посредством федерального закона в течение двух лет должно быть определено - или изменяется принадлежность территории в порядке, указанном выше, или в заинтересованных землях будет проведен народный опрос. Если в результате народного опроса народная инициатива о принадлежности к земле получает одобрение в установленном порядке, то издаваемый в последующем федеральный закон о принадлежности к земле уже не требует утверждения на референдуме. Прочие изменения территориального состояния земель Федеративной Республики Германии могут осуществляться посредством государственных договоров между заинтересованными землями или посредством федерального закона с согласия Бундесрата, если на территории, чья принадлежность к земле должна измениться, проживает не более 10 тыс. жителей, однако

обязательно предполагается учет мнения заинтересованных общин и округов. Для Конституции Федеративной Республики Германии характерно отсутствие норм, предусматривающих принятие в ее состав в качестве нового субъекта иностранного государства или его части. Это обусловлено историко-политическими причинами, в частности принципом неизменности послевоенных границ.

Следует выделить две причины, исходя из которых правовое регулирование разделения либо выделения субъектов является необходимым и крайне важным. В первую очередь, это наличие, а также потенциальная возможность возникновения межнациональных конфликтов. Это совсем не означает, что автором приветствуется такой способ урегулирования межнациональных отношений, как разделение субъекта и возникновение двух и более субъектов на национальной основе. Кроме того, исходя из теории управления, координировать действия более чем восьми десятков субъектов с успешным результатом крайне сложно, из чего следует, что дальнейшее дробление субъектов Федерации нецелесообразно. Однако с учетом имеющегося опыта национальной политики Российской Федерации стоит учесть, что разделение Чеченской Республики и Ингушетии накануне подписания Федеративного договора способствовало тому, что на территории Ингушетии ситуация в настоящее время менее напряженная, нежели в соседней Чечне. Снятию конфликтности в регионе также способствовало выделение из Краснодарского края Республики Адыгея.

Содержательный анализ межнациональных конфликтов в пределах России позволяет сгруппировать их в три основных типа:

- конфликты, доминирующую роль в которых играют национальные притязания. Они касаются соседствующих народов и этнических групп и могут приобретать весьма острый характер (наиболее яркий пример - осетино-ингушский конфликт, а также напряженность в связи с территориальными спорами в Кабардино-Балкарии);

- конфликты, связанные с требованиями выхода из России и полной государственной самостоятельности, так называемые сепаратистские конфликты. В данном случае речь идет о Чечне, а также Татарстане в период до подписания договора о разграничении полномочий;

- статусные конфликты, в основе которых лежит желание расширить административно-уп-

равленческие полномочия в соответствующем регионе. Такой конфликт может быть и не связан с национальными интересами каких-либо этнических образований, национальный аспект здесь раскрывается лишь в отношении к проблеме целостности России и признанию (либо непризнанию) авторитета Российского государства³.

Во вторую очередь, причиной необходимости правового регулирования разделения либо выделения субъектов Российской Федерации является необратимость результатов объединения субъектов Федерации. В настоящее время возникло пять новых субъектов Федерации: Пермский край, Камчатский край, Красноярский край, Иркутская область, Забайкальский край. Вместе они занимают почти 1/4 территории Российской Федерации, один только Красноярский край занимает около 13% территории всей страны. Насколько эффективным будет управление столь значительными по размеру субъектами? Более того, в научной литературе высказываются опасения, что создание субъектов, обладающих значительными территориальными, экономическими и политическими ресурсами, может поставить под угрозу целостность Российского государства. Таким образом, может возникнуть необходимость использования механизма разделения вновь созданного субъекта Федерации, который в настоящее время отсутствует.

Кроме того, не следует забывать, что целью создания новых субъектов Федерации является повышение уровня жизни населения соответствующих субъектов Федерации - об этом говорит первая статья каждого из федеральных конституционных законов, регулирующих образование новых субъектов Федерации - Пермского края, Камчатского края, Красноярского края, Забайкальского края и Иркутской области. В настоящее время отсутствуют нормы права, позволяющие инициировать процесс разделения субъектов, если соответствующий результат не будет достигнут.

Таким образом, автор полагает, что правовое регулирование процессов разделения и выделения субъектов Федерации является необходимым, хотя и рассчитанным на крайне редкие случаи применения, в целях решения наиболее острых проблем. В многообразии субъектов Феде-

³ Здравомыслов А.Г., Матвеева С.Я. Межнациональные конфликты в России // Обществ. науки и современность. 1996. № 2. С. 154.

рации нет ничего страшного, если их формируют естественные, а не насильственные процессы, если создание субъекта направлено на благо народа.

В связи с этим предлагается расширить предмет правового регулирования Федерального конституционного закона № 6-ФКЗ и включить в его текст правовые дефиниции следующих возможных способов изменения субъектного состава Российской Федерации.

Выделение нового субъекта Российской Федерации - способ изменения субъектного состава Российской Федерации, при котором из территории существующего субъекта (либо существующих субъектов) Российской Федерации выделяется новый субъект, при этом прежний субъект (субъекты) сохраняет свое существование в рамках изменившейся территории.

Разделение субъектов Российской Федерации - способ изменения субъектного состава Российской Федерации, при котором из существующего субъекта Российской Федерации образуется два и более новых субъекта Федерации, при этом прежний субъект прекращает свое существование.

Применение таких способов изменения субъектного состава Российской Федерации, как выделение и разделение субъектов, следует ограничить закрепленными в Федеральном конституционном законе № 6-ФКЗ требованиями и условиями. Поскольку перечисленные в действующей редакции Федерального конституционного закона № 6-ФКЗ требования носят универсальный характер, автор полагает возможным их применение и в случае выделения и разделения субъектов.

Прежде всего, это добровольность, которая предполагает отсутствие какого-либо принуждения для инициирования соответствующего способа изменения субъектного состава страны, т.е. инициатива подобного процесса должна исходить непосредственно от субъекта Федерации.

Другим основным требованием Федерального конституционного закона № 6-ФКЗ утверждает одновременное соблюдение:

- государственных интересов Российской Федерации;
- принципов федеративного устройства;
- прав и свобод человека и гражданина, а также учет сложившихся исторических, хозяйственных и культурных связей субъектов Российской Федерации, их социально-экономических возможностей.

Следует отметить, что большая часть из перечисленных позиций являются категориями оценочными, в частности “государственные интересы”, “сложившиеся исторические и культурные связи”, “социально-экономические возможности”. Также определенно нет возможности сделать вывод о том, кто является субъектом, принимающим решение о соблюдении данных требований при образовании нового субъекта либо принятии нового субъекта в состав Федерации. Таким образом, очевиден декларативный характер требований, содержащихся в ст. 3 Федерального конституционного закона № 6-ФКЗ, и для того чтобы не порождать конституционные кризисы, их сущность можно разъяснить с помощью научных исследований, а также с помощью правового разъяснения этих вопросов через решения Конституционного Суда Российской Федерации или принятие поправок в Федеральный конституционный закон № 6-ФКЗ либо урегулировать путем вошедших в силу обычаев.

Поскольку закон использует термин “основные требования”, можно сделать вывод, что перечень не является исчерпывающим и при изменении субъектного состава должны соблюдаться и иные требования, не попадающие в категорию “основных”. В научной литературе достаточно часто обозначается такое требование к образуемому субъекту, как экономическая, в том числе бюджетная, самодостаточность будущего субъекта⁴. Это является особенно актуальным для процессов разделения и выделения субъекта Федерации. Для того чтобы определить, сможет ли соответствующая территория функционировать в качестве самостоятельного субъекта Федерации, в литературе предлагается предоставлять “испытательный срок” для достижения финансово-бюджетной самодостаточности, в случае непрохождения которого допускается добровольный и легитимный отказ от статуса полноправного члена Федерации, сопровождаемый, с одной стороны, перераспределением части экономических и социальных функций в пользу центра, а с другой - получением особых федеральных привилегий и льгот. В частности, это отказ от бюджетной самостоятельности, переход на содержание федерального бюджета⁵.

⁴ Конюхова И.А. Современный российский федерализм и мировой опыт. М., 2004. С. 309.

⁵ Михайлова Н.А., Парамонов А.Р. Образование в составе Российской Федерации нового субъекта: теория и практика. Режим доступа: <http://www.ilpp.ru/5591726531>.

Вместе с тем отсутствие универсальных критериев экономической самодостаточности делает нецелесообразным закрепление данного требования нормами законодательства.

Условия инициирования соответствующего способа изменения субъектного состава Российской Федерации носят конкретный характер, и для каждого способа изменения состава субъектов Федерации можно выделить соответствующий перечень условий. Для выделения и разделения субъектов Федерации автором предлагаются следующие условия:

- закрепить в правовых нормах запрет на создание «сложносоставного» субъекта Федерации, т.е. исключить ситуацию, когда один из субъектов граничит только с другим субъектом и при этом не имеет границы с другим государством;

- при выделении определять статус будущего субъекта на референдуме заинтересованного субъекта, при разделении предоставлять новым

субъектам статус, аналогичный статусу разделяемого субъекта;

- не присваивать новым субъектам наименования, отражающие принадлежность к определенной национальности.

Специфика норм конституционного права состоит в том, что они, прежде всего, рассчитаны не на решение сиюминутных проблем, а на закрепление основ существующей системы федеративных отношений, в рамках которой могут функционировать и реализуют свое предназначение все субъекты федеративных отношений.

Таким образом, в целях гарантирования соблюдения прав и свобод человека на всей территории Российской Федерации включение в действующее законодательство норм, регулирующих разделение и выделение субъектов, является обоснованным и необходимым, а дальнейшие научные исследования данной проблематики позволят усовершенствовать действующие правовые нормы.

Поступила в редакцию 05.08.2009 г.

ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ КАК КОНСТРУКЦИЯ / ПРАКТИКА ЮРИДИЧЕСКОГО ЯЗЫКА

© 2009 С.Н. Касаткин

Самарская гуманитарная академия

На основе осмысления специфики юридического языка проясняются методологические основания теории правосубъектности, дается критический анализ ее реалистических и фикционных интерпретаций. Правосубъектность как догматическая категория полагается определенным конструктом юридического языка, лингвистической / социальной практикой.

Правосубъектность и теория юридического языка

Категория субъекта права является одной из фундаментальных, ее разработка обуславливает успешное решение целого ряда общих и специальных проблем правопорядка и правовой теории. Между тем в современной российской юриспруденции вопрос о самой природе субъекта права, онтологических, доктринально-аксиоматических основаниях его определения остается достаточно запутанным и зачастую игнорируется в научной и учебной литературе. В частности, отсутствует четкость в вопросе о субъекте права, поставленном и решенном как проблема юридической догматики¹: какая трактовка субъекта права (какой способ употребления данного термина) является юридически значимым? по каким правилам и критериям следует определять правосубъектность, наделять ею? существуют ли какие-нибудь ограничения в признании / приписывании кому-либо / чему-либо статуса субъекта права? и пр.

Одна из причин подобной путаницы и нечеткости, как представляется, состоит в непроясненности и неудовлетворительности методологических оснований самой правовой теории, в частности, в приверженности большинства ее построе-

¹ Юридическая догматика рассматривается автором как специфически юридический проект, сопряженный, с одной стороны, с формально-логическим изложением официального права, с другой - с осмыслением / конструированием социальности / словоупотребления с официально-правовых позиций. Обособление правовой догмы от других дискурсов о праве осуществляется через юридизацию словоупотребления, постановку вопроса о юридическом значении определяемого понятия (т.е. связанных с ним различий в правовой квалификации, правовом статусе / режиме, обязательности и принудительности юридических следствий и т.п.). Подробнее см.: *Касаткин С.Н.* Словоупотребление и правовая теория. Язык юридической догматики // *Вопр. экономики и права.* 2009. № 4, *Он же.* Юриспруденция и словоупотребление. Догма права и проект юридизации правовых понятий // *Проблема правосубъектности: современные интерпретации.* Самара, 2009. С. 33-38.

ний натуралистическому (эссенциалистскому) восприятию права и дескриптивной трактовке языка. Рассмотренные в качестве составляющих социального мира право и правовые явления презюмируются здесь как некие объективно существующие, очевидные данности, как вещи *sui generis* и вещи в себе с предзаданными и устойчивыми границами, свойствами, закономерностями, доступные “внешнему” наблюдению, измерению, описанию. Инструментом последнего выступает язык (также понимаемый как особый объект) - абстрактная знаковая система, элементы которой являются обозначениями существующих данностей, вторичны по отношению к ним и обладают фиксированным (буквальным) значением, предопределенным своими референтами (правом, правовыми явлениями) и правилами языковой системы (юридического языка, правовой теории). Лингвистические построения (дескрипции) оцениваются с точки зрения истинности / ложности, т.е. их соответствия или несоответствия описываемым объектам, сущностям, фактам, их реальности или фиктивности.

Отсюда, например, теория правосубъектности как особый дескриптивный язык должна представить (зачастую единственно возможное) достоверное описание своего референта - субъекта права и его значимых характеристик, предложить соответствующую образцовую систему словоупотребления, номинации. Обнаруженная истина обращается в деонтологический постулат, выступающий далее в качестве аргумента при обосновании и оценке тех или иных законодательных новелл, доктринальных утверждений, моделей регламентации².

² В рамках указанного воззрения проблемы описания объекта (и объяснения причин их плюрализма) зачастую разлагаются на две группы: первая из них связана со сложностью, многосторонностью, иной специфичностью референта, вторая - с нечеткостью, противоречивостью и иной неразработанностью инструмента (языка, теории). Яркий пример этого - споры о правопонимании.

Изложенный вариант обхождения с правом как с вещью (очевидной данностью) и с языком как инструментальной описательной системой знаков с фиксированным значением выступает молчаливой презумпцией рассуждений о праве в сегодняшней российской юриспруденции, практикуется без должного прояснения и обоснования, во многом не учитывает специфику социального мира и характеризующие ее разработки социогуманитаристики XX в. Принятие последних обуславливает концептуализацию социальности как реальности конструктивной, лингвистической, смысловой, нормативной - как "поля" смыслов, ценностей, норм, совместно создаваемых и воспроизводимых людьми³, конституируемых и манифестируемых посредством языка, точнее "языковых игр", т.е. лингвистических практик / деятельности членов сообщества, "форм [их] жизни"⁴. Бесконечное множество языковых игр рождает многообразие социальных миров. Не имея четких фактуальных аналогов и обусловленных ими ограничений, слова и выражения языка обретают свое значение (границы, стабильность и определенность) только в контексте конкретной языковой игры, в способе (практике, традиции) своего употребления, тем самым формируя и удерживая собственные пространства референции. Язык есть не столько внешняя дескрипция, сколько фундаментальная и неразрывная часть социальных миров. Отсюда, говорить об описании здесь можно только условно: социальность непонятна и невозможна вне своего описания (означивания, номинации), она существует как производство и воспроизводство описаний, их принятие и вменение, конкуренция, борьба за них; давая описания, мы в определенном смысле соучаствуем в создании, продлении, изменении социального. Таким образом, возможность проверки лингвистических построений (дескрипций) на их истинность / реальность / соответствие обозначаемым данностям исключается при сохранении иных критериев оценки: непротиворечивости, функциональности, легитимности и др.

³ См.: Шюц А. Избранное: Мир, светящийся смыслом. М., 2004; Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. М., 1995. См. также применение методологии социального конструктивизма к анализу права: Поляков А.В. Общая теория права. Курс лекций. СПб., 2001. Лекция 3. Правогенез. С. 132-163.

⁴ Витгенштейн Л. Философские исследования. М., 1994. См. также: Козлова М.С. Идея "языковых игр" // Философские идеи Людвиг Витгенштейна. М., 1996.

Развивая сказанное, можно утверждать, что право как феномен социального является особой языковой игрой, совокупностью лингвистических правил и практик; история права есть опыт становления и обособления систем словоупотребления, а осмысление права является постижением специфики и механизма действия его языка. Разнообразие трактовок термина "право" (*jus, law, Recht, droit, diritto, derecho* и т.п.) и иных вовлекаемых в языковую практику терминов-понятий, расхождения в отношении к наличному словоупотреблению (его сохранение или реформа) и прочее обуславливают действие множества теорий, в том числе объединенных под вводящей в заблуждение официальной рубрикой "теория права", с различными аксиомами, целями, вопросами, инструментами. При этом создание правовой теории - описательной или нормативной - в любом случае конструирует язык, выступающий не столько метаязыком⁵, имеющим привилегированный статус и говорящим, подобно законодателю, от лица Истины и Разума, сколько еще одним вариантом словоупотребления, действующим наряду с другими, конкурирующим с ними.

Соответственно, реализация значимого в рамках данной работы проекта юридической догматики сопряжена с осмыслением и практикованием юридического языка, соучастием в его создании, совершенствовании, изменении, воспроизводстве. Иными словами, постановка и решение проблемы юридического языка выступает основанием для постановки и решения иных общих и специальных проблем юриспруденции, в том числе проблем правосубъектности.

В свете этого обратим внимание на предложенную британским философом Гербертом Хартом трактовку права как юридического языка. Право полагается автором в качестве особого сегмента речи, связанного с провозглашением и применением правил, а его нормы не являются "языковыми или логическими правилами, но в большой степени правилами для принятия решений"⁶. Отсюда судебное решение всегда есть "соединение или смесь фактов и права"⁷, и, хотя

⁵ О проблематике юридической науки как метаязыка см., в частности: Горяинов О.В. Монизм и плюрализм юридического языка (к вопросу о мифической структуре юриспруденции) // Проблема правосубъектности: современные интерпретации. Самара, 2009. С. 51-56.

⁶ Hart H.L.A. The Ascription of Responsibility and Rights // Essays on Logic and Language. 1951. Vol. 7. P. 156.

⁷ Ibid. P. 146.

оно так или иначе соотносится с фактами (поддерживается или опровергается ими), оно укоренено в социальных по своей природе юридических понятиях, принципах, нормативах, в специфическом юридическом словоупотреблении, в контексте и посредством которого происходит утверждение / квалификация той или иной событийности, фактичности.

Построения Харта во многом согласуются с заявленной ранее позицией: даже будучи обусловленным и непроизвольным в своем принятии и использовании, юридический язык не сводим к описанию неких самодостаточных, объективно существующих данностей⁸, в его основе лежит специфическая нормативная логика, конституирующая собственное социальное / референциальное пространство (способ обхождения / концептуализации), в рамках которого той или иной событийности фактичности приписываются характеристики, задаются возможности и ограничения, вменяются следствия⁹. Соответственно, видится некорректным традиционное истолкование юридических норм как истинностных описаний, восприятие правовых презумпций как претендующих на истинность и подверженных опровержению вероятностных предположений, а правовых фикций - как заведомо ложных описаний. Подоб-

⁸ То, что правовые нормы и положения обусловлены и ориентированы на определенный экосоциокультурный контекст своего принятия и действия, отнюдь не обосновывает вывод об их описательном или предсказательном характере по отношению к последнему (см., например: *Харт Г.Л.А.* Определение и теория в юриспруденции. Пар. II // Правоведение. 2008. № 6).

⁹ Ср. с пониманием нормы как схемы истолкования сущего и придание ей (правового) смысла у Г. Кельзена (см.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М., 1987. С. 11 и др.) и характеристикой типичности права у Э. Паттаро, согласно которой фактические события или субъекты трактуются как надлежащие / ненадлежащие, действительные / недействительные знаки, проявления соответствующих нормативных типов (*Pattaro E.* The Law and The Right: A Reappraisal of the Reality that Ought to Be // *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence.* Dordrecht, 2005. Vol. 1. Ch. 2). Ср. также с рассуждениями Ю.Е. Пермякова о связи норм и инстанции: последняя возможна в силу того, что создано определенное нормативное пространство (*Пермяков Ю.Е.* Философские основания юриспруденции. Самара, 2006). Получается, что, с одной стороны, юридический язык формирует поле и границы инстанции, учреждает ее, с другой - инстанция сама есть типовая репрезентация и механизм работы юридического языка (подобно мифическому судье Геркулесу в концепции Р. Дворкина, способному обзреть все существующие официальные правила, обосновывающие и оправдывающие их правовые принципы и вынести следующее из права (но не всегда очевидное) единственно правильное решение (*Dworkin R.* Law's Empire. Cambridge; London, 1986)).

ный взгляд пренебрегает спецификой юридического языка (права как языковой игры), порождает иллюзорную оппозицию реальности-фиктивности в оценке положений правовой теории и юридической практики, в том числе в оценке феномена правосубъектности.

Критика дескриптивизма в теориях правосубъектности

С учетом вышеизложенного обратимся к анализу имеющихся трактовок правосубъектности, разделяя последние на реалистические и фикционные. При этом если следовать традиционной типологии правопонимания, то реалистические теории будут, как правило, представлены юснатурализмом и социологическими интерпретациями права, а фикционные - концепциями юспозитивизма¹⁰. Именно последняя разновидность сосредоточена на проблемах юридического языка и аналитического правопонимания и представляется наиболее значимой для разработки юридико-догматической теории правосубъектности, тогда как первая, будучи укорененной в отличных от официальной теории языковых играх, является недогматической (и даже антидогматической): ее позиции не следует воспринимать как ответы на вопросы, заявленные в начале статьи, при том, что их можно использовать при прояснении оснований правовой догмы и официального права.

Реалистические трактовки правосубъектности

В реалистических моделях субъект права рассматривается как ("объективная", "естественная", "априорная") данность, существующая

¹⁰ Подобное соотнесение не является строгим. Кроме того, существуют концепции, ясно не относимые ни к одному из названных видов. Например: субъектом права "могут быть всевозможные представления персонального характера", поскольку их предмету (подлежащему) "приписываются права и обязанности... Подлежащих (представляемых) существ сообразно богатству и причудливости человеческой фантазии необозримое множество: разные предметы неживой, но представляемой одушевленной природы: камни, растения и проч., животные и их духи, люди, их зародыши, их духи после смерти, человеческие (представляемые) общества и учреждения, разные божества и иные бестелесные духи" (*Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 333). Для обзора концепций правосубъектности см., в частности: *Архипов С.И.* Субъект права: теоретическое исследование. СПб., 2004; *Козлова Н.В.* Понятие и сущность юридического лица: очерки истории и теории. М., 2003; *Поляков А.В.* Указ. соч.; и др.

(относительно / абсолютно) независимо от его официального (и даже социального) признания и употребления, данность, составляющая основания, пределы и логику закрепления субъектности в юридическом языке как способе его отражения, гарантирования и воспроизводства. За “искусственными” (отличными от реальных) субъектами, учреждаемыми в юридическом языке, правосубъектность отрицается вовсе или признается ее условный (фиктивный) характер¹¹.

Так, сохраняется взгляд, согласно которому субъект права - это всегда человек, индивид, а потому “первоначальное понятие о лице или субъекте права должно совпадать с понятием о человеке, и это первоначальное тождество понятий может быть выражено в следующей формуле: всякий отдельный человек, и только отдельный человек, правоспособен”¹². Отсюда перенесение правосубъектности на нечто иное, не являющееся человеком, воспринимается как не соответствующая действительности искусственная сущность (*quasi homo, personae vice fungitur*)¹³.

Не менее ярким примером реалистического подхода является и принятие (объективация) как очевидной (внесоциальной) данности всеобщих, равных, неотчуждаемых прав человека, присущих ему от рождения, и составляющих, таким образом, основу для любого права (и любой государственности).

Подобные построения видятся значимыми как стремления найти / утвердить онтологические, социальные, содержательные и прочие основы субъектности в праве, критерии и пределы установления и использования соответствующих юридических конструкций, показать / предписать обусловленность, произвольность последних¹⁴.

¹¹ Подобные суждения как раз и обнаруживают выход за пределы официального права / юридического языка. Такая позиция, как кажется, предполагает прояснение собственной языковой игры и обоснование ее преимущества перед другими.

¹² Savigny K. System des heutigen romischen Rechts. 1840. Vol. 2. § 60. S. 2 (цит. по: Шершеневич Г.Ф. Философия права. Ч. 1. Общая теория права. Т. 3-4. М., 1910. § 62).

¹³ Ср.: “Говорить в правоведении о физических и юридических лицах, как о двух видах субъектов прав, все равно, что ставить в естественно-научной классификации рядом с человеком огородное чучело, созданное наподобие человека, для отпугивания птиц” (Brinz. Lehrbuch der Pandekten. 1857 (цит. по: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.)).

¹⁴ Трудно не согласиться, например, с утверждениями, что существование и эффективность права (как социальной / лингвистической практики) сопряжено с его принятием и реализацией активными, “волящими”, социально и юриди-

Вместе с тем принятие реалистическими теориями - без необходимого прояснения и обоснования - эссенциализма (“объективных начал”) в трактовке субъектности и дескриптивизма в понимании права как языковой игры ведет к игнорированию конструктивно-аскриптивного характера юридического языка, препятствует как рассмотрению субъектности в качестве определенной позиции внутри системы социальных статусов - смыслового пространства, конституируемого и воспроизводимого в языковых практиках членов сообщества, так и анализу различных и многообразных (несводимых к защите прав или наложению обязанностей на активного деятеля) мотивов и оснований конструирования (признания / вменения) субъектности в праве¹⁵.

Соответственно, изменение подобного отношения к языку повлечет за собой и замену дескриптивного взгляда на юридические конструкции, переход от требований согласования официальных установлений с той или иной постулируемой подлинной сущности субъекта права, от деления юридически признанных субъектов права на реальные и фиктивные к анализу практики употребления юридического языка, оценке обоснованности и значимости (официального) определения кого-либо / чего-либо в качестве правового лица.

чески зрелыми деятелями, способными к признанию и воспроизводству правовых ценностей, норм, конструированию / идентификации на их основе социальных фактов, что право не может создавать таких деятелей по своему желанию (нормой или распоряжением) и способно лишь так или иначе их ограничивать, что пренебрежение связанностью права с такими деятелями, непродуманность механизма реализации принятых образцов будет умножать неработающие положения / инструменты (“фикции”), число которых влияет на эффективность и значимость самого права (см., например: Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1999; Поляков А.В. Указ. соч. С. 549-560).

¹⁵ Ср.: “Все право существует ради интересов людей, и если эти интересы приводят в настоящее время к тому, что каждый человек считается правоспособным, то те же интересы требуют создания субъектов права и помимо человека. Если субъект права не всегда совпадает с человеком, то это потому, что необходимо обособить отношения, в которых состоят отдельные люди, от отношений, заинтересовывающих многих, в виде определенной совокупности (общество) или даже неопределенного числа заинтересованных людей (учебное заведение, музей, больница). Если бы субъектами права были только люди, то остались бы неосуществленными многочисленными интересами людей вследствие опасности смешения имущества отдельного лица с имуществом, предназначенным для общих интересов, вследствие опасности разрушения имущества от смертной природы человека, как субъекта права” (Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.).

Фикционные трактовки правосубъектности

В отличие от реалистических, фикционные теории, наоборот, подчеркивают конструктивистский характер правосубъектности. Субъект права здесь есть артефакт, искусственный продукт творчества “законодателя”, официального права. “Субъект права - не антропологическое, а чисто юридическое представление. Субъект права не то же самое, что человек, это только одно его свойство, созданное объективным правом... Субъекты права - это те центры, юридические точки, к которым нормами объективного права прикрепляются субъективные права, как корреляты обязанностей, возложенных на членов правового общения”¹⁶. Отсюда не случайно рассмотрение субъекта права как приема юридической техники, “типовой схемы и принципа действия”¹⁷ и т.п., составляющего элемент права как особой языковой игры.

Конструктивность, разделяемая фикционным подходом, касается не только отдельных свойств или видов субъектов, но и правовой личности как таковой. Это касается и индивидов - “атомов” реалистических теорий правосубъектности: обеспечение функционирования юридического языка обуславливает вменение им таких статусных черт, как свобода, разумность, целостность, ответственность и др. Конструктивность может распространяться и на государство, фигурирующее в классическом юспозитивизме как данность, порождающая право: в современных версиях этой концепции государство (“законодатель”, “суверен”) само трактуется как феномен права, ук-

¹⁶ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.

¹⁷ Алексеев С.С. Юридические конструкции - ключевое звено права // *Гражданско-правовые записки*. М., 2001. С. 6. Ср.: “Научный интерес к субъекту права “как таковому” исходит от аналитического правоведения, которое ставит знак равенства между ним... и типом правового мышления. Их тождество выступает аксиомой практической юриспруденции”. “Субъект права рассматривается юридической наукой как объект, образ поведения которого вписывается в логику права, т.е. некую обусловленную правовыми нормами последовательную цепочку актов”. “Субъект права, иначе говоря, познается юридической наукой в той мере, в которой ей удастся построить некий алгоритм его поведения. Приобретаемое ею знание не свидетельствует о “фактах” и единичных сущностях, но служит обнаружению неких типов поведения в той или иной системе значения” (*Пермяков Ю.Е.* Субъект права как тип правового мышления и основание юридической конструкции // *Проблема правосубъектности: современные интерпретации*. Самара, 2009. С. 33-38). См. также: *Pattaro E.* Cit. op.

ренного в гипотетической “основной норме” или “правилах признания” как согласованной практике должностных лиц по определению того, что является правом в сообществе¹⁸.

При всем этом для фикционных теорий характерно постулирование формальной неограниченности приписывания правосубъектности кому-либо / чему-либо и вынесение за скобки анализа возможных фактических и содержательных пределов и оснований подобного признания. Указание на опасность такого взгляда (неспособность сдерживать произвол власти, потворство злоупотреблениям ею)¹⁹, хотя и представляется значимым критерием оценки теории, но не является очевидным аргументом для исключения аутентичности и практической ценности его концептуальных построений.

Вместе с тем необходимо отметить общую неадекватность понятия фикции как теоретической модели правосубъектности, неприемлемость самой формы объяснения через фикцию и в практическом, и в теоретическом плане. С одной стороны, отсылка к официальному праву, “государственной воле” и т.п. зачастую не дает удовлетворительного разъяснения правосубъектности, устранившись от определения ее содержательных критериев и культивируя миф о всемогуществе “законодателя”: за любым (в том числе случайным, ошибочным) официальным решением здесь признается абсолютная способность порождать к жизни / умерщвлять правовые сущности. С другой стороны, введение фикции следует трактовать как признак неспособности теоретического познания, создание видимости последнего, “неразгаданность” онтологических и доктринально-аксиоматических оснований определения субъекта права (да и самой фикции как специфической формы его репрезентации). Фикция скрывает

¹⁸ См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 1. М., 1987; Вып. 2. М., 1988; *Харт Г.Л.А.* Понятие права. СПб., 2007.

¹⁹ Выводом из юспозитивистской доктрины является то, что “лицо в качестве субъекта права возникает, существует и прекращается по воле государства и полностью зависит от позитивного права конкретного исторического периода. Дальнейшее развитие данного положения может привести нас к тому, что, отказывая какой-либо категории лиц в признании их в качестве субъектов права, государство может позволить себе в отношении последних любую форму жестокости и несправедливости” (*Никищенко М.А.* Субъект права как категория естественного и позитивного права // *Проблема правосубъектности: современные интерпретации*. Самара, 2004. С. 23).

механизм работы / употребления юридического языка, что наиболее ярко проявляется на примере “нефизических” лиц, например корпораций. Применяемая к ним терминология внешне схожа с той, которая используется по отношению к индивидам. Однако она применяется здесь особым образом, предполагающим собственную основу и способ словоупотребления, сдвиг в значении терминов: последние соотносятся с обстоятельствами не только (и не столько) посредством правил обыденного языка, но и посредством норм права. Фикционные же теории подменяют приписывание статусных (субъектных) характеристик их описанием, аналогию - тождеством, сдвиг в значении термина - фикцией, предполагая, что в данной ситуации мы используем слова в их обычном значении, но просто делаем вид, что есть нечто (подлинный субъект), к чему они применяются²⁰.

Соответственно, и здесь изменение отношения к языку предполагает пересмотр дескриптивного взгляда на юридические конструкции, переход от дихотомии реальности / вымысла и квалификации несоответствий норм и терминов объективным данностям в качестве фикций к прояснению практики употребления юридического языка, оценке обоснованности и значимости (офици-

ального) определения кого-либо / чего-либо в качестве правового лица²¹.

Таким образом, продвижение в решении вопросов правосубъектности предполагает прояснение и переосмысление методологических оснований юриспруденции, в частности отказ от эссенциалистского восприятия правовых явлений как очевидных данностей, вещей и от дескриптивного истолкования языка права и правовой теории как описания объективной действительности, а соответственно, требует устранения сопряженной с этим иллюзорной дихотомии реальности-фиктивности в трактовке правового лица.

Перспективным в этом плане представляется концептуализация правосубъектности как определенной лингвистической конструкции / практики, осуществляемой в некоем контексте и обладающей определенной степенью функциональности и легитимности. При этом выстраивание юридико-догматической концепции правовой личности будет предполагать учет конструктивно-аскриптивной специфики юридического языка, а также четкую дифференциацию правовой догмы и иных дискурсов о праве через удержание вопроса о юридическом значении, раскрытие внутренней логики языковой игры официального права и ее “терапию”, критику.

Поступила в редакцию 01.08.2009 г.

²⁰ См.: Харт Г.Л.А. Определение и теория в юриспруденции. Пар. IV // Правоведение. 2008. № 6. Из этих рассуждений убедительно следует, что правовая фикция есть не заведомо ложное суждение о действительности, описание последней, но принятая в юридическом языке аналогия.

²¹ Так, например, используя понятия “сознание”, “намерение”, “воля” по отношению к субъектам-неиндивидам, следует иметь в виду применяемую здесь аналогию и сдвиг в значении, а при обосновании соответствующих официальных решений нужно опираться не на рассуждения о том, может ли субъект, называемый “юридическим лицом”, иметь сознание и волю, а значит, совершать правонарушения и нести за них ответственность, а на определение того, что даст введение такой аналогии в осуществлении значимых целей и ценностей.

“ЧРЕЗВЫЧАЙНАЯ СИТУАЦИЯ” И “БЕЗОПАСНОСТЬ”: НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТЕРМИНОЛОГИИ

© 2009 В.В. Пятилетов

Российская академия государственной службы
при Президенте Российской Федерации

Анализируются теоретические проблемы определения понятий “чрезвычайная ситуация” и “безопасность”, раскрываются особенности их законодательной фиксации, определяются основные перспективы исследования данных явлений в современной науке.

Необходимость исследования теоретических и практических проблем, связанных с формированием и обеспечением безопасности, в последние годы осознана в России достаточно четко, что выразилось и в активизации научных исследований по данной проблеме¹, и в принятии правовых актов, концептуализирующих государственную политику в соответствующей сфере².

Однако, несмотря на все научные и правотворческие усилия, проблемы, связанные с теорией безопасности, вряд ли можно отнести к числу решенных. Одним из таких “острых” моментов является, на наш взгляд, вопрос о соотношении таких явлений, как “безопасность” и “чрезвычайная ситуация”. Проблема весьма важная как в теоретическом, так и в практическом аспектах. По данным МЧС России, в 2008 г. в Российской Федерации произошло 2146 чрезвычайных ситуаций, в том числе 1596 техногенного, 161 природного и 37 биолого-социального характера. В результате произошедших чрезвычайных ситуаций погибли 4441 человек и пострадали 7484 человека³. Как отмечалось в федеральной целевой про-

грамме “Снижение рисков и смягчение последствий чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера в Российской Федерации до 2010 года” (утв. Постановлением Правительства РФ от 6 января 2006 г. № 1), в среднесрочной перспективе кризисы и чрезвычайные ситуации остаются одним из важнейших вызовов стабильному экономическому росту.

В современной литературе сложилась традиция рассмотрения данных явлений с использованием методологии системного подхода⁴. При этом безопасность воспринимается как объект-система, а чрезвычайная ситуация - как фактор внешнего негативного воздействия, посягающий на целостность системы. Отсюда и ставший вполне традиционным вывод о том, что чрезвычайная ситуация есть угроза безопасности. Этой позиции придерживаются, например, авторы курса “Общая теория национальной безопасности”⁵, причем не просто обозначают данную точку зрения, но и предпринимают попытку классифицировать чрезвычайные ситуации в зависимости от их источника и специфики. Об этом же пишет и Г.В. Федулов⁶.

Признавая оправданность подобного подхода к разрешению обозначенной теоретической проблемы, полагаем, что полноценный анализ соотношения рассматриваемых явлений требует обращения к вопросу определения содержания понятий “безопасность”, “угроза безопасности”, “чрезвычайная ситуация”.

Легальная дефиниция понятия “безопасность” дается в ст. 1 закона РФ “О безопаснос-

¹ См., например: *Возженников А.В.* Национальная безопасность России: Методология комплексного исследования и политика обеспечения. М., 2002; *Герасимов А.П.* Теоретико-правовые проблемы становления и развития экономической безопасности российской государственности (методологическое и теоретико-правовое исследование): Дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2001; *Мугулов Ф.К.* Безопасность личности: теоретические и прикладные аспекты социологического анализа. Сочи, 2003; *Общая теория национальной безопасности* / Под ред. А.А. Прохожева. М., 2002; *Степаншин С.В.* Безопасность человека и общества. СПб., 1994; и др.

² См.: Об утверждении концепции национальной безопасности Российской Федерации: Указ Президента РФ от 17 дек. 1997 г. № 1300 // *Российские вести.* 1997. № 239; Доктрина информационной безопасности Российской Федерации: Утв. Президентом РФ 9 сент. 2000 г. № Пр-1895 // *Рос. газ.* 2000. № 187.

³ См.: <http://www.mchs.gov.ru>.

⁴ См., например: *Афанасьев В.Г.* Системность и общество. М., 1980. С. 35, 132.

⁵ *Общая теория национальной безопасности* / Под ред. А.А. Прохожева. М., 2002. С. 121.

⁶ *Федулов Г.В.* Защита населения от чрезвычайных ситуаций в Российской Федерации: конституционно-правовое регулирование: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 8.

ти” от 5 марта 1992 г. № 2446-1⁷: *это состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз.*

Вместе с тем определение сложно отнести к числу удачных, так как при его формулировании неизвестное определено через другое неизвестное. Для раскрытия содержания термина мы должны определить и такие понятия, как “жизненно важные интересы”, “защищенность”, “внутренние и внешние угрозы”. Тем не менее, ключевое свойство такого явления, как “безопасность”, определение отражает, характеризуя его как состояние, т.е. некую качественную характеристику общественных отношений.

Чрезвычайная ситуация как угроза внутренней безопасности

Легальное закрепление понятия “чрезвычайная ситуация” дано в федеральном законе “О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера” от 21 декабря 1994 г. № 68-ФЗ⁸, согласно ст. 1 которого чрезвычайная ситуация - это “обстановка на определенной территории, сложившаяся в результате аварии, опасного природного явления, катастрофы, стихийного или иного бедствия, которые могут повлечь или повлекли за собой человеческие жертвы, ущерб здоровью людей или окружающей среде, значительные материальные потери и нарушение условий жизнедеятельности людей”. В приведенном определении выделяют причину и последствия - квалифицирующие признаки чрезвычайной ситуации. При этом причина - опасное природное явление, катастрофа, стихийные или иные бедствия; последствия - наличие человеческих жертв, причинение ущерба здоровью людей или окружающей среде, значительные материальные потери⁹.

Являясь базовым, Закон все же не содержит закрепленных определений таких понятий, как “катастрофа”, “стихийное бедствие”, “авария”, содержание которых раскрывается в иных нормативных актах. Так, понятие аварии содержится в федеральных законах “О радиационной бе-

зопасности населения” от 9 января 1996 г. № 3-ФЗ¹⁰, “О промышленной безопасности опасных производственных объектов” от 21 июля 1997 г. № 116-ФЗ¹¹, в Правилах пользования системами коммунального водоснабжения и канализации в Российской Федерации, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 12 февраля 1999 г. № 167¹², в ГОСТе Р 22.0.05-94 “Безопасность в чрезвычайных ситуациях. Техногенные чрезвычайные ситуации. Термины и определения”. В последнем документе также содержится определение стихийного бедствия и катастрофы.

Ситуация будет являться чрезвычайной, если в результате аварии, стихийного бедствия, катастрофы наступили или могут наступить следующие последствия: человеческие жертвы, ущерб здоровью людей или окружающей среде, нарушение условий жизнедеятельности людей и значительные материальные потери.

Постановление Правительства РФ “О классификации чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера” от 21 мая 2007 г. № 304¹³ закрепляет следующие категории чрезвычайных ситуаций:

- чрезвычайную ситуацию локального характера, в результате которой территория, на которой сложилась чрезвычайная ситуация и нарушены условия жизнедеятельности людей, не выходит за пределы территории объекта, при этом количество людей, погибших или получивших ущерб здоровью, составляет не более 10 человек либо размер ущерба окружающей природной среде и материальных потерь составляет не более 100 тыс. руб.;

- чрезвычайную ситуацию муниципального характера, в результате которой зона чрезвычайной ситуации не выходит за пределы территории одного поселения или внутригородской территории города федерального значения, при этом количество пострадавших составляет не более 50 человек либо размер материального ущерба составляет не более 5 млн. руб., а также данная чрезвычайная ситуация не может быть отнесена к чрезвычайной ситуации локального характера;

- чрезвычайную ситуацию межмуниципального характера, в результате которой зона чрезвычайной ситуации затрагивает территорию двух и более

⁷ Российская газета. 1992. № 103.

⁸ Там же. 1994. 24 дек.

⁹ См.: *Артемов Е.В., Семенова М.Н.* Комментарий к Федеральному закону “О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера” от 21 декабря 1994 г. № 68-ФЗ. Доступ из СПС “ГАРАНТ”.

¹⁰ Российская газета. 1996. 15, 17 янв.

¹¹ Там же. 1997. 30 июля.

¹² Собрание законодательства Российской Федерации. 1999. № 8. Ст. 1028.

¹³ Российская газета. 2007. 26 мая.

поселений, внутригородских территорий города федерального значения или межселенную территорию, при этом количество пострадавших составляет не более 50 человек либо размер материального ущерба составляет не более 5 млн. руб.;

- чрезвычайную ситуацию регионального характера, в результате которой зона чрезвычайной ситуации не выходит за пределы территории одного субъекта Российской Федерации, при этом количество пострадавших составляет свыше 50 человек, но не более 500 человек либо размер материального ущерба составляет свыше 5 млн. руб., но не более 500 млн. руб.;

- чрезвычайную ситуацию межрегионального характера, в результате которой зона чрезвычайной ситуации затрагивает территорию двух и более субъектов Российской Федерации, при этом количество пострадавших составляет свыше 50 человек, но не более 500 человек либо размер материального ущерба составляет свыше 5 млн. руб., но не более 500 млн. руб.;

- чрезвычайную ситуацию федерального характера, в результате которой количество пострадавших составляет свыше 500 человек либо размер материального ущерба составляет свыше 500 млн. руб.

По причине возникновения чрезвычайные ситуации могут быть разделены на природные и антропогенные.

По скорости распространения чрезвычайные ситуации можно разделить на внезапные, стремительные, умеренные и плавные. Внезапные чрезвычайные ситуации происходят практически одновременно (например, взрывы¹⁴). Стремительные чрезвычайные ситуации характеризуются высокой скоростью распространения - пожары, ураганы и т.д. Умеренные ситуации по скорости распространения уступают вышеназванным, но могут охватывать более крупные территории. К таким ситуациям можно отнести, например, наводнения. Плавные чрезвычайные ситуации могут длиться месяцы и даже годы (например, эпидемии, засухи и т.д.).

Кроме этого, согласно Концепции национальной безопасности РФ¹⁵ ухудшение экологической ситуации в стране и истощение ее природных ресурсов находятся в прямой зависимости от состояния экономики и готовности общества осоз-

¹⁴ Например, взрыв автобуса в Тольятти 31 октября 2007 г.

¹⁵ Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 52. Ст. 5909.

нать глобальность и важность данных проблем. Для России эта угроза особенно велика из-за преимущественного развития топливно-энергетических отраслей промышленности, неразвитости законодательной основы природоохранной деятельности, отсутствия или ограниченного использования природосберегающих технологий, низкой экологической культуры. Имеет место тенденция к использованию территории России в качестве места переработки и захоронения опасных для окружающей среды материалов и веществ. В этих условиях ослабление государственного надзора, недостаточная эффективность правовых и экономических механизмов предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций увеличивают риск катастроф техногенного характера во всех сферах хозяйственной деятельности.

Несколько шире понятие "чрезвычайные ситуации" трактуется относительно деятельности заграничных учреждений и российских граждан, находящихся за рубежом. Указ Президента РФ "О мерах в случае возникновения чрезвычайных ситуаций для деятельности заграничных учреждений Российской Федерации и российских граждан, находящихся за рубежом" от 2 ноября 1994 г. № 2058¹⁶ относит к таким чрезвычайным ситуациям не только стихийные бедствия, эпидемии, крупные аварии и катастрофы в стране пребывания или сопредельных странах, но и:

- крайнее обострение международных отношений и возникновение непосредственной угрозы агрессии против Российской Федерации;
- агрессию против Российской Федерации;
- осуществление вооруженного нападения на страну пребывания;
- участие страны пребывания в вооруженных конфликтах;
- ведение военных действий в странах, сопредельных со страной пребывания;
- крайнее обострение внутривнутриполитической обстановки в стране пребывания;
- экстремистские проявления, террористические акты в отношении заграничных учреждений и отдельных граждан Российской Федерации в стране пребывания;
- иные экстремальные случаи.

Для признания всех этих обстоятельств чрезвычайной ситуацией необходимо наличие главного признака - непосредственной угрозы жизни и здоровью российских граждан.

¹⁶ Российская газета. 1994. 19 нояб.

В развитии любой чрезвычайной ситуации можно условно выделить несколько стадий.

Стадия зарождения - появление предпосылок к возникновению чрезвычайной ситуации. При этом к предпосылкам относятся не те обстоятельства, которые потенциально могут привести к развитию чрезвычайной ситуации, а те, которые при отсутствии надлежащих мер противодействия практически с неизбежностью приведут к возникновению чрезвычайной ситуации.

Стадия развития - начало непосредственной чрезвычайной ситуации.

Стадия кульминации - максимальное развитие поражающих факторов, большая скорость протекания, "взрывной" характер распространения.

Стадия ликвидации (локализации) - ограничение зоны действия чрезвычайной ситуации и постепенная ликвидация ее последствий.

Выделение указанных стадий имеет практическое значение для аварийно-спасательных служб и формирований, принимающих участие в ликвидации чрезвычайной ситуации и ее последствий.

При подготовке настоящей статьи был проведен опрос 100 человек методом случайной выборки. Опрошенным был предложен один вопрос: "Назовите событие, которое, на ваш взгляд, можно квалифицировать как чрезвычайную ситуацию". 75% опрошенных назвали события природного или техногенного характера, которые отечественный законодатель квалифицирует как причины чрезвычайных ситуаций; 25% респондентов указали события, которые "чрезвычайны" лишь в индивидуальном плане, - потерю работы, болезнь близких или самого опрошенного, финансовый кризис, поломку автомобиля и т.д.

Безусловно, данный опрос ни в коей мере нельзя признать неким законченным социологическим исследованием, но мы убеждены, что при серьезной репрезентативной выборке результаты будут сопоставимы. В индивидуальном плане чрезвычайная ситуация для человека - это процесс возникновения в течение короткого периода экстремальных условий, преодоление которых требует высокого персонального порога (уровня) физической, физиологической, психической, моральной адаптированности.

Проблема индивидуального, личностного восприятия чрезвычайных ситуаций, проецируемого на общественное или групповое сознание, как фактора, определяющего политику в области безопасности в целом, и как фактора, определяющего уровень социально-политической напряженности в частности, нуждается, на наш взгляд, в серьезной самостоятельной разработке.

Возвращаясь к заявленной проблеме соотношения категорий "безопасность", "угроза" и "чрезвычайная ситуация", сделаем некоторые выводы.

Проведенный анализ легальных дефиниций, содержащихся в действующих российских нормативных актах, показал следующее:

1. Термины "*безопасность*" и "*чрезвычайная ситуация*" используются законодателем для обозначения определенных состояний общественных отношений.

При этом под безопасностью понимается *качественная* характеристика общественных связей, при которой жизненно важные интересы личности, общества и государства реализованы либо созданы все условия для их фактической реализации.

Под чрезвычайной ситуацией понимается *фактическое состояние* общественных отношений, возникающее после определенных в законе событий.

Представляется, что по своему содержанию явления, обозначаемые в законодательстве как "безопасность" и "чрезвычайная ситуация", относятся к различным характеристикам общественной жизни и потому не могут оцениваться в категориях "фактор" и "следствие". В этой связи чрезвычайная ситуация как обстановка не исключает состояния защищенности жизненно важных интересов (безопасности) при условии, что лица, уполномоченные принимать меры по ликвидации чрезвычайных ситуаций, исполняют возложенные на них законом обязанности.

2. Необходимо исследовать чрезвычайные ситуации как систему, предполагающую сочетание как фактических, так и правовых явлений для уяснения видового разнообразия общественных связей, могущих возникать в такой обстановке, и для определения влияния таких связей на состояние безопасности. В частности, в структуре чрезвычайной ситуации можно выделять ее причины, последствия, действия по ликвидации. По всей видимости, отдельные элементы чрезвычайной ситуации можно квалифицировать как угрозы безопасности.

3. Техничко-правовой уровень исследования соотношения категорий "безопасность" и "чрезвычайная ситуация" не должен восприниматься как единственно возможный, терминология, используемая в методологии МЧС, - как исчерпывающая объемы соответствующих понятий. Необходимо исследовать индивидуальные уровни восприятия чрезвычайных ситуаций для уяснения их влияния на социально-политическую ситуацию в стране в целом и в отдельных регионах в частности.

СОВРЕМЕННЫЕ ПАРАДИГМЫ ТЕОРИИ ПРАВА

© 2009 М.А. Беляев

Воронежский государственный университет

Рассматривается парадигмальный (нормативный) аспект существования правовой науки. Проанализированы признаки парадигм юридического мышления, дана их развернутая классификация, показана связь парадигм теории права с философским аспектом мировоззрения. Кроме того, исследованы функции парадигм в современной теории права.

В следующем номере журнала будет представлено окончание статьи.

Понятие “парадигма”, введенное в научный оборот Т. Куном в работе “Структура научных революций”, пользуется последние несколько десятилетий огромной популярностью в философии и методологии науки. Причиной тому служит, как нам представляется, стоящий за этим термином удачно выбранный способ обобщения реально существующих особенностей коллективной научной деятельности, позволяющий сконцентрировать внимание на наиболее значимых характеристиках общего для определенного числа исследователей концептуально-смыслового пространства, в рамки которого данные исследователи стремятся вписывать собственные научные результаты. “Ученые, - утверждает Т. Кун, - научная деятельность которых строится на основе одинаковых парадигм, опираются на одни и те же правила и стандарты научной практики. Эта общность установок и видимая согласованность, которую они обеспечивают, представляют собой предпосылки для нормальной науки, то есть для генезиса и преемственности в традиции того или иного направления исследования”¹. Таким образом, категория парадигмы и сам парадигмальный анализ наиболее востребованы там, где есть место истории науки, где поставлена задача вскрыть механизм эволюционного и революционного изменения научных выводов, методов, картины мира в целом. Актуальность парадигмального анализа несомненна и для философии науки.

Однако в случае с теорией права попытка применить данный подход вызовет если не возражение, то во всяком случае недоумение, связанное с невозможностью эксплицирования истории юриспруденции как смены парадигм. Проблема здесь заключается в следующем. Сам способ формирования корпуса юридического знания всегда опирался не только на опытные данные, извлекаемые знатоками права из собственной

деятельности; кроме того, имело место некоторое привнесение метафизического элемента (особенно это заметно в концепции идеального государства Платона, в идее иерархических законов человеческого общества Фомы Аквинского). Эти элементы не только автоматически включались в систему юридического знания на правах главенствующих принципов, но и выполняли прескриптивную функцию по отношению к нижним уровням правового мышления и деятельности: предписывали определенный взгляд на право в целом, нормировали его онтологические и ценностные характеристики. Более того, то, что мы можем назвать метафизическими составляющими правового сознания, служило также способом локализации государственно-правовых феноменов в картине мира того или иного общества в то или иное исторически определенное время, т.е. выполняло функцию мировоззренческой ориентации, по сути, функцию философии, но не в противоречии с последней, а как бы в союзе с ней либо под ее маской.

Согласно Т. Куну, смена картины мира в науке происходит благодаря новой интерпретации опытных данных или каким-то уникальным открытиям. В юриспруденции подобного никогда не было - открыть что-то в этой науке невозможно в силу ее несвязанности с миром объективно существующей живой и неживой природы, а все возможные “изобретения”, т.е. собственно правовые новации, не требовали, как правило, парадигмального обоснования (так как в самой природе права заложены не только органическая связь с публичной властью, но и определенный элемент произвола, до конца не устранимый и позволяющий обходиться без мировоззренческих аргументаций в случае политической или иной схожей потребности).

Смена парадигм - событие революционное, но правовая наука лишена элемента революционности (ярчайший исторический пример - юрис-

¹ Кун Т.С. Структура научных революций. М., 2003. С. 31.

пруденция в первые годы советской власти, решившая вначале принципиально отказаться от своего “буржуазного прошлого”, но уже через 10 лет окончательно возвратившаяся к нему во всем существенном, что касалось, например, институтов гражданского права, и тем более теоретико-правовых категорий).

Кроме того, немаловажным фактом, свидетельствующим против линейного понимания истории развития теоретико-правового мышления, можно назвать феномен концептуального плюрализма, окончательно сложившийся в правоведении в XIX столетии и приобретший впоследствии невиданные масштабы. Если изначально всякая новая концепция права преподносилась ее авторами и сторонниками как *критика прежней картины правовой действительности*, то впоследствии множество новых концепций формировалось, не выходя за пределы одного и того же дискурсивного пространства, используя одинаковые гносеологические средства и апеллируя к однопорядковым ценностям - факт тем более удивительный, что историки правовой науки совсем не обращали на него внимания!

Поэтому ответить на вопросы о том, чем являются парадигмы в правовой науке и какова их методологическая роль, представляется актуальной науковедческой задачей, имеющей и определенное философско-правовое значение. Ниже мы дадим один из возможных вариантов ее решения.

Парадигма, очевидно, может пониматься как способ отличить позицию одной научной школы от другой. В эпоху Средневековья во всех отраслях знания резко различающихся научных направлений не наблюдалось, господствовало так называемое *communis opinio doctorum*, гарантией единства которого выступала как теология, так и прочно устоявшийся способ мышления. Принципиальное изменение последнего происходит в XIV - XV столетиях (Ренессанс). Ренессансный гуманизм принес с собой идею свободы, творческой активности личности, призыв к наслаждению жизнью как перманентному процессу созидания нового. Это не могло не вызвать определенный дрейф базовых ценностных и когнитивных установок в политико-правовых учениях. Закономерное обособление политики от религии и морали, осуществленное впервые в блестящих, прагматически ориентированных трудах Н. Макиавелли, продемонстрировало новые запросы соци-

альных наук, связанные с радикальной автономизацией их предметности.

В теории права очищение дискурсивного пространства от богословских сентенций и принципов вызвало к жизни потребность в новых метафизических основаниях. К этому времени исследователи ясно себе представляли, что всякая наука, имеющая отношение к человеческому обществу, должна опираться на ту или иную актуальную обстановку, фактическое положение дел в мире. Признавалось, что основную роль в историческом процессе играли невыводимые из теологии человеческие представления и поступки, базирующиеся на принципе целесообразности. Публичная власть (центральное понятие государственно-правовой науки) в таком случае включает цель в самой себе, а государство становится субстанциально значимой силой (ср.: образ государства как мифического Левиафана у Т. Гоббса).

Вследствие таких глубинных трансформаций в юриспруденции наблюдается сознательный отказ от всеобъемлющего теоретизирования, в то время как учение о государстве обогащается целым рядом новых категорий и принципов² (понятие суверенитета власти Ж. Бодена; принципиальная критика догосударственного состояния общества и апология абсолютизма в работах Т. Гоббса и пр.). Реальный процесс формирования национальных государств сопровождается не только забвением прежнего противопоставления “града земного” и “града Божьего”, но и квазинаучным введением гипотетического феномена “естественного состояния человека”, под которым подразумевается существование эгоистичных и жестоких людей, лишенных элементарных форм самоуправления. Переход к государственной форме социального бытия объявлялся безусловным благом, а право людей на мирное сосуществование, ради которого они готовы жертвовать свободой, считалось первым естественным правом. Таким образом, наука впервые не критикует наличное положение дел в обществе, а оправдывает его, стараясь вписать явление абсолютизма в круг универсальных закономерностей социума. Кроме того, в правовой науке оформляется понятие субъекта, являющегося своего рода

² Формирование новых понятий философии права рассмотрено в работе П.И. Новгородцева: *Новгородцев П.И. Лекции по истории философии права // Сочинения / Сост., вступ. ст. и прим. М.А. Колерова, Н.С. Плотникова. М., 1995. С. 59-78, 94-96.*

конструктивным описанием государства как носителя не только абсолютной власти, но и отдельных полномочий. Интересно здесь то, что пока в праве не было потребности выходить за рамки повседневных интерпретаций, та же самая государственная власть описывалась привычными понятиями, в истоке которых прослеживалось религиозное начало. Отдельные же граждане (при том, что они уже фактически являлись субъектами права: такое разделение было актуальным со времени Римской империи) оставались “беспредметными” для научного дискурса, поскольку в изучении абстрактных носителей прав и обязанностей потребности не возникало. Но с того времени как роль государства в Европе стала изменяться, с того времени как появилась сила, во многом противоположная обществу, возникла теоретико-правовая потребность в категории субъекта. Хотя слово “субъект” мы не найдем, например, в работах Гоббса, дефицит терминов для “плана выражения” никак не влиял на “план содержания”, так как сам смысл органицизма в трактовке государства указывает на принципиально новый, в данном случае субъектный, аспект его понимания.

Позиция Т. Гоббса такова: каждый человек должен не просто выйти из естественного состояния, изменившись внутренне, но и передать часть своих прав новому лицу - государству, выступающему искусственной, но жизненно необходимой социальной конструкцией. Государство, оно же - гражданское общество, оно же - искусственный человек, Левиафан, получает в итоге необъятную власть, которая уже не может быть разделена, ограничена и пр., поскольку передача прав от отдельных лиц есть действие уникальное, в истории не повторяющееся.

Против такой теоретической схемы оппоненты Гоббса возражали на основании того, что история не знает таких примеров или что невозможно представить себе, как огромная масса народа соберется вся вместе и осуществит передачу этих прав (и как в ее сознании вообще могут возникнуть представления о том, что она располагает какими-либо правами), и т.п. Однако следует отметить, что концепция Гоббса при всей ее оригинальности для своего времени, во-первых, не претендовала на историзм, что находилось в полном согласии с избранной ее автором эмпирической методологией, а во-вторых, - и здесь мы встанем на защиту гоббсовской позиции, - ее ос-

новоположение о государстве имело и имеет значение не исторического факта, а того фундаментального допущения, которое сродни абстрактным объектам в современных физических теориях. Известно, что абстрактный объект есть результат особого приема - идеализации, суть которой состоит в допущении в качестве объяснительной схемы существования некоего носителя свойств, особой сущности, в действительности не существующей (или существующей в виде, весьма далеком от установленного в теории). Причем набор свойств, как правило, фиксирован и определяется кругом решаемых научных задач, в которых введенная абстрактная сущность выполняет роль объекта, носителя свойств. Можно с уверенностью сказать, что Гоббс применяет именно метод идеализации, когда говорит о генезисе государства и приписывает ему как абстрактному объекту ряд свойств, выводимых из тех частей, которые составляют целое. Детерминизм Гоббса носит механистический характер, автор еще не знает органической целостности социального объекта, не видит в государстве качеств, принципиально нередуцируемых к свойствам отдельных людей и их коллективов. Но сам способ объяснения, избранный Гоббсом, являлся для своего времени новаторским.

На примере концепции Гоббса допустимо сформулировать основные признаки парадигмы юридического мышления. Во-первых, парадигма юридического мышления всегда основана на мировоззренческой интерпретации реально существующих феноменов политико-правового характера (будем далее иметь в виду, что всякая парадигма не только концентрируется на объяснении современных ей обстоятельств социального бытия, она также направлена в противоположные стороны относительно линии времени, ибо дает прогнозы на будущее и вписывает в свою концептуальную систему многочисленные факты прошлого, “осовременивая” их новой интерпретацией).

Во-вторых, возникновение парадигм юридического мышления возможно только в контексте тотальной дискредитации метафизических апелляций философии к вечной, неизменной и совершенной природе права, общества, государства, божественного абсолюта. Если метафизический уровень не устраняется из структуры концепции, включить в ее ткань новые мировоззренческие интерпретации не представляется возможным.

Таким образом, можно с уверенностью утверждать, что чем более высока степень секуляризации данного общества, тем более развит в общественном сознании плюрализм в социально-гуманитарных науках.

В-третьих, формирование в составе теории права парадигмы сопровождается определенными научными новациями: вводятся новые объяснительные схемы, изменяющие в ту или иную сторону круг вовлеченных в теоретический анализ феноменов; изменяется состав абстрактных объектов и способ их координации в единой теоретической системе (к примеру, впервые в Новое время учеными ставятся вопросы генезиса права); получают своеобразное прагматическое оправдание те или иные способы и методы работы с объектом теории и пр. Таким образом, каждая новая парадигма совершает своеобразную революцию в теории права тем, что как бы “перечеркивает” достижения той же самой теории, осуществленные под знаком предыдущей парадигмы. Другими словами, самокритика теории права при смене парадигмы достигает своего апогея и приобретает деструктивный характер.

Данные метатеоретические выводы мы считаем необходимым подкрепить конкретно-историческими примерами, взятыми из современности. Ниже мы рассмотрим юридические парадигмы, сформировавшиеся в XX столетии в европейском социокультурном пространстве.

Следует сказать, что теория права за последнее столетие претерпела ряд весьма значимых трансформаций. Главной тенденцией развития теоретико-правового знания стало его движение к все более и более абстрактным, обобщающим формам. На этом пути наметились два решения. Первое связано с формулировкой новых парадигм юриспруденции, нацеленных на ее универсализацию. Второй путь обобщения теоретико-правового знания возник за счет внутринаучной рефлексии, самоосознания теоретической юриспруденции, ее интенсивного самоанализа. Сосредоточим внимание на первой из названных закономерностей.

Резкий рост числа концепций права связан с тектоническими сдвигами в общественном сознании эпохи. Постиндустриальное общество отличается небывалыми и неизвестными доселе темпами развития, что особенно заметно в информационной сфере. Как пишет А. Кармин, “в человеческом обществе появляется новая, надбиологическая форма информационного процес-

са: объективированная в создаваемых людьми знаковых системах социальная информация сохраняется и осваивается последующими поколениями, благодаря чему ее объем в истории общества со временем быстро возрастает. Так образуется огромный, живущий в постоянном изменении и развитии мир социальной информации (смыслов, значений) - “вторая Вселенная”, сотворенная человеком. Она интересна субъективна и существует в социальной реальности, будучи облачена в материальную оболочку языка слов и вещей”³. Информация в эпоху постиндустриального общества становится автономной ценностью, благом, имеющим вначале экономическое, а потом и духовное измерение.

В эпоху господства информационных технологий возникает определенная потребность в новой интерпретации хорошо знакомых и тривиальных явлений, в том числе и права. Реальность права для общества и отдельного индивида несомненна, а значимость - очевидна. Само правовое регулирование сегодня превратилось в часть того глобального информационного потока, о котором говорилось выше. Количество юридических норм и нормативных правовых актов возрастает непропорционально быстро в сравнении с общественными потребностями, которые уже не столько отражаются, сколько конструируются с помощью правовых средств. Расширяется сфера договорного регулирования (в особенности в международных отношениях), возникают новые формы регулирования в рамках традиционного правопорядка. Вся вторая половина XX в. (причем безотносительно к конкретному государству, поскольку эта тенденция универсальна) с точки зрения развития законодательства характеризуется понятием “информационно-правового взрыва”⁴ или, как пишут некоторые ученые, “юридификацией общества”⁵.

С ростом числа правовых актов расширяется также и область правового регулирования: в нее вовлекаются новые, неизвестные ранее об-

³ Кармин А. *Философия культуры в информационном обществе: проблемы и перспективы* // *Вопр. философии*. 2006. № 2. С. 53.

⁴ Этот феномен исследуется в работах западных ученых (см., например: *Habermas J. The Theory of Communicative Action*. Cambridge, 1996. Vol. 2; *Бержель Ж.-Л. Общая теория права*. М., 2000).

⁵ См., например: *Денисенко В.В. Юридификация общества и концепции правового регулирования* // *Вестн. Воронеж. гос. ун-та. Серия “Право”*. 2008. № 2. С. 56-62.

ществленные отношения. Как следствие, бурными темпами развиваются отраслевые юридические науки⁶ (прежде всего это административное право, гражданское право, экологическое право и международное право), каждая из которых тяготеет к автономизации своего предмета, понятийно-категориального аппарата, круга источников, выводимых закономерностей и предлагаемых прогнозов.

Система юриспруденции оказалась перенасыщенной всякого рода логическими абстракциями и обобщениями относительно тех или иных фактов; выводы теории права потеряли не только уникальность, но и значимость (одна наука, какой бы она общей ни была, не может отслеживать и обстоятельно анализировать все изменения правовой системы общества, даже если речь идет только о понятийно-правовом и методологическом уровнях). Те из ученых, кто не желал

мириться с постепенным растворением предмета теории права (фактически - с ее исчезновением как науки), перешли к попыткам содержательного и конструктивного обновления теоретической юриспруденции.

Главной формой такого обновления выступило выдвижение новых теоретико-правовых парадигм и идей, претендующих на парадигмальный статус, т.е. предлагающих универсальные модели, нормирующие ход научного анализа бытия человека в правовой действительности. Как правило, роль парадигм выполняли те или иные философские или междисциплинарные направления. Не претендуя на исчерпывающую полноту, укажем лишь некоторые из них:

- феноменология⁷;
- антропология⁸;
- герменевтика⁹;
- теория коммуникации¹⁰.

Поступила в редакцию 02.08.2009 г.

⁷ Здесь можно упомянуть работы дореволюционного российского правоведа Н.Н. Алексеева, а также немецких ученых А. Райнаха и Ф. Кауфмана и их многочисленных последователей (см.: Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1998; Kaufmann F. Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre (Logic and Jurisprudence. Basics for a System of Pure Legal Theory). Тьбинген, 1922. Reprint, Darmstadt: Scienta Verlag Aalen, 1966; Hamrick W. An Existential Phenomenology of Law: Maurice Merleau-Ponty. Dordrecht, 1987.

⁸ См.: Пучков О.А. Юридическая антропология и развитие науки о государстве и праве (теоретические основы): Дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2001; Law and anthropology: a reader / Ed. by S.F. Moore. Malden, 2006; Пилюгина Н.С. Антропологический метод познания права: теоретико-правовой анализ: Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2009.

⁹ См.: Губаева Т.В. Словесность в юриспруденции: Дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 1996; Корнеев В.В. Социокультурные основания интерпретации и апплицирования юридической нормы: Дис. ... канд. филос. наук. Воронеж, 1997; Атарщикова Е.Н. Герменевтика в праве: Дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2001; Юркина М.И. Понимание права: интеграция подходов: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005; Писаревский А.Е. Юридическая герменевтика: Социально-философская методология интерпретации и толкования правовых норм: Дис. ... канд. филос. наук. Краснодар, 2004; и др.

¹⁰ См.: Van Hooeke M. Law as Communication. Oxford, 2002; Коммуникативная концепция права: вопросы теории: Обсуждение монографии А.В. Полякова / Отв. ред. Д.И. Луковская. СПб., 2003.

⁶ Статус научности у отдельных направлений юриспруденции, структурированных по предмету исследования, также впервые возник лишь в XX столетии (в силу указанных нами причин). Сегодня термин "отраслевые юридические науки" ни у кого не вызывает вопросов и возражений.

ПРОБЕЛЫ В ПРАВЕ И РОЛЬ СУДОВ В ИХ УСТРАНЕНИИ

© 2009 Д.С. Космачев

Самарский государственный экономический университет

Рассматриваются теоретические и практические аспекты теории пробелов в праве, анализируется роль судов в процессе преодоления пробелов, дается оценка пробела как правового явления с точки зрения его места в системе правовой регуляции.

Проблема пробельности права весьма актуальна как в теоретическом, так и в практическом аспектах. Это связано с вопросами и правоприменения, и осмысления формы и содержания права.

В русском языке слово “пробел” имеет два значения. В прямом смысле пробел определяется как пустое, незаполненное место, пропуск (например, в печатном тексте), в переносном - как упущение, недостаток¹. При этом упущение характеризуется как неисполнение должного, недосмотр, ошибка по небрежности, а недостаток - как несовершенство, изъян, погрешность или неполное количество чего-либо.

Поэтому о пробеле можно говорить как в случаях, когда имеется намеренно не заполненное пространство, не подлежащее заполнению в силу специфики самого предмета, так и в случаях, когда пустое место является изъяном, упущением в его формировании. Пробел в прямом смысле является необходимым качеством самого предмета, при его утрате предмет перестает быть тем, что он есть в действительности. Восполнение пробела из внутренних источников невозможно, а из внешних исключено, поскольку создается качественно новое явление. Если принимать во внимание переносное значение слова, то, наоборот, признается необходимость устранения существующего недостатка. О пробелах в праве можно говорить преимущественно в переносном значении - как об одном из несовершенств права, отсутствии в нем того, что должно быть необходимым его компонентом. Некоторые юристы выделяют в праве “преднамеренные” пробелы, т.е. употребляют этот термин в прямом смысле. О таких пробелах говорят, например, там, где законодатель сознательно оставил вопрос открытым с целью предоставить его решение течению времени или отдал его решение на усмотрение практических органов. Сюда же относят

иногда случаи, когда закон содержит ссылки на какие-либо факторы, лежащие вне его (добрые нравы, практику и т.п.), а правоприменителю предоставляется право конкретизировать абстрактные понятия, употребленные в законе.

Отличительная черта пробела в праве состоит в том, что те фактические обстоятельства, в отношении которых отсутствует конкретное нормативное предписание, в общем и целом правом урегулированы: законодатель выразил здесь свою волю через урегулирование аналогичных обстоятельств, через общие нормы права, общие и отраслевые правовые принципы. Таким образом, пробелы представляют собой своего рода пропуски в правовом пространстве, в ткани юридических норм, которые нежелательны и в принципе должны быть исключены из общего правила, адекватного правового регулирования социальной сферы.

Пробелы могут быть различными. Прежде всего, выделяют пробелы во время появления: первичные (первоначальные), возникшие в момент издания нормативно-правовых актов, как правило, в результате упущения правотворческих органов, и последующие (вторичные), появившиеся после издания правовых актов, в процессе развития общественных отношений.

Пробелы могут быть в законах, в указах главы государства, в постановлении правительства, в инструкции министерства. В соответствии со структурой норм права выделяют пробел в гипотезе, пробел в диспозиции, пробел в санкции².

Пробелы в праве должны устраняться законодателем по мере их обнаружения. В силу системности права, тесного взаимодействия элементов системы права пробел в праве можно преодолеть еще в процессе реализации права, а именно в процессе правоприменения. В данной связи С.С. Алексеев вполне справедливо отмечает, что “восполнение пробелов в праве - это специфичес-

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1987. С. 491.

² Власов В.И. Теория государства и права. Ростов н /Д, 2002. С. 96.

кая форма (метод) применения действующего права, при котором юридическое дело решается в соответствии с волей законодателя, не нашедшей, однако, выражения в конкретных юридических предписаниях”³.

Право по содержанию есть совокупность конкретно определенных правил поведения людей.

Понимание понятия “пробел” в законе или праве достаточно сложное, и в юридической литературе нет однозначной его трактовки, так как смешение фактических общественных отношений с правоотношениями, и особенно их включение в понятие права, затрудняет уяснение вопроса о пробелах.

Определяя право через нормы или совокупность норм, необходимо обращать внимание на применение права в общественных отношениях.

Сколь различны представления исследователей о сущности пробелов в праве, столь же разнообразны и основания классификаций, которые используются ими для разделения всей совокупности пробелов на определенные виды (классы, группы, разновидности).

Существуют действительные и мнимые пробелы в праве.

Так, действительный пробел - это действительное отсутствие нормы права, регулирующей конкретное общественное отношение, в том случае, когда такое отношение входит в сферу правового регулирования. Его следует отличать от мнимого или кажущегося пробела. Действительный пробел в праве может возникнуть с начала правового регулирования или вследствие развития новых отношений, которые не могли быть предусмотрены законодателем. Пробелы в праве объективно возможны, а в некоторых случаях просто неизбежны.

Вместе с тем действует правило, что если существует пробел, то нельзя на этом основании отказать в официальной правовой оценке поведения лиц, оказавшихся в ситуации, которая находится в сфере правового регулирования. Проблематика дачи официальной правовой оценки спорного правоотношения, прежде всего судами, будет рассмотрена ниже.

Пробел является мнимым в ситуации, когда определенный вопрос не регулируется правом, хотя, по мнению того или иного лица, группы лиц, должен быть урегулирован нормами права.

Мнимые (кажущиеся) пробелы вытекают из представлений, согласно которым общественное

³ *Алексеев С.С.* Государство и право. М., 1993. С. 45.

отношение должно быть урегулировано правовой нормой, хотя на самом деле оно вообще находится вне сферы, регулируемой правом (любовь, дружба и т.п.). Обычно такие представления характерны для людей, не сведущих в праве.

В.И. Акимов делит пробелы на законодательные (отношения, по каким-то причинам не урегулированные законодателем) и технические (возникающие в связи с тем, что суду не даны все необходимые указания для разрешения конкретного вопроса)⁴.

В.В. Лазарев называет еще такие виды пробелов, как полные и частичные, преодолимые и непреодолимые, простительные и непростительные, а также намеренные⁵.

Говоря о категории пробела в праве, можно остановиться на следующих его определениях.

Пробел в праве - несовершенство права, отсутствие реального содержания, которое должно являться необходимым его компонентом. Некоторые видят в праве и намеренные пробелы, т.е. законодатель сознательно оставил вопрос, находящийся в поле его зрения, открытым. Необходима теоретическая разработка оснований оставления законодателем тех или иных вопросов без внимания.

Пробелы в праве - это своего рода дефекты и волеизъявление законодателя, в случаях когда не осознаются объектами праворегулирования институты, подлежащие закреплению в праве.

Пробелы - это дефекты системы права, когда отсутствуют отдельные нормы, а возможно, и целые их совокупности.

Помимо всего прочего, можно говорить и об объеме пробельности в праве: о полном отсутствии необходимых нормативных актов либо о неполноте действующего нормативного акта. Объем пробельности - также важный момент в исследовании урегулированности правоотношений.

Говорить о полном отсутствии необходимых правовых актов можно, когда нормодатель не урегулировал обособленную совокупность общественных отношений, требующих закрепления правом, и поэтому отсутствуют конкретные нормы права. Если на регулирование каких-либо обстоятельств государственная воля проявлена, то

⁴ *Акимов В.И.* Виды пробелов права // Правовед. 2003. № 12. С. 70.

⁵ *Лазарев В.В.* О видах пробелов в праве // Правоведение. 1969. № 6. С. 30-37.

можно говорить о пробелах в праве как о полном отсутствии нормативных актов⁶.

Тут же хотелось бы подчеркнуть, что пробел отличается от ошибки, когда данные фактические отношения урегулированы, но в силу изменившихся условий времени, в силу новых потребностей и интересов правовое регулирование оказывается неправильным.

Другими словами, пробел в праве есть всегда молчание права⁷.

Правовые последствия не наступают в случаях квалифицированного молчания. Если законодатель не проявил положительной воли на их регулирование, это вовсе не означает, что он проявил отрицательную волю (это касается прежде всего административного и уголовного законодательства).

Основными критериями установления пробелов выступают:

- 1) потребность правового регулирования;
- 2) непротиворечивость требованиям действующего законодательства и нормам права;
- 3) научная и правовая политика законодателя в качестве критерия установления пробела;
- 4) воля государства на создание соответствующих норм.

К сожалению, фактом является то, что достижение конечных целей права затруднено и эффективность действующих норм снижается, когда полностью отсутствует необходимый нормативный акт.

Говоря о пробеле в праве как о неполноте действующих актов, нельзя констатировать неполноту закона, если понимать ее как несоответствие содержания, логического смысла и буквального смысла, выраженного в его текстуальной форме, устраняемого путем толкования. Никакие приемы толкования не способны устранить действующие устаревшие законы, толкование которых лишь подчинено цели уяснения воли законодателя, заключенной в нормах права. С помощью различных приемов толкования уясняется воля законодателя, а с помощью расширительного или ограничительного толкования буквальный смысл норм приводится в соответствие с действующим законодательством.

Пробелом в праве считается такая неполнота законодательства, когда содержание норм права не дает основания для разрешения определен-

ного случая, когда ни буквальным текстом, ни его смыслом этот случай не охватывается. Только абсолютно неясные и взаимоисключающие нормы могут свидетельствовать о пробеле.

Установление пробела преследует продолжение целей толкования на новой ступени детализации. При установлении неполноты актов необходимо определять, входят ли фактические обстоятельства в сферу правового воздействия. Именно это и характеризует творческий характер правоприменительной деятельности.

В то же время существует и концепция беспробельности права, основывающаяся на иных типах правопонимания. В соответствии с ней пробельным может быть не право в целом, а лишь одна из форм его существования - объективное (позитивное) право.

Учение о беспробельности системы позитивного права исходит из представления, что всякий жизненный вопрос имеет ответ в законе, необходимо лишь уяснить его содержание и волю законодателя. Если же в ходе правоприменения обнаруживается пробел, юрист-догматик различными приемами предпринимает попытку заполнить пустое пространство⁸.

Еще в работах Беккариа "О преступлениях и наказаниях" и Монтескье "Дух закона" была закреплена идея абсолютного приоритета закона и беспробельности права⁹. Однако по мере укрепления позиций позитивистского правопонимания произошла метаморфоза в решении проблемы пробелов в праве, фактически сведенной к задаче устранения недостающих правовых норм в рамках действующего законодательства. В XX в. о беспробельности права заявили сторонники нормативизма. Однако социологическая юриспруденция в противовес им полностью отвергла догмы о беспробельности права, утверждая одновременно, что недостающие нормы закона вполне восполнимы беспробельностью правопорядка¹⁰.

По мнению большинства российских авторов, пробелы в праве вызываются в основном следующими причинами: а) относительной "консервативностью" права по сравнению с более активной динамикой общественных отношений; б) не-

⁸ Цихоцкий А.В. Прецедентное право в механизме обеспечения эффективности правосудия по гражданским делам. Режим доступа: http://www.legist.ru/conf/_Tsyhotsky.htm.

⁹ См.: Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. С. 140.

¹⁰ Рябова Д.Н. Пробелы в праве и способы их восполнения // Становление и развитие научных школ права в государственных университетах России: Материалы Всерос. студенч. науч.-практ. конф., 29-30 апр. 1999 г. СПб., 1999. Ч. 3. С. 23.

⁶ Спиридонов Л.И. Теория государства и права. М., 1998. С. 67.

⁷ Магазинер Я.М. Пробелы в праве // Правоведение. 1997. № 4. С. 23.

совершенством законов и юридической техники; в) бесконечным разнообразием реальной жизни; г) появлением новых отношений, которых не было в момент принятия той или иной нормы¹¹.

Л.С. Явич в качестве одной из основных причин появления пробелов называет упущения законодателя, которыми, по его мнению, могут быть: а) недосмотр; б) отсылка к актам, которые так и не приняты; в) неурегулированность порядка применения закона; г) намеренные упущения и т.п.¹²

Вопрос о пробелах в праве в юридической науке возникает преимущественно в связи с применением и толкованием правовых норм, а также при решении общеметодологических задач правового и правоприменительного процесса.

Именно на практике чаще всего встает ребром вопрос об отсутствии той или иной нормы права, отсутствии урегулированности спорных правоотношений. Устранение пробелов в праве ближе к практической деятельности, так как выявление пробелов требует столкновения правовых норм и общественных отношений.

Проблема восполнения пробелов судьями на фоне разграничения судебной и законодательной власти состоит в том, что судебским нормотворчеством может быть нарушен основополагающий принцип российской государственности - разделение властей, в присвоении судом полномочий законодателя.

Существует две основные точки зрения на правовую природу постановлений пленумов высших судов Российской Федерации в контексте источника права. Одни правоведы считают, что данные акты судебной власти имеют характер судебного прецедента, другие склонны считать их нормативными актами подзаконного характера. В частности, В.В. Демидов пишет, что "разъяснения по вопросам практики применения законодательства, основанные на требованиях закона и обобщенных данных судебной практики в масштабах страны, представляют собой своеобразную форму судебного прецедента и являются ориентиром, подлежащим обязательному учету в целях вынесения законных и обоснованных приговоров, решений, определений и постановлений"¹³.

¹¹ См.: Матузов Н.И. Пробелы в праве. Применение норм права по аналогии // Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. М., 2004; Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 489; Смирнова А.Н. Теория государства и права. М., 2004. С. 73.

¹² Явич Л.С. Общая теория права / Под ред. А.И. Королева. Л., 1976. С. 144.

¹³ Демидов В.В. О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда РФ // БВС РФ. 1998. № 3. С. 21.

Иную точку зрения имеет Е.Б. Абросимова. Постановления Пленума Верховного Суда РФ обладают признаками источника права: 1) являются способом внешнего выражения нормы права (абстрактного правила поведения) и 2) выступают способом закрепления нормы. Автор отмечает, что, "характеризуя названные способы, мы вынуждены признать, что постановления Пленума Верховного Суда: а) приняты уполномоченным на то органом Российского государства, б) содержат именно нормы права, выраженные в абстрактной форме, адресованные неограниченному числу лиц, подпадающих под их действие, в) рассчитаны на многократное применение, г) подлежат обязательному опубликованию... иными словами... речь идет об отнесении их к нормативным актам подзаконного характера"¹⁴.

Согласимся с позицией В.И. Анишиной в том, что в принятии судом таких решений, которые становятся общеобязательными для различных субъектов права, нет никакого противоречия принципу разделения властей, поскольку основная функция законодателя - нормотворчество не передается суду и не блокируется решением суда: законодатель вправе сам по собственной инициативе в любой момент времени принять нормы, регламентирующие спорные отношения, и он не связан судебным решением¹⁵.

По мнению профессора В.М. Лебедева, постановления пленумов имеют нормативный, а не прецедентный характер и занимают место подзаконного источника, принимаемого и основанного на законе.

Так как судебная практика уже длительное время фактически является неофициальным источником права и к ней постоянно обращаются не только практикующие юристы, чтобы спрогнозировать исход того или иного судебного дела либо решить спорный правовой вопрос, но и сами суды при рассмотрении спора, полагаем возможным (согласимся с профессором В.М. Лебедевым) признать постановления пленумов высших судов в качестве подзаконного источника права.

Подводя итоги, можно сделать вывод, что пробелы в праве практически не устранимы и роль судов в попытках их полного устранения в нашей стране неизмеримо велика, поскольку никакой иной орган не может осуществлять правосудие.

Поступила в редакцию 06.08.2009 г.

¹⁴ Судебная власть / Под ред. И.Л. Петрухина. М., 2003. С. 360-361.

¹⁵ Анишина В.И. Постановления Пленумов высших судов Российской Федерации: правовая природа, место и роль в правовой системе // Рос. судья. 2008. № 5.

О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ АДВОКАТСКОГО ПАРАЛЛЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

© 2009 И.Е. Милова

кандидат юридических наук

Коллегия адвокатов №1, г. Самара

Рассматриваются актуальные теоретические и практические проблемы реализации права адвоката-защитника осуществлять собирание доказательств в ходе предварительного расследования, формулируются предложения по изменению действующего уголовно-процессуального законодательства.

Российский уголовный процесс традиционно характеризуется как смешанный (в особенности это проявляется на досудебных стадиях), поскольку ему присущи и розыскные элементы, и состязательные начала¹. В ст. 1 Конституции Российской Федерации подчеркивается, что Россия является правовым демократическим государством. Как следствие, устойчивый законодательный и доктринальный интерес вызывает проблема необходимости состязательной формы на стадии предварительного расследования². Наиболее оживленная дискуссия в означенном направлении ведется по вопросам так называемого адвокатского параллельного расследования.

Впервые упомянутый институт появился в зарубежных правовых системах в 80-е гг. XX столетия, когда осуществлялось реформирование уголовного процесса в ряде государств Западной Европы (Португалии - 1987 г.; Испании - 1988 г.; Италии - 1989 г.; Франции - 1993 г.). Нормативной основой произошедших изменений стали рекомендации Комитета министров Совета Европы "Об упрощении уголовной юстиции" от 17 сентября 1987 г. № R (87). Они были приняты в целях ускорения производства по осуществлению правосудия. Преобразования выразились в разграничении классических функций следственного судьи, прокурора и защитника. При этом статус прокурора приобрел новое звучание, а защитник в некоторых случаях уравнился с прокурором уже в досудебном производстве³.

¹ Даровских С.М. Принцип состязательности в уголовном процессе России и механизм его реализации: Дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2001. С. 62.

² См., например: Гусаков Э.Г. Предварительное расследование и принцип состязательности в уголовном процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. С. 8.

³ Третьяков В.И. Участие защитника на предварительном следствии и в судебном производстве: Процессуальные и тактические аспекты: Дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 1998. С. 60.

Государством, создавшим хрестоматийную модель смешанного процесса, считается Франция. Революционные изменения в досудебных стадиях здесь просуществовали недолго: концептуальные новеллы были отменены в 1993 г., и произошел возврат к первоначальным подходам. Консервативному примеру последовала Италия, фактически ликвидировавшая на законодательном уровне параллельное расследование⁴. На наш взгляд, радикальные реформы оказались прерванными по объективным причинам, а именно в связи с тем, что попытки их практической реализации привели к ослаблению публичной власти и резкому снижению качества расследования.

Отечественные процессуалисты в преддверии демократических преобразований сформулировали революционную идею о том, что защитнику целесообразно предоставить право производить "параллельное расследование", а по делам общественно-публичного обвинения права представителя потерпевшего должны быть существенно расширены - "вплоть до допущения адвокатского расследования, смыкавшегося с расследованием служебным"⁵. В первом случае имелось в виду расследование в интересах обвиняемого, а во втором - в интересах жертвы преступления. Подобная постановка и решение проблемы связывались с различными субъектами и кардинально противоположными функциями в уголовном процессе - обвинением и защитой. На перспективу ставилась задача введения нового института уголовно-процессуального права.

Определенную почву для этого давала ст. 15 Положения об адвокатуре РСФСР, где предусматривалось право защитника запрашивать через юридическую консультацию справки, харак-

⁴ Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 19.

⁵ Горя Н. Принцип состязательности и функции защиты // Сов. юстиция. 1990. № 7. С. 22.

теристики и иные документы, необходимые в связи с оказанием юридической помощи.

Нельзя не упомянуть как важную веху постановление Пленума Верховного Суда СССР “О практике применения судами законов, обеспечивающих обвиняемому право на защиту” от 16 июня 1978 г. № 5, где говорилось о том, “что обеспечение обвиняемому (подсудимому) права на защиту является конституционным принципом и должно строго выполняться во всех стадиях уголовного судопроизводства, как важная гарантия установления истины и вынесения законного, обоснованного и справедливого приговора. Поэтому судам необходимо неукоснительно соблюдать процессуальные права обвиняемого (подсудимого); всесторонне, полно и объективно исследовать материалы дела; выявлять обстоятельства, не только уличающие, но и оправдывающие обвиняемого (подсудимого), а также смягчающие и отягчающие его ответственность; тщательно проверять имеющиеся по делу версии; обеспечивать равенство прав участников судебного разбирательства по представлению и исследованию доказательств и заявлению ходатайств”⁶.

Основы адвокатского расследования заложила Концепция судебной реформы в Российской Федерации, утвержденная Постановлением Верховного Совета РСФСР 24 октября 1991 г. В ней содержатся весьма значимые положения, заключающиеся в том, что защитнику и представителю потерпевшего обеспечивается возможность самостоятельно собирать доказательства по делу, допустимость которых устанавливается законом. В то же время ничем не может быть ограничено право адвоката встречаться с очевидцами события и другими лицами, располагающими какими-либо сведениями по делу, требовать их вызова и допроса⁷.

Под таким углом зрения ролевые функции адвоката-защитника и представителя потерпевшего выглядят крайне эффективно, полностью вписываясь в модель состязательного уголовного процесса с равными правами сторон в собирании доказательств.

Следует отметить, что векторные направления, обозначившие возникновение института адвокатского расследования, определенные в Кон-

цепции судебной реформы в Российской Федерации, получили последующее законодательное закрепление. В качестве примера приведем предписания ч. 3 ст. 123 Конституции Российской Федерации, ст. 15, ч. 3 ст. 86 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (УПК РФ), п. 3 ст. 6 федерального закона “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации”. Вместе с тем в Концепции не использовались категории “параллельное расследование”, “адвокатское расследование” или “частное адвокатское расследование”, которые появились на теоретическом уровне несколько позже.

Нормативная концепция параллельного расследования была впервые предложена авторским коллективом под руководством С.А. Пашина в Проекте УПК РФ, подготовленном в Главном государственном правовом управлении Президента Российской Федерации. Проект предусматривал возможность производства частных расследовательских мер (по типу розыскных мероприятий) с привлечением сторонами частных детективов (п. 5 ч. 1 ст. 89 Проекта), а также частных следственных действий с участием официального наблюдателя от органа дознания для содействия и создания гарантий законности в сборе доказательственного материала (ст. 75, 81, 89, п. 3 ч. 3 ст. 101, ст. 161 Проекта). Очевидна искусственность такого рода конструкции, ее легальное внедрение вряд ли дало бы положительный эффект при розыскной природе российского уголовного процесса. На тот момент для реализации принципа состязательности сторон в досудебном производстве за счет параллельного расследования не существовало исторических, экономических, социальных и правовых предпосылок.

Достаточно известен Проект УПК РФ, разработанный депутатами - членами Комитета Государственной Думы по законодательству и судебно-правовой реформе, предусматривающий наделение защитника правом собирать и представлять предметы, документы и сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе опрашивать частных лиц, а также запрашивать справки, характеристики и иные документы из различных организаций, объединений; запрашивать с согласия подзащитного мнение специалистов для разъяснения возникающих в связи с оказанием юридической помощи вопросов, требующих специальных познаний. Таким образом, предлагалось “предпроцессуальной”

⁶ Бюллетень Верховного Суда СССР. 1978. № 4.

⁷ *Пашин С.А.* Предисловие к официальному тексту Концепции судебной реформы в РСФСР // Концепция судебной реформы. М., 1992. С. 3.

доказательственной деятельности защитника придать процессуальный характер⁸.

Действующий УПК РФ нельзя назвать полным воплощением предложений вышеприведенных проектов, что оставляет место для научных изысканий.

Сторонники адвокатского расследования считают целесообразным ввести в УПК РФ самостоятельную главу "Проведение частного расследования", в которой следует систематизировать нормы, регламентирующие эту специфическую деятельность и порядок фиксации ее результатов. Некоторые авторы говорят о необходимости предусмотреть уголовную ответственность для адвокатов-защитников за фальсификацию доказательств.

Получила свое развитие высказанная Н. Горя мысль об изложении выводов стороны защиты в оправдательном заключении или в заключении о смягчении ответственности обвиняемого⁹.

Е.Г. Мартынич считает, что адвокат должен осуществлять частное расследование в интересах своего подзащитного и не обязан при этом устанавливать объективную истину¹⁰. О.В. Качалова понимает параллельное расследование в более узком смысле - не как проведение защитником расследования в интересах подзащитного, а как сбор информации, необходимой для осуществления защиты, призывая в связи с этим расширить права защитника по сбору сведений¹¹.

Идея параллельного расследования имеет и противников, в их числе А.О. Машовец¹², Т.А. Лотыш¹³, С.А. Шейфер. Последний справедливо заметил, что конструкция "частных следственных действий" является искусственной, нежизненной, вступает в явное противоречие с установившимися

основами доказывания в отечественном уголовном процессе¹⁴.

Не отрицая возможности параллельного расследования, обратим внимание на его слабые стороны¹⁵. Допустим, в ходе такового адвокат собрал определенные доказательства. При этом он находится в ситуации процессуальной неопределенности, поскольку ему неизвестен весь объем доказательственной информации, которой располагает обвинение. На первоначальном этапе расследования весьма трудно, а зачастую и невозможно определить, какое доказательство формируется - обвинительное или оправдательное¹⁶. Не исключено, что доказательство, полученное защитником и включенное им в оправдательное заключение, впоследствии будет оценено судом как обвинительное. В результате вместо помощи подзащитному подобная адвокатская активность может принести вред. Задуманное как воплощение принципа состязательности на стадии предварительного расследования адвокатское расследование может обернуться своей противоположностью, а именно уголовным преследованием в отношении подозреваемого, обвиняемого, поскольку, проводя его, защитник может невольно выявить обстоятельства отягчающего характера¹⁷. Если же адвокат будет заниматься селекцией доказательств, выбирая лишь оправдательные и намеренно скрывая обвинительные, он сам может стать субъектом уголовной ответственности за подобное сокрытие. Столь неприятные перспективы превращают адвокатское расследование в деятельность с высокой степенью риска.

По каждому уголовному делу необходимо провести неотложные следственные действия, например осмотр места происшествия. Зачастую именно они дают важные сведения для установления истины по делу. В силу разного уровня профессионализма адвокатов нельзя гарантировать, что их участие в такого рода действиях не приведет к утрате доказательственной информации, в том числе и оправдательного характера (причиной этого может быть и слабая криминалистическая подготов-

⁸ Резник В.Ю. Теоретические основы и практика деятельности адвоката на предварительном следствии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 1998. С. 8.

⁹ Горя Н. Указ. соч. С. 22-23.

¹⁰ Мартынич Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность (к разработке модели) // Адвокатская практика. 2004. № 1. С. 16-21.

¹¹ См., например: Качалова О.В. Охрана конституционных прав подозреваемого и обвиняемого на предварительном следствии: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 120.

¹² Машовец А.О. Принцип состязательности и его реализация в предварительном следствии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1994. С. 6-7.

¹³ Лотыш Т.А. Принцип состязательности и гарантии его обеспечения в уголовном судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 133.

¹⁴ См. об этом подробно: Шейфер С.А. Проблемы правовой регламентации доказывания в уголовно-процессуальном законодательстве Российской Федерации // Государство и право. 1995. № 10. С. 97-103.

¹⁵ Милова И.Е. Участие адвоката-защитника в собирании доказательств на предварительном следствии: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 1998. С. 113-115.

¹⁶ Об этом мы упоминали и ранее (см., например: Милова И.Е. Указ. соч. С. 14-15).

¹⁷ Милова И.Е. Указ. соч. С. 15.

ка, и тактическая неграмотность, и отсутствие надлежащих технических средств для фиксации).

Параллельное расследование ставит обвинение и защиту в заведомо неравное положение, так как их возможности для сбора доказательств неодинаковы (например, адвокат не может применять меры воздействия к лицам, которые отказываются с ним беседовать, иначе это может быть расценено, как принуждение к даче показаний (ст. 302 Уголовного кодекса (УК) РФ), кроме того, нельзя забывать, что сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются (ст. 24 Конституции РФ); в то же время у следователя подобные рычаги есть в виде возможности привлечь свидетеля или потерпевшего к уголовной ответственности за отказ от дачи показаний (ст. 308 УК РФ)).

Параллельное расследование, безусловно, потребует дополнительных затрат на судопроизводство, причем со стороны не только государства, но и граждан, втянутых в уголовно-процессуальную сферу и заинтересованных в его осуществлении. Финансовые возможности наших соотечественников различны, что может привести к фактическому неравенству в защите: лица, материально обеспеченные, получают квалифицированную юридическую помощь, а нуждающиеся - лишь минимальный набор. Асимметрия в реализации возможности по собиранию и представлению доказательств в зависимости от уровня финансового благополучия противоречит конституционным положениям, согласно которым каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48 Конституции РФ).

Закрепление в законе норм о параллельном расследовании с большой степенью вероятности повлечет за собой возникновение в уголовном судопроизводстве бессмысленной конкуренции. В этом случае сложится положение, при котором сторонами будут, по сути, производиться одни и те же следственные действия, многократное повторение информации неизбежно приведет к ее искажению, а то и к утрате¹⁸.

¹⁸ Обоснованные опасения по этому поводу мы высказывали и прежде (см.: Милова И.Е. Участие адвоката-защитника в следственных действиях // Межвуз. сб. науч. ст. Серия "Юриспруденция". Тольятти, 1996. № 4; Она же. Процессуальные и тактические аспекты участия защитника в следственных действиях // Правовые формы и эффективность доказывания по уголовным делам. Самара, 1996; Она же. Участие адвоката в следственных действиях // Рос. юстиция. 1996. № 11; Она же. Процессуальные и тактические аспекты участия защитника в следственных действиях // Вестн. ун-та Рос. акад. образования. 1997. № 1; Она же. Процессуальные и тактические аспекты участия адвоката-защитника в допросе потерпевшего // Теория и практика юриспруденции. Самара, 1998).

К уязвимым местам параллельного расследования можно также отнести: 1) отсутствие гарантий достоверности представляемой защитниками информации; 2) невозможность воспроизвести условия проведения ряда процессуальных действий после того, как адвокат получит с их помощью необходимые доказательства (в результате выпадает важное звено в доказывании, а именно проверка доказательств, что, несомненно, повлияет на оценку таковых); 3) нецелесообразность наделения адвоката-защитника полномочиями по применению принуждения в ходе сбора доказательств (большинство следственных действий можно реально осуществить только с применением процессуального принуждения, однако, если его будет применять адвокат, это вряд ли совместимо с возложенной на него функцией защиты).

Обозначенные нами проблемы требуют серьезных научных исследований и эмпирической апробации их результатов. При этом мы вовсе не призываем отказаться от идеи параллельного расследования и достигнутых в этом направлении успехов.

Действующее уголовно-процессуальное законодательство впервые закрепило положение о том, что "защитник вправе собирать доказательства". При этом определены и пути данной деятельности: получение предметов, документов и иных сведений; опрос лиц с их согласия; истребование справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций (п. 1, 2, 3 ч. 3 ст. 86 УПК РФ).

Полагаем, что возможности защитника в этом направлении могут быть существенно расширены. На наш взгляд, следует наделить адвоката-защитника правом для выявления значимых для защиты обстоятельств, прибегнуть к услугам частных детективов, как это принято в уголовном процессе всех цивилизованных стран. Лишение защитника такой возможности весьма сужает его полномочия по реальному собиранию доказательств.

Возвращаясь к анализу ст. 86 УПК РФ, заметим, что положения, включенные в п. 1 и 2 ч. 3 данной нормы, представляют собой новеллы уголовно-процессуальной деятельности защитника в сфере доказывания, имеющие отношение к досудебному производству по уголовным делам и представляющие собой значительный шаг в эволюции института адвокатского расследования.

Законодатель, предоставив защитнику право собирать доказательства, по сути, признал за ним право производить адвокатское расследование. Наделив адвоката-защитника правом опрашивать лиц с их согласия, получать документы, предметы и иные сведения, УПК РФ придал этой деятельности процессуально-правовой характер, включил ее в сферу доказывания по уголовным делам.

В свете сказанного возникает вопрос, к какой категории должны быть отнесены действия адвоката по собиранию и фиксации доказательств. Думается, что ответ дает п. 32 ст. 5 УПК РФ, где упоминается о “следственных, судебных или иных действиях”. Очевидно, что данные действия не являются ни следственными, ни судебными, но вполне попадают в разряд “иных действий”, хотя это и слишком общее понятие. Вместе с тем более правильно было бы именовать таковые конкретным термином, что ставит перед наукой задачу его формулировки. Вполне возможно ввести дефиницию “действия защиты” или “действия стороны защиты” либо “действия частного характера”. Предлагаемый термин носит универсальный характер, поскольку может использоваться для процессуальных действий защиты, совершаемых как в суде, так и при производстве дознания или предварительного следствия.

Казалось бы, право защитника собирать доказательства для оказания квалифицированной юридической помощи не вызывает сомнений в силу прямого указания закона (ч. 3 ст. 86 УПК РФ). Однако И.Б. Михайловская считает, что сведения, собранные защитником, не имеют надлежащей процессуальной формы, в силу чего не могут иметь статуса доказательств. По ее мнению, указанные документы приобретают такой статус только после решения суда, прокурора, следователя, дознавателя о приобщении их к материалам дела¹⁹.

Приведенные И.Б. Михайловской аргументы противоречат п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК, согласно которому защитник полномочен “собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном частью третьей статьи 86 настоящего Кодекса”. Кроме того, защитник не только выявляет, собирает и фиксирует сведения, необходимые

для осуществления защиты, но и вправе получать предметы, документы, привлекать специалистов для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов (п. 3 ч. 1 ст. 53, ч. 1 ст. 58 УПК). Выявленные и собранные адвокатом в предусмотренном законом порядке сведения, предметы, документы являются допустимыми доказательствами, а с момента приобщения их к делу они становятся его материалами.

Некоторые ученые-процессуалисты используют термин “параллельное расследование”, но отвергают возможность его проведения адвокатом-защитником, признавая приоритет непроцессуальных форм собирания информации. Действительно, УПК РФ прямо не предусматривает право адвоката-защитника производить адвокатское расследование, однако дает ему возможность совершать процессуальные действия по собиранию доказательств, которые по своей сути и содержанию представляют основу любого вида расследования, в том числе и адвокатского.

Опрос следователей показал, что 87% респондентов считают, что даже если защитник получил во время опроса сведения, интересующие сторону защиты, то они станут допустимыми доказательствами лишь тогда, когда компетентные субъекты допросят это лицо. По их мнению, если защитник требует приобщить к делу протоколы опроса, а следователь не может сам допросить данное лицо, то такие доказательства не являются допустимыми и юридической силы не имеют. 92% опрошенных полагают, что в ситуации, когда защитник в порядке ч. 3 ст. 86 УПК добыл или получил от третьих лиц предметы или документы, оправдывающие или смягчающие вину его подзащитного, следователь должен произвести выемку такого предмета или документа у защитника. В противном случае подобным предметам или документам также нельзя будет придать доказательственное значение. Такое понимание представляется узко ведомственным. Оно берет за основу критерий допустимости доказательств, игнорируя, что эти доказательства собраны адвокатом путями, определенными в законе.

Мы убеждены, что опросы лиц с их согласия и составленные в данной связи протоколы или иные документы, собранные предметы, документы - это и есть иные процессуальные действия, которые вправе производить адвокат-защитник, а собранная таким путем информация отвечает

¹⁹ Михайловская И.Б. Права личности - новый приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Рос. юстиция. 2002. № 7. С. 12.

критерию допустимости доказательств. Полагая, что задача дознавателя, следователя или прокурора в отношении выявленных и представленных адвокатом доказательств - решение вопроса об их относимости, а не допустимости (поскольку это не вызывает сомнений в свете положений ч. 3 ст. 86 УПК РФ). Деятельность адвоката по собиранию доказательств является составной частью процесса доказывания, поэтому защитник обращается к следователю или в суд для исследования и проверки собранной им информации, приобщения к делу в качестве доказательств.

В последние годы активно разрабатываются концепции познавательного-поисковой деятельности адвоката и поисковой деятельности защитника. Смысл в том, что, с одной стороны, необходимо придание некоей "векторности" всей деятельности защитника по формированию доказательственной базы по уголовному делу, а с другой - целесообразно признать за защитником право самостоятельно осуществлять деятельность по поиску доказательств в интересах своего подзащитного, т.е. поисковую деятельность.

По мнению ряда авторов, такого рода доктрины - шаг назад по сравнению с тем, что закреплено в действующем УПК РФ²⁰. Деятельность по собиранию доказательств является процессуальной, в то время как поиск лежит в непроцессуальной плоскости, означая розыск когнитивной информации, осуществляемый кем угодно и в любой форме.

Очевидно, что процессуальная деятельность адвоката-защитника должна получить четкое определение в российском законодательстве. В досудебных стадиях она является не чем иным, как расследованием, осуществляемым адвокатом. Для ее обозначения вполне уместен термин "адвокатское параллельное расследование" - расследование, проводимое адвокатом наряду с традиционным.

Итак, в досудебном производстве законодатель нормативно закрепил неравенство сторон. Для устранения противоречий между существующим положением и принципом состязательности важно расширить частное начало в российском уголовном процессе и правовые возможнос-

ти его осуществления (одно из наиболее перспективных направлений - адвокатское расследование). В то же время формулировка ч. 3 ст. 86 УПК РФ должна быть более четкой и последовательной во избежание разночтений, которые зачастую делают адвоката крайне пассивным, ориентирующимся на простое восприятие готовой доказательственной информации, собранной стороной обвинения, с полным отсутствием желания самому собирать доказательства в пользу клиента. Сам термин "расследование" неотделим от производства следственных действий. Бесспорно, адвокат-защитник такого рода действия не проводит, в силу отсутствия у него властных полномочий. Юридические конструкции данного процессуального института должны трансформироваться в стройные категории, исключающие двойственные толкования.

Потерпевшему, подозреваемому, обвиняемому, их защитнику законом предоставлено право собирать доказательства, но не определены процедуры проведения процессуальных действий, форма и структура актов, в которых фиксируется такого рода деятельность. В этой связи наиболее важно совершенствование процедуры производства адвокатского расследования. Здесь весьма значимы: формы окончания адвокатского расследования, в том числе и процессуальные акты, в которых отражается его завершение; тактика профессиональной защиты по уголовным делам. В совокупности получается следующий алгоритм: "адвокатское расследование - защитительное заключение - тактика профессиональной защиты в уголовном процессе". Все приведенные составляющие входят в предмет концепции и модели адвокатского расследования²¹.

Подводя итог сказанному, заметим, что адвокатское расследование по своей природе, предмету, задачам и целям не является в чистом виде параллельным, поскольку последнее ведется одновременно и в противовес предварительному расследованию, в то время как адвокатское расследование представляет собой вид досудебного производства в уголовном процессе, осуществляемого в рамках предварительного расследования и носящего субсидиарный, вспомогательный характер.

Поступила в редакцию 02.08.2009 г.

²⁰ Например, об этом: Мартынич Е.Г. Указ. соч. С. 13-20.

²¹ Калиновский К.Б. О праве адвоката собирать доказательства в российском уголовном процессе // Криминалистический семинар. 2000. Вып. 3. С. 92-96.

К ВОПРОСУ О РЕАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД РЕБЕНКА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

© 2009 О.А. Бондаренко

Волгоградский институт экономики, социологии и права

Дается авторское определение понятия “реализация конституционных прав и свобод ребенка”. Затрагиваются проблемы реализации ребенком своих конституционных прав и свобод в Российской Федерации.

Содержащиеся в Конституции Российской Федерации базовые правовые нормы имеют прямое действие в отношении всех граждан государства; закрепляют основные права и свободы, которые выступают высшей социальной ценностью, являются непосредственно действующими, находятся под защитой государства, соответствуют международным стандартам.

В юридической литературе реализация прав и свобод граждан рассматривается как регламентированный правовыми нормами процесс, обеспечивающий каждому гражданину те материальные и духовные блага, которые лежат в основе принадлежащих ему субъективных прав, а также защиту этих прав от любых посягательств¹.

Реализация конституционных прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации имеет свои особенности: их реальное осуществление в основном возможно посредством отраслевого законодательства, в котором они конкретизируются и развиваются. Для реализации конституционных прав и свобод необходимо, “чтобы они принадлежали данному лицу, были у него в наличии, чтобы он имел реальную возможность пользоваться ими... Отдельные конституционные права и свободы, в зависимости от избранного гражданином способа реализации, могут осуществляться как вне правоотношений, так и посредством вступления в них”².

Содержанием юридического процесса претворения в жизнь конституционных прав и свобод является: правообладание, пользование, распоряжение, а в случае нарушения - восстановление.

Для того чтобы пользоваться правами и свободами, необходимо фактически и юридически обладать ими. В тех случаях, когда граждане не вступают в конкретные правоотношения, трудно

отделить обладание правами и свободами от пользования.

Права и свободы выступают “как реализующиеся возможности, и эта их реализация есть не что иное, как способ их существования”³.

Восстановление нарушенных прав и свобод не выступает неперемнной формой их реализации, “напротив, составляет отступление от общего правила”⁴.

Юридической наукой достаточно четко определены формы реализации основных прав человека юридическими средствами: исполнение; соблюдение; использование лицами по своей воле тех субъективных прав, которые юридическая норма им предоставляет; применение при осуществлении основных прав юридических норм органами государственной власти, органами местного самоуправления и общественными объединениями⁵.

Каждому человеку и гражданину в нашей стране, в том числе и ребенку, государством гарантируются закрепленные в Конституции РФ возможности, позволяющие свободно и самостоятельно избирать вид и меру своего поведения, созидать и пользоваться предоставленными ему социальными благами как в личных, так и в общественных интересах⁶.

Понятие “интересы ребенка” широко используется в юридической, педагогической, психологической литературе, на практике, приобретая различное наполнение и значимость.

Анализируя ряд суждений, О.Ю. Ильина раскрывает данное понятие с точки зрения семейного права: “Интересы ребенка - это субъектив-

¹ Витрук Н.В., Копейчиков В.В. Реализация прав и свобод личности как процесс // Реализация прав граждан в условиях развитого социализма. М., 1983. С. 50.

² Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России: Учеб. пособие. М., 1997. С. 158-160.

³ Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Саратов, 1992. С. 125.

⁴ Воеводин Л.Д. Указ. соч. С. 226.

⁵ См.: Реализация прав граждан в условиях развитого социализма. М., 1983. С. 46-47; Пиголкин А.С. Реализация норм права // Общая теория права: Учеб. для юрид. вузов / Под общ. ред. А.С. Пиголкина. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1995. С. 263-266.

⁶ Воеводин Л.Д. Указ. соч. С. 135.

но обусловленная потребность ребенка в благоприятных условиях его существования, находящая объективное выражение в реализации родителями своих прав и обязанностей, предусмотренных семейным законодательством⁷. К объективным факторам автор относит социально-экономические условия, в которых воспитывается ребенок, направления государственной политики в отношении воспитания детей и т.д. Субъективными факторами могут быть признаны взгляды родителей и иных лиц, воспитывающих ребенка, на цели, формы и средства воспитания, осознание самим ребенком своих интересов, возраст ребенка и т.д.

Н.М. Савельева, рассматривая интересы ребенка в качестве элемента его правового положения, предлагает закрепить в Семейном и Гражданском кодексах РФ понятие “интересы ребенка” как условие его благополучия⁸.

Ю.Ф. Беспаловым “интерес ребенка” трактуется как его потребность в создании условий, необходимых для содержания и благополучного развития, подготовки к самостоятельной жизни⁹.

В понимании О.Ю. Рыбакова интересы ребенка - это совокупность социально-биологических, материальных, духовно-нравственных отношений и благ, которые представляются необходимыми и достаточными для гармоничного развития и совершенствования личности ребенка¹⁰.

Учитывая позиции ученых по рассматриваемому вопросу, предлагаем **реализацию конституционных прав и свобод ребенка** рассматривать как *процесс, регламентированный правовыми нормами и обеспеченный государственной охраной и защитой по претворению в жизнь жизненно важных потребностей ребенка, возможностей, лежащих в основе принадлежащих ему субъективных прав, способностей, получение им духовных и материальных благ.*

⁷ Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 27.

⁸ Савельева Н.М. Правовое положение ребенка в Российской Федерации: гражданско-правовой и семейно-правовой аспекты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2004. С. 22.

⁹ Беспалов Ю.Ф. Некоторые вопросы реализации семейных прав ребенка (теория и практика). Владимир, 2001. С. 12.

¹⁰ Рыбаков О.Ю. Гуманистический характер правовой политики в сфере охраны прав детей в современной России // Право. Законодательство. Личность: Сб. науч. тр. Вып. 4. М., 2008. С. 31.

Несмотря на дискуссионность вопроса о соотношении понятий “охрана” и “защита”, считаем необходимым понимать под охраной прав ребенка “совокупность законодательных актов и систему государственных, муниципальных и общественных мероприятий, направленных на создание условий для реализации субъективных прав и охраняемых законом интересов. Защита - это комплексная система мер, применяемых для обеспечения свободной и надлежащей реализации субъективных прав, включающая судебную защиту, законодательные, экономические, организационно-технические и другие средства и мероприятия, а также самозащиту гражданских прав”¹¹.

Будучи субъектом конституционных правоотношений, ребенок реализует права и свободы путем их исполнения, соблюдения, использования.

Исполнение - это активное исполнение предусмотренных в Конституции РФ обязанностей путем совершения положительных действий. Важнейшей обязанностью ребенка как гражданина РФ является исполнение норм Конституции РФ и законов (ст. 15 Конституции РФ), получение общего образования¹², забота о сохранении исторического и культурного наследия, памятников истории и культуры (ст. 44 Конституции РФ), сохранение природы и окружающей среды, бережное отношение к природным богатствам (ст. 58 Конституции РФ).

Примером нормативного акта, непосредственно закрепляющего обязанности ребенка, является закон Республики Саха (Якутия) “О правах ребенка” от 1 июля 1994 г. № 23-1, ст. 21 которого обязывает ребенка изучать и соблюдать законы своей республики и Российской Федерации, уважать права и интересы других детей и граждан, традиции и обычаи, культурные ценности, философию народов и наций, населяющих Республику Саха, охранять и защищать окружающую среду, природу и все виды собственности. В ст. 22 установлено, что ребенок обязан заниматься самовоспитанием и самообразованием, заботиться о своем здоровье, развивать свои лучшие при-

¹¹ Абрамов В.И. Соотношение понятий “охрана”, “защита”, “гарантированность”, “обеспечение” прав ребенка // Государство и право. 2006. № 6. С. 70.

¹² О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с установлением обязательности общего образования: Федер. закон от 21 июля 2007 г. № 194-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2007. № 30. Ст. 3808.

родные задатки, учиться применять их в жизни, овладевать знаниями, готовиться к самостоятельной трудовой деятельности, управлять своими поступками и поведением в семье, в кругу друзей и в обществе и нести моральную и нравственную ответственность за них¹³.

Соблюдение - это пассивное поведение ребенка, заключающееся в воздержании от совершения запрещенных законом действий. Так, согласно ст. 17 Конституции РФ, запрещается нарушать права и свободы других лиц. Данный запрет распространяется на всех граждан независимо от возраста. В большинстве случаев соблюдение права незаметно, не фиксируется, поэтому его юридический характер ярко не проявляется.

Наиболее типичная форма реализации прав и свобод - их *использование*, которое предоставляет возможность ребенку осуществлять права, предусмотренные конституционными нормами.

Так, согласно ст. 30 Конституции РФ ребенок имеет право на участие в детских и юношеских организациях. Реализация этого права не имеет формальных возрастных ограничений. В первоначальной редакции федерального закона "Об общественных объединениях" от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ был установлен минимальный возраст членов и участников молодежных общественных объединений 14 лет, а детских - 10 лет. В последующем возраст вступления в детские общественные организации был изменен на 8 лет. Согласно ст. 9 Федерального закона "Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации" администрация образовательных учреждений не вправе препятствовать созданию по инициативе обучающихся в возрасте старше 8 лет общественных объединений, за исключением учреждаемых или создаваемых политическими партиями и детских религиозных организаций¹⁴.

Примером реализации права ребенка на участие в общественных объединениях может служить волонтерское движение студентов юридического факультета Волгоградского института бизнеса (НОУ ВПО ВИБ), которое представляет собой некоммерческое объединение студентов, осуществляющих добровольную, безвозмездную, социально полезную волонтерскую деятельность, направленную на благо широкой об-

щественности и не запрещенную действующим законодательством и уставом НОУ ВПО ВИБ. В основном это студенты 1 курса очной формы обучения, успешно выполняющие учебный план, активно занимающиеся научной деятельностью.

Студенты-волонтеры осваивают и передают детям комплекс правовых знаний о правах и свободах человека и гражданина, в первую очередь о правах детей; об их роли и значении в современном мире, в политико-правовой деятельности; о юридических механизмах их обеспечения, реализации и защиты; проводят мероприятия в сфере правового просвещения среди учащихся школ и лицеев, профориентационную деятельность среди учащихся образовательных учреждений; оказывают организационную помощь школьным правозащитным клубам, различные виды юридической помощи лицам, оказавшимся в сложной жизненной ситуации. Это в свою очередь способствует повышению правовой грамотности и правовой культуры ребенка, активизации гражданской позиции, развитию добровольчества среди детей и молодежи; сокращает связь между теорией и практикой в правовом образовании.

Рассмотренные на примерах формы реализации права в теории права принято называть "формами непосредственной реализации", так как юридические нормы претворяются в жизнь непосредственно действиями самих субъектов общественных отношений. Но на практике немало случаев, когда исполнение, соблюдение и использование оказываются недостаточными для обеспечения полной реализации юридических норм и требуется вмешательство в этот процесс компетентных органов, наделенных государственно-властными полномочиями. Тогда наступает *применение* права, которое представляет собой особую форму его реализации.

Существуют и ограничения реализации ребенком своих конституционных прав. Речь идет о возрасте, состоянии здоровья, уровне образовательной и профессиональной подготовки.

На основании ст. 21 Конституции РФ ребенок имеет право на охрану чести и достоинства личности. По достижении 14 лет ребенок вправе обратиться непосредственно в суд, "что весьма проблематично, так как данная норма в реальности не подкреплена специальным упрощенным механизмом ее реализации, учитывающим специфические особенности беспомощности ребенка, а также факт совместного (как правило) про-

¹³ См.: <http://www.sitc.ru/rcnit/minobg/directiv/low/child.html>.

¹⁴ Ювенальное право: Учеб. для вузов / Под ред. А.В. Заряева, В.Д. Малкова. М., 2005. С. 46.

живания его с родителями¹⁵. До наступления возраста 14 лет, в случае нарушения прав и законных интересов ребенка его родителями, малолетний субъект вправе самостоятельно обратиться за их защитой только в органы опеки и попечительства, о нахождении которых зачастую не знает большинство даже взрослых жителей населенного пункта¹⁶.

В соответствии со ст. 32 Конституции РФ граждане имеют право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей, избирать и быть избранными в органы государственной власти и местного самоуправления, а также участвовать в референдуме. У ребенка данные права отсутствуют в силу возрастных, психических, интеллектуальных способностей и реализуются только по достижении совершеннолетия.

Статья 35 Конституции РФ каждому предоставляет право иметь имущество в собственности, а также владеть им, пользоваться и распоряжаться как единолично, так и совместно с другими лицами. В соответствии с этим положением ребенок с рождения может обладать имуществом на праве собственности, но в силу своих возрастных особенностей распоряжаться может только при приобретении достаточного объема дееспособности.

Реализация права несовершеннолетнего на свободу труда, декларируемая в ст. 37 Конституции РФ, остается по-прежнему проблематичной, даже после принятия нового Трудового кодекса РФ. Основные проблемы сводятся к установлению предельного возраста, с которого возможен труд несовершеннолетних, запрещению использования их труда на тяжелых, вредных работах, установлению гарантий при приеме на работу и увольнении с нее подростков¹⁷.

На сегодняшний день ребенок признан самостоятельным субъектом принадлежащих ему прав и свобод. Но, будучи законными представителями своих детей, родители участвуют в большей или меньшей степени в реализации ребенком своих прав. Это участие может выражаться в различных формах в зависимости от содержания реализуемого субъективного права, от возраста ребенка и других факторов.

¹⁵ Микитова Е.Н. Особенности правового статуса ребенка в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 62.

¹⁶ Там же. С. 62.

¹⁷ Ювенальное право. С. 126.

Современное законодательство исходит из того, что каждый человек волен самостоятельно решать вопрос о своем отношении к богу и выборе религии, закрепив данное положение в ст. 28 Конституции РФ. Но ребенок, как правило, несамостоятелен в решении обозначенного вопроса в силу недостаточности жизненного опыта, поэтому законодательство исходит из презумпции единства интересов родителей и детей¹⁸. Ограничивается родителями и лицами, их заменяющими, и право ребенка на неприкосновенность частной жизни и тайну корреспонденции (ст. 23 Конституции РФ).

Согласно ст. 20 п. 2 Гражданского кодекса РФ местом жительства несовершеннолетних, не достигших 14 лет, признается место жительства их законных представителей - родителей, усыновителей или опекунов. Несмотря на ограничение законодателем права ребенка на свободу передвижения и выбора места пребывания и жительства (ст. 27 Конституции РФ) в интересах здоровья и безопасности подростка, реализация данного права указанной категории детей оказывается невозможной.

Статья 34 Конституции РФ каждому предоставляет право заниматься предпринимательской деятельностью. Несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет, не обладающие полной дееспособностью, вправе заниматься предпринимательской деятельностью лишь с согласия родителей, усыновителей или попечителей¹⁹.

Подводя итоги, необходимо отметить, что реализация ребенком своих конституционных прав и свобод в настоящее время далека от идеальной. Сложные политические процессы, социально-экономические преобразования в нашей стране не только обусловили позитивные результаты применительно к правам человека, но и повлекли негативные последствия, в том числе и в сфере прав ребенка. Если даже взрослые граждане все чаще сталкиваются с препятствиями при осуществлении своих конституционных прав и свобод, то совсем неудивительно, что права детей, подчас не имеющих возможность в полной мере их реализовать, требуют особого механизма защиты, гарантирования и реализации.

Поступила в редакцию 04.08.2009 г.

¹⁸ Борисова Н.Е., Дмитриев Ю.А., Захаров С.В. Конституционно-правовой статус ребенка в Российской Федерации. М., 1998. С. 41,42.

¹⁹ Ювенальное право. С. 47.

ANNOTATIONS TO THE ARTICLES

Law and Economics Issues. 2009. № 9

TO A QUESTION ON FUNCTIONING OF A BUDGET SYSTEM OF THE RUSSIAN FEDERATION IN THE CONDITIONS OF A WORLD ECONOMIC CRISIS

© 2009 A. Romanko

The present work assumes consideration of factors of influence legal practice on perfection of a budget system of the Russian Federation in the conditions of a world economic crisis.

DIVIDING AND FORMATION INTO SEPARATE DISTRICTS THE REGIONS OF RUSSIAN FEDERATION: THE PERSPECTIVES OF GOVERNING BY LAW

© 2009 E. Drobysheva

The author considers the reasons due to it's necessary to include into Legislation the governing by Law dividing and formation into separate districts. Proposed definitions of dividing and formation into separate districts and made conclusion about possibility to put in essential changes into effecting Legislation.

LEGAL PERSONALITY AS A CONSTRUCTION / PRACTICE OF LEGAL LANGUAGE

© 2009 S. Kasatkin

In this paper methodological foundations of theory of legal personality are elucidated on the base of account of the special character inherent to legal language, and a critical analysis of its realistic and fictionistic interpretations is provided. Legal personality as a dogmatic category is considered as a certain construction of legal language, a linguistic / social practice.

“THE EXTREME SITUATION” AND “SAFETY”: SOME PROBLEMS OF TERMINOLOGY

© 2009 V. Piatiletov

In clause some theoretical problems of definition of concepts “an extreme situation” and “safety” are analyzed, features of their legislative fixing are revealed, the basic prospects of research of the given phenomena in a modern science are defined

THE MODERN PARADIGMS OF THE LEGAL THEORY

© 2009 M. Beliaev

In the article the author make an attempt to review a paradigmatical (normative) aspect of legal science existence. The main signs of legal thinking paradigms and these concerning with philosophy are analyzed. Besides some theoretical functions of the legal paradigms are investigated.

BLANKS IN THE RIGHT AND A ROLE OF COURTS IN THEIR ELIMINATION

© 2009 D. Kosmachev

In clause theoretical and practical aspects of the theory of blanks in the right are considered, the role of courts in the process of overcoming blanks is analyzed, the estimation of a blank as legal phenomenon from the point of view of its place in system of legal regulation is made.

TO SOME QUESTIONS OF PARALLEL INVESTIGATION OF THE LAWYER

© 2009 I. Milova

In clause actual theoretical and practical problems of realization of the right of the lawyer-defender are considered to carry out collecting proofs during preliminary investigation, some offers on the modification of operating criminally-remedial legislation are formulated.

**TO QUESTION ABOUT REALIZATION OF THE CONSTITUTIONAL RIGHTS
AND LIBERTIES CHILD IN RUSSIAN FEDERATION**

© 2009 O. Bondarenko

In article is given author's determination of the notion "realization of the constitutional rights and liberties child". They Are Touched problems to realization child their own constitutional rights and liberties in Russian Federation.

ДЛЯ ЗАПИСЕЙ

**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!*

**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 не прямые 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.

