

ВЕСТНИК

**МОСКОВСКОГО ГОРОДСКОГО
ПЕДАГОГИЧЕСКОГО
УНИВЕРСИТЕТА**

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ

**СЕРИЯ
«ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ»**

№ 3 (23)

**Издается с 2008 года
Выходит 4 раза в год**

**Москва
2016**

VESTNIK

MOSCOW CITY UNIVERSITY

SCIENTIFIC JOURNAL

SERIES

LEGAL SCIENCES

№ 3 (23)

Published since 2008

Quarterly

**Moscow
2016**

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

<i>Реморенко И.М.</i> председатель	ректор ГАОУ ВО МГПУ, кандидат педагогических наук, доцент, почетный работник общего образования Российской Федерации
<i>Рябов В.В.</i> заместитель председателя	президент ГАОУ ВО МГПУ, доктор исторических наук, профессор, член-корреспондент РАО
<i>Геворкян Е.Н.</i> заместитель председателя	первый проректор ГАОУ ВО МГПУ, доктор экономических наук, профессор, академик РАО
<i>Агранат Д.Л.</i>	проректор по учебной работе ГАОУ ВО МГПУ, доктор социологических наук, доцент

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ:

<i>Пашенцев Д.А.</i> главный редактор	доктор юридических наук, профессор
<i>Северухин В.А.</i> зам. главного редактора	кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист РСФСР
<i>Андреянова Н.Н.</i>	кандидат юридических наук, доцент
<i>Ефимова О.В.</i>	кандидат юридических наук, доцент
<i>Ростиславлев Д.А.</i>	кандидат исторических наук, доцент
<i>Ростокинский А.В.</i>	доктор юридических наук, профессор
<i>Ситдикова Л.Б.</i>	доктор юридических наук, профессор
<i>Пряхина Т.М.</i>	доктор юридических наук, профессор
<i>Чурилов С.Н.</i>	доктор юридических наук, профессор
<i>Безносикова О.И.</i>	ответственный редактор Юридического института ГАОУ ВО МГПУ

Журнал входит в Перечень рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук ВАК Министерства образования и науки Российской Федерации.

ISSN 2076-9113

© ГАОУ ВО МГПУ, 2016

СОДЕРЖАНИЕ

Права человека: теория и практика реализации

Павленко Е.М. Функции культуры прав человека 8

Государство и право: теоретические и исторические аспекты

Дорская А.А. Российская правовая традиция в условиях
новых вызовов международному сотрудничеству
в рамках международных организаций 17

Кривенький А.И. К вопросу о понятии и признаках
глобального права 24

Честнов И.Л. Социальный контроль
в постсовременном обществе 31

Публичное право

Куксин И.Н., Новопавловская Е.Е. О некоторых аспектах
уголовного законодательства через призму практики
конституционного судопроизводства 39

Чурилов С.Н. К вопросу о периодизации этапов
расследования и процесса доказывания по уголовному делу 49

Шамаров П.В. Преследование сексуального насилия
Международным трибуналом по Руанде 58

Частное право

Долинская В.В., Долинская Л.М. Право на здоровье:
проблемы реализации и защиты 66

Санникова Л.В. Международная торговля услугами
и обязательства России как члена ВТО 73

<i>Ситдикова Л.Б.</i> Личные неимущественные права автора: особенности их защиты	84
---	----

Трибуна молодых ученых

<i>Захаренков Д.Н.</i> Принципы дисциплинарного производства в отношении адвоката	92
<i>Назаров И.Д.</i> Усмотрение суда: компромисс права и морали	97

Научная жизнь

<i>Пашенцев Д.А.</i> Обзор научной конференции памяти профессора Ф.М. Рудинского в Юридическом институте Московского городского педагогического университета	107
--	-----

Критика. Рецензии. Библиография

<i>Сырых В.М.</i> Герменевтическое вчувствование и предпонимание как оправдание субъективизма и непонимания в работах А.И. Овчинникова	109
--	-----

Авторы «Вестника МГПУ», серия «Юридические науки», 2016, № 3 (23)	119
--	-----

Требования к оформлению статей	123
---	-----

CONTENTS

Human Rights: Theory and Practice of Realisation

Pavlenko E.M. Functions of Human Rights Culture 8

State and Law: Theoretical and Historical Aspects

Dorskaya A.A. Russian Legal Tradition
in the Face of New Challenges to International Cooperatio
in the Framework of International Organizations 17

Krivenky A.I. To the Question of the Concept and Characteristics
of Global Law..... 24

Chestnov I.L. Social Control in the Postmodern Society 31

Public Law

Kuksin I.N., Novopavlovskaya E.E. Some Aspects of Criminal Law
in the Light of the Practice of Constitutional Court Proceedings..... 39

Churilov S.N. About the Problem of the Periodization
of the Stages of the Investigation Process and Evidence
in a Criminal Case 49

Shamarov P.V. The Pursuit of Sexual Abuse
by an International Tribunal for Rwanda..... 58

Private Law

Dolinskaya V.V., Dolinskaya L.M. The Right to Health:
Problems of Realization and Protection 66

Sannikova L.V. International Trade in Services
and Commitments of Russia as a WTO Member 73

<i>Sitdikova L.B.</i> The Moral Rights of the Author: the Peculiarities of Their Protection.....	84
---	----

Young Scientists' Platform

<i>Zakharenkov D.N.</i> Principles of Disciplinary Proceedings Against a Lawyer	92
<i>Nazarov I.D.</i> The Discretion of the Court: the Compromise of Law and Morality.....	97

Scientific Life

<i>Pashentsev D.A.</i> Review of Scientific Conference of Memory Professor F.M. Rudinsky at Legal Institute Moscow City University.....	107
---	-----

Critical Survey. Reviews. Bibliography

<i>Syrykh V.M.</i> Hermeneutic Empathy and Prepaymania as a Justification of Subjectivism and Lack of Understanding of the Works of A. I. Ovchinnikov	109
---	-----

«MCU Vestnik Series “Legal Sciences”» — № 3 (23), 2016 / Authors	119
--	-----

Style Sheet	123
--------------------------	-----

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА РЕАЛИЗАЦИИ

Е.М. Павленко

Функции культуры прав человека

Статья посвящена понятию и сущности функций культуры прав человека, которые еще не были предметом исследования в современной юридической науке. Автор выделяет гуманистическую, аксиологическую, гносеологическую, праксиологическую, информационную, регулятивную, коммуникативную и воспитательную функции.

Ключевые слова: духовная культура; культура прав человека; функции культуры прав человека; права человека; правовая культура.

Культура прав человека — новая для современной юридической науки категория, которая до сих пор не подвергалась серьезному комплексному анализу. Термин был введен в оборот в международной практике в конце 80-х годов XX века и встречается в информационных материалах Организации Объединенных Наций, посвященных вопросам просвещения в области прав человека. В настоящее время он активно применяется, например, в статье 4 Декларации ООН об образовании и подготовке в области прав человека от 19 декабря 2011 года, где в качестве важнейшей цели такого образования провозглашено «развитие универсальной культуры прав человека, при наличии которой каждый человек сознает свои права и обязанности по отношению к правам других...»¹.

Несмотря на активное использование данного термина, в отечественной юридической литературе нет специальных работ, посвященных определению сущности и содержания культуры прав человека, ее роли, функциям и проблемам формирования, кроме диссертационного исследования [11] и нескольких монографических работ [12, 13] автора настоящей статьи, на страницах которых впервые было проанализировано соотношение культуры прав человека с правовой культурой, правосознанием и одной из его отраслевых форм — конституционным правосознанием.

¹ Декларация Организации Объединенных Наций об образовании и подготовке в области прав человека. Принята резолюцией 66/137 Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 2011 года. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/hr_education.shtml (дата обращения: 05.05.2016).

Духовную культуру в целом и ее важнейший элемент — культуру прав человека следует рассматривать с точки зрения аксиологического подхода, учитывая позиции его сторонников как в области культурологии (В.П. Большаков, Г.П. Выжлецов, М.С. Каган, Г. Риккерт), так и в рамках юридической науки (А.Ф. Гранин, В.М. Чхиквадзе, Л.С. Явич). Например, Г. Риккерт определяет культуру как «совокупность объектов, связанных с общезначимыми ценностями и лелеемых ради этих ценностей» [14: с. 62]. Г.П. Выжлецов в книге «Аксиология культуры» развивает концепцию ценностного постижения культуры, по его мнению, «культура в сущностном ее смысле — это высшая степень облагораживания, одухотворенности и общечеловечности природных и социальных условий жизни и человеческих отношений, освоенная живущими и переданная следующим поколениям» [5: с. 65]. А Е.А. Аграновская пишет: «При многообразных подходах к понятию культуры в научной литературе в целом к ней относят: во-первых, комплекс ценностей, направляющих и координирующих поведение и сознание людей, в том числе образцы и эталоны человеческого поведения; во-вторых, совокупность институтов, посредством которых эти ценности сохраняются и распространяются, включая систему, осуществляющую контроль над ценностями, их отбор, распространение, внедрение в общественное сознание» [1: с. 12].

Учитывая представленные в современной науке подходы, необходимо рассматривать культуру прав человека как составную часть духовной культуры, представляющую собой систему знаний, ценностных ориентаций и взглядов, эмоций и чувств, основанных на признании и уважении достоинства человека, его прав и свобод, а также практических навыков и умений по их реализации и защите.

Научная разработка теоретико-правовых основ, специфики структуры, особенностей функционирования культуры прав человека имеет особое теоретико-методологическое и практическое значение. Необходимо отметить, что культура прав человека представляет собой сложную многоуровневую систему, состоящую, исходя из определения, из рационального, аксиологического, психологического и прагматического элементов, а также следующих типов: общества в целом; отдельных социальных групп; конкретной личности. При этом каждый из указанных типов культуры прав человека представлен совокупностью всех перечисленных элементов. Кроме того, анализируя категорию «культура прав человека», необходимо обратить внимание на теоретический, профессиональный и обыденный уровни, которые формируются в процессе образования в области прав человека [11].

Таким образом, культура прав человека — сложная научная категория и явление общественной жизни. Как совершенно справедливо писал Ф.М. Рудинский, «культура прав человека, будучи составной частью общечеловеческой духовной культуры, включает все богатства современной цивилизации: ценности европейской, мусульманской, индийской, китайской и других человеческих культур, и традиций... Центром культуры прав человека является учение о достоинстве человека и его правах» [15: с. 189].

Культура в целом как система и культура прав человека как ее подсистема выполняют ряд важнейших функций. Под функцией следует понимать «направление воздействия на реальную действительность, в котором отражается сущность явления, его назначение и закономерности развития» [2: с. 191]. Соответственно функциональный подход позволяет раскрыть динамику культуры прав человека, показать, как она воздействует на действительность.

Функциональный анализ культуры как научной категории и ее подсистем осуществляли многие отечественные и зарубежные авторы: философы, социологи, культурологи, политологи и правоведы. Так, например, Э.В. Соколов выделял семь основных функций культуры: освоения и преобразования мира, коммуникации, знаковую (сигнификативную), накопления и хранения информации, нормативную, проективную разрядки, защиты [17]. М.С. Каган предложил следующий перечень функций: ценностно-ориентационная, познавательная, преобразовательная, коммуникативная, художественная [6]. Г.В. Драч рассматривал в качестве первостепенных функции: трансляции социального опыта и социализации личности [8: с. 99].

Функции культуры прав человека до сих пор не были предметом исследования в теории права. Однако особое значение для их характеристики имеют подходы, выработанные в отечественной и зарубежной юридической науке (Е.В. Аграновская, Г.И. Балюк, Н.Н. Вопленко, З.Н. Каландаришвили, С.В. Навальный, Э.С. Насурдинов, О.Ф. Павлов) при исследовании функций другой подсистемы духовной культуры — правовой культуры. Следует также отметить как наиболее комплексное исследование диссертационную работу М.Г. Баумовой «Функции правовой культуры» [3]. Автор определяет функции правовой культуры как «относительно обособленные прогрессивные направления воздействия правовой культуры на сознание и поведение людей, их коллективов и организаций, все сферы общественной и личной жизни, в которых проявляется ее сущность, социальная и специально-юридическая роль и назначение в механизме правового регулирования общественных отношений» [3: с. 18]. При этом выделяет функции общесоциальные (экономическая, политическая, социальная, идеологическая, экологическая, демографическая) и специально-юридические (правопреобразующая, регулятивная, охраны прав и свобод граждан, аксиологическая, прогностическая, право-социализаторская, коммуникативная, трансляции правового опыта) [3: с. 42].

Однако все же необходимо иметь в виду, что правовая культура и культура прав человека не являются идентичными понятиями и представляют собой два самостоятельных элемента духовной культуры, хотя их взаимосвязь, очевидно, будет проявляться и при выполнении ими функций, например, аксиологической, информационной, воспитательной и т. п. При этом культура прав человека как социальное явление общественной жизни, отличное от правовой культуры и других элементов духовной культуры, самостоятельно функционирует, реализуя как типичные для культуры в целом функции, так и специфические функции.

Совершенно справедливо отмечает В.П. Большаков, что «функционирование культуры возможно осмыслить как реализацию ее ценностей, воплощение ценностей в реальном бытии человека и общества» [4: с. 25]. Применительно к культуре прав человека эта позиция имеет особое значение, поскольку в основе культуры прав человека, как уже было сказано выше, лежит идея соблюдения достоинства и прав человека. Культура прав человека пронизана гуманистическим смыслом.

В связи с этим наиболее целесообразно определить *функции культуры прав человека как направления воздействия культуры прав человека на действительность, в том числе на все сферы общественной жизни, взаимоотношения социальных групп, сознание и мировоззрение конкретных людей, в которых отражается ее сущность, социальная значимость и закономерности развития.*

Учитывая предшествующие теоретические достижения в области теории культуры и теории права и опираясь на материалы фундаментальных трудов ученых-юристов и диссертационных исследований последних лет, посвященных различным системам духовной культуры и прежде всего правовой культуре, следует выделить следующие функции культуры прав человека: *гуманистическую, аксиологическую, гносеологическую, праксиологическую, информационную, регулятивную, коммуникативную и воспитательную.*

Определяющей в системе указанных функций культуры прав человека является *гуманистическая функция*. Культура прав человека несет в себе глубокое гуманистическое начало, поскольку рассматривает человека не просто как субъекта отношений, складывающихся в обществе, а как цель развития общества. Как верно отмечает А.А. Мигولاتьев, «абсолютная ценность человека означает, что именно он должен быть целью, более того — самоцелью, высшей целью всего социального развития, а не его средством или побочным продуктом» [10: с. 20].

Современный гуманизм, по мнению А.А. Кудишиной, «осознает себя как эволюционирующую культурную парадигму, мировоззренческую систему знаний и методов, вбирающую как новейшие, так и уже проверенные временем и культурой наиболее жизнеспособные и реалистические ценности и воззрения на человека, общество и мир. Эта парадигма развивается как постоянно обновляющийся интеллектуально-нравственный, научно-просветительский и социокультурный феномен, тяготеющий к обретению планетарного масштаба» [7: с.15]. Следует согласиться с автором в том, что современный гуманизм — реальный культурный и интеллектуальный феномен, чрезвычайно многомерное и сложное явление, обширное мировоззрение, базирующееся на признании уважения достоинства человека, его творческого начала, человеколюбия. Его, по мнению членов Британской гуманистической ассоциации, можно рассматривать как «подход к жизни, основанный на разуме и присутствии людям человечности, признающий, что моральные ценности укоренены

в человеческой природе и основаны исключительно на их жизненном опыте» [7: с. 109].

Формирование культуры прав человека содействует утверждению гуманистических идей — гуманизации общества, различных сфер общественной деятельности, в частности гуманизации права и образования, что способствует становлению правового демократического государства и гражданского общества.

Невозможно рассматривать в отрыве от гуманистической функции *аксиологическую функцию* культуры прав человека, основной смысл которой заключается в трансляции ценностей, формировании определенных ценностных ориентаций, мировоззренческих установок у конкретных индивидов, социальных групп и общества в целом. Безусловно, отношение к тем или иным ценностям в любом сообществе эволюционирует, но отметим, что формирование уважения к достоинству человека, к его правам и свободам как высшей ценности требует длительного времени. Кроме того, в отечественной юриспруденции распространена точка зрения, согласно которой идея прав человека является плодом исключительно западной цивилизации и поэтому ценности прав человека чужды пониманию в современном российском обществе. Автор настоящей статьи не разделяет данную позицию, высказанную в духе культурного релятивизма, и считает, что признание прав и свобод человека высшей ценностью является важнейшим достижением мировой цивилизации.

Реализация аксиологической функции тесно связана с *гносеологической и праксиологической функциями* культуры прав человека и подкрепляется выполнением *информационной, коммуникативной и воспитательной функций* культуры прав человека. Смысл гносеологической функции заключается в познании окружающего мира, в данном случае — в познании теории, истории, практики реализации прав человека. Согласно многочисленным опросам, в Российской Федерации граждане имеют самые примитивные представления о собственных правах и свободах. Формирование в обществе убеждений, ориентированных на уважение прав и свобод, возможно только в случае, если человек понимает смысл данных категорий, имеет представление об их гарантировании и конституционном закреплении. Высокий уровень индивидуального и общественного типов культуры прав человека предполагает также наличие практических навыков и умений по реализации и защите прав человека, которые позволяет формировать праксиологическая функция культуры прав человека.

В современных условиях информационного общества возрастает роль *информационной функции* культуры прав человека. Она в целом призвана обеспечивать процесс культурной преемственности, передачу социального опыта. Э.В. Соколов справедливо отмечает: «Важнейшая особенность культуры в том, что она поддерживает преемственность поколений, обеспечивает единство культуры во времени. Эта ее способность проявляется в функции накопления и хранения информации. Системы значений не только помогают

понять мир, но и фиксируют это понимание, передают его через время и пространство. В истории культуры сменилось несколько способов накопления и хранения информации. Важнейшие из них: естественная память, письменность, книгопечатание, электронные системы... Компьютерная революция еще только началась, но уже сегодня ясно, сколь радикальные общественные сдвиги должны за этим последовать. Контроль над информацией был в прошлом важнейшей прерогативой власти и способом поддержания социального порядка. В сегодняшних условиях нужны совершенно новые способы контроля» [18: с. 52]. Следует также согласиться с автором и в том, что «информационный хаос» не менее опасен, чем хаос социальный.

Культура прав человека имеет серьезную информационную составляющую, поскольку должна способствовать преемственности поколений в утверждении гуманистических ценностей. Формирование высокого уровня культуры прав человека достигается путем систематического информирования, воспитания и образования в области прав человека широких слоев населения, утверждения веры в идею прав человека, а также убежденности в необходимости повсеместного их соблюдения и защиты. По этим причинам *воспитательная функция* культуры тесно связана с информационной и зависит от политической воли государства.

Однако в условиях современного информационного общества возможны и активно проявляются деструктивные явления, в частности, вызванные современными информационными войнами, которые направлены на искажение информации и способствуют нивелированию ценности идеи прав человека прежде всего в молодежной среде. Поэтому важнейшую роль играет также и *коммуникативная функция* культуры прав человека. Человек не может развиваться без общения. В современном мире особое значение имеют такие мощные средства коммуникации, как электронные СМИ, социальные сети и блоги, позволяющие увеличивать скорость информационных потоков, включая информацию о практике эффективной реализации и защиты прав человека и наоборот — нарушений прав и свобод. Поэтому роль коммуникативной функции культуры прав человека значительно возрастает по сравнению с другими функциями, поскольку она способствует укреплению взаимопонимания людей, их способности к сопереживанию и взаимопомощи.

Регулятивная и *коммуникативная* функции типичны для любого элемента духовной культуры, в том числе и правовой культуры, и культуры прав человека. Подробно рассмотрел сущность и механизм реализации регулятивной функции культуры В.С. Слепокуров, который отвел ей первостепенное значение: «Сфера культуры, предоставляя другим сферам общественной практики соционормативные регуляторы, сама их использует для управления деятельностью занятых в ней людей. Вместе с тем эта деятельность зависит и от внешних для культуры факторов, сосредоточенных в политической и экономической сферах. Политическое воздействие на культуру оказывает

государство, ... оно всегда использовало и использует культуру как рычаг воздействия на психологию и поведение граждан. В зависимости от идеологии, выражающей интересы государства, оно формирует культурную политику. Эта политика направляет культурный процесс, поддерживая те тенденции, которые способствуют интеграции общества, повышению уровня его единства» [16: с. 30]. Следует согласиться с автором в том, что духовная культура в целом и любой из ее элементов устанавливают соционормативные регуляторы, а культура прав человека также способствует регулированию поведения людей в обществе, вводя запреты на нарушение прав и свобод, предписания уважать достоинство каждой личности и соблюдать права и свободы других лиц при осуществлении собственных.

Как уже было сказано выше, все перечисленные функции культуры прав человека находятся в тесном взаимодействии, поэтому их следует рассматривать комплексно. По словам А.Р. Радклиф-Брауна, «только поняв культуру, как функционирующую систему, мы сможем предвидеть результаты любого оказываемого на нее преднамеренного или непреднамеренного влияния» [9: с. 635]. Следует согласиться с автором, поскольку анализ функций культуры прав человека в современном российском обществе позволяет, с одной стороны, оценить ее воздействие на все сферы общественной жизни, взаимоотношения социальных групп, мировоззрение людей, а с другой стороны, проследить влияние универсальных ценностей и ценностей различных цивилизаций на формирование духовной культуры в России.

Литература

1. *Аграновская Е.В.* Правовая культура и обеспечение прав личности. М.: Наука, 1988. 144 с.
2. *Алексеев С.С.* Общая теория права: в 2 т. Т. I. М.: Юридическая литература, 1981. 361 с.
3. *Баумова М.Г.* Функции правовой культуры: дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2005. 220 с.
4. *Большаков В.П.* Ценности культуры и время (некоторые проблемы современной теории культуры). Великий Новгород: НовГУ им. Ярослава Мудрого, 2002. 112 с.
5. *Выжлецов Г.П.* Аксиология культуры. СПб.: Изд-во СПбГУ, 1996. 152 с.
6. *Каган М.С.* Человеческая деятельность (опыт системного подхода). М.: Политиздат, 1974. 328 с.
7. *Кудишина А.А.* Современный гуманизм как феномен культуры (философско-культурологический анализ): дис. ... д-ра филос. наук. М., 2007. 359 с.
8. *Культурология / под ред. Г.В. Драча.* Ростов-н/Д.: «Феникс», 1998. 465 с.
9. *Культурология XX век / гл. ред. С.Я. Левит.* Т. 1: Интерпретации культуры. СПб.: Университетская книга, 1997. 727 с.
10. *Мигольцев А.А.* О человеке и человечности // Среднерусский вестник общественных наук. 2007. № 2 (3). С. 18–24.
11. *Павленко Е.М.* Формирование культуры прав человека и конституционного правосознания в современной России: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. 202 с.

12. Павленко Е.М. Формирование культуры прав человека и конституционного правосознания в современной России. М.: Права человека, 2008. 184 с.
13. Павленко Е.М. Образование в области прав человека как основа формирования правовой культуры и культуры прав человека в Российской Федерации: монография. М.: Права человека, 2016. 216 с.
14. Риккерт Г. Науки о природе и науки о культуре. СПб., 1911. 196 с.
15. Рудинский Ф.М. Формирование культуры прав человека и духовное обновление общества (из неопубликованного) // Наука прав человека и проблемы конституционного права: (труды разных лет). М.: ЗАО «ТФ Мир», 2006. 1234 с.
16. Слепокуров В.С. Культура как система соционормативного регулирования: автореф. дис. ... д-ра филос. наук. М., 2004. 36 с.
17. Соколов Э.В. Культура и личность. Л.: Наука, 1972. 228 с.
18. Соколов Э.В. Понятие, сущность и основные функции культуры. Л.: ЛГИК, 1989. 83 с.

Literatura

1. Agranovskaya E.V. Pravovaya kul'tura i obespechenie prav lichnosti. М.: Nauka, 1988. 144 с.
2. Alekseev S.S. Obshhaya teoriya prava: v 2 t. Т. I. М.: Yuridicheskaya literatura, 1981. 361 с.
3. Baumova M.G. Funkcii pravovoj kul'tury': dis. ... kand. jurid. nauk. Yaroslavl', 2005. 220 с.
4. Bol'shakov V.P. Cennosti kul'tury' i vremena (nekotory'e problemy' sovremennoj teorii kul'tury'). Velikij Novgorod: NovGU im. Yaroslava Mudrogo, 2002. 112 с.
5. Vy'zhlecov G.P. Aksiologiya kul'tury'. SPb.: Izd-vo SPbGU, 1996. 152 с.
6. Kagan M.S. Chelovecheskaya deyatel'nost' (opy't sistemnogo podxoda). М.: Politizdat, 1974. 328 с.
7. Kudishina A.A. Sovremenny'j gumanizm kak fenomen kul'tury' (filosofsko-kul'turologicheskij analiz): dis. ... d-ra filос. nauk. М., 2007. 359 с.
8. Kul'turologiya / pod red. G.V. Dracha. Rostov-n/D.: «Feniks», 1998. 465 с.
9. Kul'turologiya XX vek / gl. red. S.Ya. Levit. Т. 1: Interpretacii kul'tury'. SPb.: Universitetskaya kniga, 1997. 727 с.
10. Migolat'ev A.A. O cheloveke i chelovechnosti // Srednerusskij vestnik obshhestvenny'x nauk. 2007. № 2 (3). S. 18–24.
11. Pavlenko E.M. Formirovanie kul'tury' prav cheloveka i konstitucionnogo pravosoznaniya v sovremennoj Rossii: dis. ... kand. jurid. nauk. М., 2006. 202 с.
12. Pavlenko E.M. Formirovanie kul'tury' prav cheloveka i konstitucionnogo pravosoznaniya v sovremennoj Rossii. М.: Prava cheloveka, 2008. 184 с.
13. Pavlenko E.M. Obrazovanie v oblasti prav cheloveka kak osnova formirovaniya pravovoj kul'tury' i kul'tury' prav cheloveka v Rossijskoj Federacii: monografiya. М.: Prava cheloveka, 2016. 216 с.
14. Rikkert G. Nauki o prirode i nauki o kul'ture. SPb., 1911. 196 с.
15. Rudinskij F.M. Formirovanie kul'tury' prav cheloveka i duxovnoe obnovenie obshhestva (iz neopublikovannogo) // Nauka prav cheloveka i problemy' konstitucionnogo prava: (trudy' razny'x let). М.: ЗАО «ТФ Мир», 2006. 1234 с.
16. Slepokurov V.S. Kul'tura kak sistema socionormativnogo regulirovaniya: avtoref. dis. ... d-ra filос. nauk. М., 2004. 36 с.


17. *Sokolov E'.V. Kul'tura i lichnost'*. L.: Nauka, 1972. 228 s.
18. *Sokolov E'.V. Ponyatie, sushhnost' i osnovny'e funkicii kul'tury'*. L.: LGIK, 1989. 83 s.

E.M. Pavlenko

Functions of Human Rights Culture

Article is devoted to concept and essence of functions of human rights culture which weren't an object of research in modern jurisprudence. The author allocates humanistic, axiological, gnoseological, praktsiologicheskyy, information, regulatory, communicative and educational functions.

Keywords: intellectual culture; culture of human rights; functions of the human rights culture; human rights; legal culture.



**ГОСУДАРСТВО И ПРАВО:
ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ИСТОРИЧЕСКИЕ
АСПЕКТЫ**

А.А. Дорская

**Российская правовая традиция
в условиях новых вызовов
международному сотрудничеству
в рамках международных организаций¹**

В статье анализируются новые вызовы международному сотрудничеству, которое осуществляется в рамках международных организаций, и возможности опоры на российские правовые традиции при разрешении злободневных вопросов. Показано, что на современном этапе Россия выступает за интегративное правовое регулирование в рамках международных организаций, не переходя к наднациональному.

Ключевые слова: правовая традиция; международная организация; международное сотрудничество; международно-правовые стандарты; наднациональное право; интеграционное право.

Правовая традиция — категория, которая широко используется в юридической литературе и может пониматься по-разному. В широком смысле — это вся история российского права. В узком смысле — это сознательно поддерживаемые обществом, а иногда и государственными органами, правовые установки и ценности, которые проявляются в повседневной жизни, играя в разные периоды как новаторскую, так и сдерживающую роль.

В деятельности на международной арене у России также сложились свои правовые традиции. С одной стороны, огромная территория, относительная экономическая самостоятельность, некоторая обособленность религиозно-культурной жизни, вызванная ориентацией на Византийскую империю, которая в XI–XV вв. подверглась завоеванию, а затем и вовсе перестала существовать как самостоятельное государство, на протяжении веков способствовали некоторой обособленности России. С другой стороны, с X века Россия была

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках проекта проведения научных исследований («Правовые традиции России и развитие права международных организаций: проблемы взаимовлияния»), проект № 15-03-00255.

субъектом права международных договоров, с XVII века после Вестфальского мира начала активно вписываться в общеевропейский контекст развития, а с XIX века стала инициатором и активным участником авторитетнейших международных организаций своего времени. После Второй мировой войны Советский Союз, являясь одним из мировых лидеров, выступал одним из ведущих акторов мировой политики.

XXI век бросил новые вызовы мировому сообществу. Как справедливо отмечает В.А. Базанов, «в настоящее время в международных отношениях наблюдаются две взаимосвязанные тенденции, которые, по мнению ряда исследователей, ведут к существенной перестройке всей мировой системы. С одной стороны, мы являемся свидетелями переконфигурации центров силы: происходит «перераспределение глобальной мощи с Запада на Восток. Пятисотлетнее доминирование в мире атлантических держав — Португалии, Испании, Франции, Великобритании и, в недавнее время, Соединенных Штатов — подходит к концу...» С другой стороны, все более возрастает значимость общемировых, глобальных проблем, таких как охрана флоры и фауны, смягчение последствий изменения климата, борьба с распространением различных заболеваний, преодоление продовольственного кризиса» [3: с. 65].

Россия, благодаря географической и исторической предопределенности, является связующим звеном Запада и Востока. Являясь одновременно частью и того и другого, она обладает уникальной самобытностью. Именно поэтому как универсальные, так и региональные вызовы заставляют Россию не только реагировать на них, но и иметь четкую, взвешенную позицию в отношении каждого из них. Особую роль в решении важнейших мировых проблем играют со второй половины XX века международные организации, которые сейчас уже исчисляются тысячами, и Россия является активным участником многих из них.

Новым вызовом международному сотрудничеству является прежде всего необходимость достижения оптимального баланса между развитием наднационального права международных организаций и сохранением национального суверенитета как общего понятия и национальных правовых традиций как частного. Как показывает практика Европейского союза, развитие европейского законодательства нивелирует многие национальные правовые особенности, что влечет за собой как позитивные, так и негативные последствия. Например, В.Е. Чиркин отмечает, что простая интерпелляция норм Европейской конвенции о защите прав человека 1950 г. в право Великобритании и создание на этой основе в 1998 г. Закона о правах человека привели к тому, что была преодолена ранее сложившаяся в Великобритании практика регулирования данных вопросов преимущественно судебными прецедентами, что можно считать положительным явлением. Однако восприятие в британском праве через Лиссабонский договор Европейского союза 2007 г. понятия юридического лица пока вызывает у судов трудности, и они предпочитают использовать традиционное для английского права понятие корпорации [9: с. 836].

Россия в этом отношении имеет уникальный опыт. Имперский «комплекс», характерный для России на протяжении многих столетий, подразумевал, как отмечает С.Н. Баранец, «интернализацию национального мировидчества и мироотношения», а поэтому «кризисные явления на рубеже первого-второго десятилетий нашего века, как и всегда, породили напряженные поиски смысла исторического бытия и судьбоносных идеалов для каждого из субъектов мировой истории современности, в том числе и ради акцентуализации ими ранее обнаруженных и неизбытых (недовоплощенных) идеалов как ориентиров для прокладки курса в системе конвенционно принятых мировых координат и мировых целей» [4: с. 58–59]. В частности, это выражается в том, что Россия является одним из инициаторов такой новой международной организации, как Евразийский экономический союз, членами которого на сегодняшний момент являются пять государств, бывших республик Советского Союза, — Армения, Беларусь, Казахстан, Киргизия и Российская Федерация. Безусловно, что ЕАЭС использует европейский опыт интеграции в экономической сфере, однако в его основе лежит другая идея, нежели в Европейском союзе. По оценке специалистов, Евразийский экономический союз в настоящее время не может рассматриваться как объект, полностью соответствующий концепции наднациональности, хотя и характеризуется способностью самостоятельно принимать решения в ряде вопросов, по которым государства делегировали полномочия [10: с. 22]. Россия пытается поддерживать традицию интеграционного права, элементы которой закладывались еще в XIX веке и выражались в существовании особого законодательства во многих национальных районах.

Еще одним вызовом международному сотрудничеству в современных условиях является то, что взаимодействие многих государств происходит уже не в рамках двусторонних или многосторонних отношений, а в рамках универсальных и региональных международных организаций, членами которых они являются. Так, например, вступив во Всемирную торговую организацию в 2012 г., Россия взяла на себя обязательства по соответствию национальной продукции международным стандартам, обеспечивающим основное качество продукции — защиту жизни и здоровья людей, животных или растений, охрану окружающей среды. Именно поэтому при формировании правового базиса Единого экономического пространства для Республики Беларусь, Республики Казахстан, Российской Федерации, Республики Армения и Киргизской Республики основой стал «правовой массив унифицированного законодательства, учитывающий международные нормы-принципы, и, прежде всего, нормы Всемирной торговой организации (ВТО) и адаптирующий эти международные нормы-принципы к регулированию экономических отношений как на экономическом пространстве в ЕАЭС, так и самого Союза с другими субъектами мирового рынка» [8: с. 101]. Гармонизация законодательства России с законодательствами других государств — членов ВТО по вопросам стандартизации качества продукции происходит с учетом соглашений ЕАЭС. Таким образом поддерживается традиция, сложившаяся в XX веке, когда Советский Союз даже в условиях холодной войны сочетал сотрудничество в такой

универсальной международной организации, как ООН, с реализацией существовавших на тот момент интересов через международные региональные организации (Совет Экономической Взаимопомощи, существовавший в 1949–1991 гг).

Еще одним вызовом можно считать попытки увеличения влияния решений международных судов, созданных в рамках международных организаций, на национальные правовые системы. Нужно отметить, что в советское время традиция отношения к международному правосудию не сложилась. СССР ни разу не подавал иск в Международный суд ООН, с 1950-х гг. и вплоть до конца XX века не заседала Постоянная палата третейского суда в Гааге, по двум жалобам США в Международный суд ООН СССР не признал юрисдикцию данного суда и т. д. Однако Российская Федерация сделала значительный рывок вперед, активно участвуя в работе Международного трибунала по морскому праву, став участницей Европейского суда по правам человека и т. п. Поэтому на современном этапе можно говорить только о формировании российской правовой традиции использования решений международных судов в развитии национальной правовой системы.

Данная традиция складывается неоднозначно, что ярко проявляется в отношениях России и Европейского суда по правам человека. С одной стороны, Россия реагирует на «пилотные постановления», в которых с 2004 г. обозначены «системные или структурные проблемы» государств — членов Совета Европы, которые привели к нарушениям норм Европейской конвенции по правам человека в отношении значительного числа граждан [7: с. 10]. В частности, большинство жалоб российских граждан в Страсбургский суд были связаны с нарушением права на доступ к правосудию. В результате был принят Федеральный закон Российской Федерации от 30.04.2010 № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» [2], решивший ряд вопросов в этой сфере. Снижение общего числа жалоб из России также свидетельствует о том, что часть проблем уже преодолена.

С другой стороны, Россия заняла принципиальную позицию в отношении нескольких дел, решения по которым были приняты в Европейском суде по правам человека. В результате 14 декабря 2015 г. был принят Федеральный конституционный закон № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О Конституционном суде Российской Федерации”», согласно которому теперь Конституционный суд Российской Федерации по запросам федерального органа исполнительной власти, наделенного компетенцией в сфере обеспечения деятельности по защите интересов Российской Федерации при рассмотрении в межгосударственном органе по защите прав и свобод человека жалоб, поданных против Российской Федерации на основании международного договора Российской Федерации, разрешает вопрос о возможности исполнения решения межгосударственного органа по защите прав и свобод человека [1].

Подобная ситуация не является уникальной, так как похожие проблемы возникали уже в Германии (дело Казима Гергюлю — гражданина Турции, о правах

на внебрачного сына, которого оставила мать) и Великобритании (дело Херста о запрете на участие в голосовании на парламентских и местных выборах заключенных). Поднимался вопрос о несоответствии решений Европейского суда по правам человека национальным законодательствам Австрии и Италии. Поэтому формирование традиции взаимоотношений Страсбургского суда с национальными судами в случае их принципиального несогласия с решением еще только формируется.

Серьезным вызовом международному сотрудничеству являются так называемые санкции в отношении России, которые специалисты в области международного права предпочитают называть репрессалиями. Так, Д.А. Пашенцев отмечает, что Россия «несет существенные потери от введенных ограничений. В связи с этим закономерно возникает вопрос о том, какие стороны нашего участия в международных финансовых организациях преобладают: негативные или позитивные. К тому же указанные санкции представляют собой не что иное, как нарушение основополагающих принципов деятельности международных экономических организаций» [6: с. 28–29]. Однако российская правовая традиция в данном случае состоит в том, чтобы поддерживать межгосударственные отношения в рамках международных организаций даже в случае принципиального несогласия по важным вопросам мирового развития, так как международные организации продолжают оставаться площадкой для диалога.

Нельзя не сказать и о таком вызове международному сотрудничеству, как террористическая угроза, которая может нанести существенный ущерб всей системе безопасности, созданной мировым сообществом. Необходимо отметить, что в России традиция борьбы с терроризмом, в том числе юридическими средствами, сложилась еще во второй половине XIX века, когда народо-вольцы постоянно устраивали террористические акты в отношении высших должностных лиц государства. На международной арене Советский Союз, а затем Россия стали активно поддерживать систему безопасности, складывавшуюся в рамках ООН. Как отмечает З.Ш. Матчанова, «помимо всеобщей системы международной безопасности Устав ООН предусматривает возможность создания региональных систем поддержания и укрепления безопасности. Устав ООН не препятствует существованию региональных соглашений или органов для разрешения всех проблем в области безопасности и противодействия ключевым угрозам, при условии, что эти соглашения или органы и их деятельность совместимы с целями и принципами ООН» [5: с. 360]. Поддерживая сложившуюся традицию, Российская Федерация стала одним из инициаторов создания в 1992 г. Организации Договора о коллективной безопасности (ОДКБ), одной из целей которой является противодействие международному терроризму. Несмотря на то, что раньше в данную Организацию входило девять, а сейчас только шесть государств (Армения, Беларусь, Казахстан, Киргизия, Российская Федерация, Таджикистан), традиция совместной борьбы с военной и другими международными угрозами бывшими республиками Советского Союза поддерживается.

Таким образом, Россия имеет свои правовые традиции участия в универсальных и региональных международных организациях и поддерживает их, несмотря на то, что политическая конъюнктура меняется иногда до противоположности. При этом посягательства на веками сложившиеся традиции регулирования того или иного вида общественных отношений вызывает негативную реакцию и на политическом уровне, и у юридического сообщества, и у общества в целом. Россия на современном этапе придерживается интегративной формы правового обеспечения сотрудничества в рамках международных организаций, пытаясь пока избегать национального правового регулирования.

Литература

1. Федеральный конституционный закон от 14.12.2015 № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»» // Российская газета. 2015. 16 декабря. № 284.
2. Федеральный закон Российской Федерации от 30.04.2010 № 68-ФЗ (в ред. от 29.06.2015) «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // Российская газета. 2010. 4 мая. № 94.
3. *Базанов В.А.* Возможности сотрудничества России и Индии в области обеспечения экологической безопасности // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 4 «История. Регионоведение. Международные отношения». 2015. № 1. С. 65–81.
4. *Баранец С.Н.* Неопознанная Россия: к культурно-онтологическим основаниям теоретической модели современности // Россия в современном мире: взгляд социология. Десятые Ковалевские чтения: материалы научно-практической конференции 13–15 ноября 2015 г. / отв. ред. Ю.В. Асочаков. СПб.: Скифия-принт, 2015. С. 57–59.
5. *Матчанова З.Ш.* Национальные правовые традиции и сотрудничество государств в борьбе с террористической угрозой // Вестник Орловского государственного университета. Серия «Новые гуманитарные исследования». 2015. № 2 (43). С. 358–361.
6. *Пашенцев Д.А.* Правовые традиции России и развитие международных экономических организаций // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «Юридические науки». 2015. № 3 (19). С. 26–30.
7. *Северухин В.А.* Особенности конкретизации права в Постановлениях Европейского Суда по правам человека // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «Юридические науки». 2015. № 2 (18). С. 8–17.
8. *Уткин В.В.* Гармонизация законодательства в сфере стандартизации в условиях экономической региональной интеграции // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «Юридические науки». 2016. № 1 (21). С. 98–103.
9. *Чиркин В.Е.* Возможности и пределы гармонизации глобальных правовых систем // Lex Russica. 2014. Т. ХСVI. № 7. С. 832–836.
10. *Шмаков Р.В.* К вопросу о «наднациональности» права Евразийского экономического союза // Евразийский юридический журнал. 2015. № 10 (89). С. 16–22.

Literatura

1. Federal'nyj konstitucionnyj zakon ot 14.12.2015 № 7-FKZ «O vnesenii izmenenij v Federal'nyj konstitucionnyj zakon «O Konstitucionnom Sude Rossijskoj Federacii»» // Rossijskaya gazeta. 2015. 16 dekabrya. № 284.

2. Federal'ny'j zakon Rossijskoj Federacii ot 30.04.2010 № 68-FZ (v red. ot 29.06.2015) «O kompensacii za narushenie prava na sudoproizvodstvo v razumny'j srok ili prava na ispolnenie sudebnogo akta v razumny'j srok» // Rossijskaya gazeta. 2010. 4 maya. № 94.
3. *Bazanov V.A.* Vozmozhnosti sotrudnichestva Rossii i Indii v oblasti obespecheniya e'kologicheskoy bezopasnosti // Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya 4 «Istoriya. Regionovedenie. Mezhdunarodny'e otnosheniya». 2015. № 1. S. 65–81.
4. *Baranecz S.N.* Neopoznannaya Rossiya: k kul'turno-ontologicheskim osnovaniyam teoreticheskoy modeli sovremennosti // Rossiya v sovremennom mire: vzglyad sociologiya. Desyaty'e Kovalevskie chteniya: materialy' nauchno-prakticheskoy konferencii 13–15 noyabrya 2015 g. / otv. red. Yu.V. Asochakov. SPb.: Skifiya-print, 2015. S. 57–59.
5. *Matchanova Z.Sh.* Nacional'ny'e pravovy'e tradicii i sotrudnichestvo gosudarstv v bor'be s terroristicheskoy ugrozoy // Vestnik Orlovskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya «Novy'e gumanitarny'e issledovaniya». 2015. № 2 (43). S. 358–361.
6. *Pashencev D.A.* Pravovy'e tradicii Rossii i razvitie mezhdunarodny'x e'konomicheskikh organizacij // Vestnik Moskovskogo gorodskogo pedagogicheskogo universiteta. Seriya «Yuridicheskie nauki». 2015. № 3 (19). S. 26–30.
7. *Severuxin V.A.* Osobennosti konkretizacii prava v Postanovleniyax Evropejskogo Suda po pravam cheloveka // Vestnik Moskovskogo gorodskogo pedagogicheskogo universiteta. Seriya «Yuridicheskie nauki». 2015. № 2 (18). S. 8–17.
8. *Utkin V.V.* Garmonizaciya zakonodatel'stva v sfere standartizacii v usloviyax e'konomicheskoy regional'noj integracii // Vestnik Moskovskogo gorodskogo pedagogicheskogo universiteta. Seriya «Yuridicheskie nauki». 2016. № 1 (21). S. 98–103.
9. *Chirkin V.E.* Vozmozhnosti i predely' garmonizacii global'ny'x pravovy'x sistem // Lex Russica. 2014.T. XCVI. № 7. S. 832–836.
10. *Shmakov R.V.* K voprosu o «nacional'nosti» prava Evrazijskogo e'konomicheskogo soyuza // Evrazijskij yuridicheskij zhurnal. 2015. № 10 (89). S. 16–22.

A.A. Dorskaya

Russian Legal Tradition in the Face of New Challenges to International Cooperation in the Framework of International Organizations²

The article analyzes new challenges of international co-operation, which is carried out in the framework of international organizations and the possibility of relying on the Russian legal tradition in resolving current issues. It is shown that at the present stage Russia stands for integrative legal regulation in the framework of international organizations without moving to the supranational.

Keywords: legal tradition; international organization; international cooperation; international legal standards; supranational law; integration law.

² The study was funded by RHSF and carried out in the frames of the scientific research («Russian legal tradition and development of the law of international organizations: the problem of interference»), project № 15-03-00255.

А.И. Кривенький

К вопросу о понятии и признаках глобального права

Статья посвящена рассмотрению понятия и признаков глобального права на основе достигнутого уровня в развитии теории современного позитивного права. Проведен анализ трех самых общих, устоявшихся в юридической науке определений права применительно к глобальному праву и анализ тех признаков права, которые зависят от деятельности неправительственных международных организаций, занимающихся унификацией *lex mercatoria* (обычаи торгового оборота) и «мягкого права». Действие данных источников торговых обычаев и «мягкого права» рассматривается на примере их применения в регулировании международных частнопрововых отношений.

Ключевые слова: правопонимание; позитивное право; унификация; международное частное право; международное право; глобальное право.

Достигнутый уровень развития юридической науки, в частности теории права, позволяет ставить на обсуждение юридической общественности основополагающие проблемы будущего глобального права, в том числе вопросы о понятии и признаках этого пока еще непознанного феномена. Правовая глобалистика как процесс формирования новой общемировой системы правовых норм, справедливо полагает А.Д. Урсул, «все же сменит свое название на “глобальное правоведение” или продолжит глобальные исследования в этом направлении» [10: с. 118].

На этом пути нас не может ограничивать тот факт, что вопрос понятия права и другие принципиально важные определения, зависящие от него, пока полностью не разрешены в современной юридической науке. Так, И. Кант не без оснований утверждал, что вопрос о том, что такое право, может смутить правоведа. Его может смутить и то, каков всеобщий критерий, на основании которого можно вообще различить правое и неправое (*Justum et iniustum*) [3: с. 251]. Это «останется для него тайной, если он хоть на время не оставляет указанные эмпирические принципы и не ищет источник этих суждений в одном лишь разуме» [3: с. 251].

Существует множество подходов при определении понятия права. Но если проанализировать историю правовой мысли и обобщить все разнообразие взглядов и представлений о праве, то можно выделить три основные тенденции в правопонимании: 1) позитивно-нормативную; 2) естественно-правовую (философско-доктринальную); 3) социологическую. Все остальные вариации

определения этого понятия в правопонимании так или иначе укладываются в приведенную классификацию. В аналогичной степени проблемы неопределенности в правопонимании относятся и к глобальному праву, тем более что оно еще не сформировалось, а представляет собой скорее совокупность нормативно-правовых блоков, чем систему. Это такие блоки, как международное право и 193 национальные правовые системы, находящиеся во взаимосвязи и взаимозависимости. Например, публичная сфера во всех странах регулируется по образцу либо романо-германской, либо англо-американской правовой семьи [1: с. 12].

Вот почему в рамках рассматриваемой проблемы мы считаем малопродуктивным излагать исторически сложившиеся подходы к определению права, экстраполируя их на глобальное право в том состоянии, в котором оно находится в настоящее время. Но вот такие общие определения права, с которыми на протяжении столетий свыклись и в которые поверили люди, как: «право — это формальное равенство», «право — это всеобщая и необходимая форма свободы в общественных отношениях людей», «право — это всеобщая справедливость», следует рассмотреть применительно к глобальному праву, несмотря даже на то, что, как замечает М.Н. Марченко, «такого рода “понимания” права и его определения весьма односторонни, абстрактны и чрезвычайно общи» [7: с. 75].

Почему мы считаем целесообразным и полезным анализировать данные понятия права в отношении глобальной системы права?

Во-первых, такого рода подходы к определению права подчеркивают его объективную необходимость для человеческого сообщества и в пределах государств, и в ходе их взаимодействия, т. е. в пределах мира в целом. Во-вторых, использование такого рода общефилософских определений права и правопонимания не вызывает разногласий и устраивает практически всех. В-третьих, в качестве критериев они широко используются как изначальные во всем процессе познания правовой материи шага и как своего рода общесоциальные ориентиры в дальнейшем ее исследовании.

Если при всем разбросе мнений о том, что такое право, с которым ежеминутно, ежечасно и ежедневно мы сталкиваемся в повседневной жизни, оно тем не менее определяется как «совокупность, а точнее — *система норм или правил поведения*» [7: с. 85], то, логически рассуждая, мы вправе поставить вопрос, а может ли быть иным глобальное право.

Большинство авторов, активно работающих в сфере формирования глобального права, определяют правовую глобализацию как процесс формирования новой, общемировой системы правовых норм, организующих и обеспечивающих глобальное межгосударственное взаимодействие в различных сферах жизни современного общества, в процессе которого международное право, национальное право, а также право международных хозяйственных объединений оказываются в состоянии тесной взаимозависимости. В других парадигмах

глобального права за основу также взята система юридических норм. Никто из исследователей не отождествляет глобальное право с естественным правом, в то время как с правом позитивным отождествляют практически все. При этом подчеркивается, что, например, в англо-американской семье возрастает роль статутов, в романо-германской — судебных прецедентов, в религиозных правовых семьях — законов и подзаконно-нормативных актов, и при этом во всех них, как правило, признаются и используются нормы международного права — международных договоров [1: с. 2].

Думаем, что с учетом сказанного мы вправе хотя и осмотрительно, но все же экстраполировать существующее рабочее определение понятия права, а также основные признаки позитивного права на формирующееся глобальное право.

Отечественные и зарубежные авторы практически единодушно выделяют следующие признаки современного права:

- а) системность и упорядоченность;
- б) нормативность;
- в) императивный государственно-волевой, властный характер;
- г) общеобязательность и общедоступность;
- д) формальная определенность;
- е) проявление в качестве всеобщего масштаба и равной меры по отношению ко всем индивидам;
- ж) обладание регулятивным характером;
- з) всесторонняя (с помощью государственных и негосударственных институтов) обеспеченность и гарантированность [7: с. 85].

Как представляется, особые изменения происходят в процессе формирования элементов глобального права в третьем (п. в) и последнем (п. з) признаках. Известный специалист по проблеме глобализации А.Н. Чумаков полагает, что «основанием глобального права станет глобальное общество и “глобальное” государство, проблема построения которого, очевидно, станет одной из важнейших задач третьего тысячелетия» [12: с. 34]. По логике вещей именно такое «глобальное» государство будет обеспечивать все признаки права, в их числе — императивный государственно-волевой властный характер глобального права и его гарантированность. Что же касается негосударственных институтов, участвующих в обеспеченности и гарантированности глобального права, то, надо полагать, эти институты будут выполнять роль институтов всеобщего гражданского общества. Оно, как полагают исследователи, также станет результатом сферы интеграции общественных отношений и институтов, существующих в системе гражданских обществ современного мира, и тех новых, которые могут сформироваться на путях глобализации общественных отношений.

Представляется, что в системе глобального права роль и значение негосударственных институтов и регулирование с применением *lex mercatoria* (единообразных устойчивых правил (обычаев), сложившихся в практике, например, международной торговли, но не имеющих обязательной юридической

силы) и «мягкого права», будут занимать гораздо большее место, чем в современном позитивном праве.

Особенно ясно это видно на примере правового регулирования международных частноправовых отношений. Под воздействием глобализации общественных отношений частное право не может замыкаться в рамках только национальных правовых систем. В особенности это характерно для международного частного права, которое регулирует частноправовые отношения, выходящие за пределы государств, т. е. в межгосударственном пространстве. «В силу своих функций по установлению компромисса между различными правопорядками и тесного взаимодействия с международным публичным правом международное частное право сближает правовые системы, способствуя их интернационализации и гармонизации» [5: с. 22].

Что же касается существующих взглядов на *lex mercatoria* и «мягкое право» как на квази- и субправовые источники, широко применяемые в международном частном праве (МЧП), то это вовсе не значит, что современная юридическая наука «не в состоянии объяснить и прогнозировать новые явления в правотворчестве и юридической практике» [4: с. 64]. В отечественной и зарубежной юридической литературе более продуктивным стало иное понимание, не исключающее, а предполагающее в необходимых случаях правового регулирования переплетение норм «жесткого» и «мягкого» права. А.В. Демин уточняет это положение, подчеркивая, что данные нормы «ассоциируются, взаимодополняют друг друга, образуя гибридные нормативные режимы, институты, нормативно-логические конструкции» [2: с. 105], которые особенно полезны на случай пробелов в праве.

Предполагаем, что в глобальном праве, когда роль и значение институтов гражданского общества в правотворчестве возрастет, применение актов неофициальных кодификаций в регулировании расширится и станет обычным. Сегодня такие акты являются результатом деятельности Института частного права (УНИДРУА), Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Всемирной организации бизнеса, Международной федерации инженеров-консультантов, Торгово-промышленного объединения 18 европейских стран, Международной торговой палаты и др. Акты данных организаций имеют форму типовых контрактов, комплектов правил общих условий отдельных видов договоров, типовых форм документации, общих условий поставки товаров, унифицированных правил и обычаев и т. п.

Ученые, исследующие глобальное право, считают, что в ходе правовой глобализации активно развивается процесс интеграции посредством заимствования норм. Причем именно заимствование обогащает системы права. Ю.А. Тихомиров полагает, что интеграция формально-юридических источников происходит в формах сближения, гармонизации, унификации, стандартизации и имплементации. В сфере глобализации международных хозяйственных связей, достигших уже в наше время высокой степени интеграции, «взаимопроникновение норм,

иностранный права, правовых идей и решений через их воспроизведение в заключаемых международных договорах, — пишет Н.Г. Семилютина, — в науке получило название диффузии права» [9: с. 134]. Причем заметным становится влияние на формирование воли национального законодателя посредством инфузии тех же принципов УНИДРУА некоторыми национальными правовыми системами [11: с. 46]. Что же касается принципов европейского договорного права, то оно давно инкорпорировано в законодательство стран — членов Евросоюза [8: с. 138].

Но, как полагает Н.И. Красноярова, понятие диффузии «не охватывает всей динамики этапов и объема верификационной работы создателей вненациональных правовых текстов высокого уровня, применение которых в актуальной редакции, к тому же с включенными в их состав постатейными комментариями, безусловно, снижает неопределенность трансграничных отношений» [4: с. 65], что как раз и является постоянной заботой участников таких отношений.

Подчеркивая важное значение такой формы унификации, как Принципы УНИДРУА, заметим, что вряд ли их можно признать новой формой нормотворчества, «якобы конкурирующей с международным договором, содержащим унифицированные нормы материального права» [4: с. 65]. Но тем не менее переплетение «жестких» норм международных договоров и обычаев торгового оборота, к которым, безусловно, принадлежат Принципы УНИДРУА, в ходе глобализации международных экономических отношений сомнению не подлежит. В.Ф. Яковлев верно заметил по этому поводу: без установления оптимального соотношения между публичным и частным правом «скольнибудь совершенного механизма регулирования экономических отношений нет и быть не может» [13: с. 200]. Оставаясь по своей природе международными, Принципы УНИДРУА, правила других международных организаций подобного рода широко используются для регулирования частноправовых отношений трансграничного характера, в громадном количестве складывающихся между субъектами разных государств. Международное бизнес-сообщество очень чувствительно к таким поворотам в глобализации правовых отношений. Поэтому объяснимым является перемещение его интереса при регулировании тех же трансграничных коммерческих отношений «в сторону общих принципов, стандартных правил международной торговли» [4: с. 65].

В итоге подчеркнем следующее: на примере анализа самых общих определений права и проявления двух его признаков (императивный государственно-властный характер права, обеспеченность и гарантированность права) в результате деятельности негосударственных институтов в сфере МЧП можно предполагать, что уже сегодня подобные контуры глобального права проявляются вполне определенно.

Литература

1. Богатырев В.В. Глобализация права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Владимир: ФСИН России. 2012. 12 с.

2. *Демин А.В.* Бинарный подход против относительной нормативности: к дискуссии о «мягком праве» // *Закон*. 2014. № 6. С. 105.
3. *Кант И.* Метафизика права. История политических и правовых учений: хрестоматия / под ред. О.Э. Лейста. М.: Зерцало, 2000. 251 с.
4. *Красноярова Н.И.* Акты международной частноправовой унификации, содержание конструкции защиты прерогативы кредитора // *Евразийский юридический журнал*. 2015. № 10 (89). С. 64.
5. *Кривенький А.И.* Вопросы теории и методологии становления глобального права и его влияние на защиту прав человека (тезисы доклада) // *Права и свободы человека и гражданина теоретические вопросы и юридическая практика: материалы ежегодной Международной научной конференции памяти Ф.М. Рудинского (23 апреля 2015 г., МГПУ)*. Рязань: Изд-во «Концепция», 2015. С. 221.
6. *Мажорина В.М.* Современные тенденции развития права международной торговли. // *Журнал российского права*. 2014. № 4. С. 122.
7. *Марченко М.Н.* Теория государства и права. 2-е изд. М.: Изд-во Проспект, 2009. С. 85.
8. *Муратова О.В., Цирина М.А., Власова Н.В.* Проблемы унификации международного частного права в современном мире // *Журнал Российского права*. 2014. № 3. С. 138.
9. *Семилютин Н.Г.* Глобализация международных хозяйственных связей, информационные технологии и выход на новый уровень диффузии права // *Журнал российского права*. 2015. № 5. С. 134.
10. *Урсул А.Д.* Глобальные исследования и глобализация науки // *Вопросы философии*. 2013. № 11. С. 118.
11. *Уруджу И.* Восприятие распространенного: четыре круга распространенного, воспринятого в правовой системе Турции // *Журнал зарубежного и сравнительного правоведения*. 2014. № 1. С. 46.
12. *Чумаков А.Н.* Теоретико-методологические основания исследования процессов глобализации // *Век глобализации*. 2013. № 2. С. 34.
13. *Яковлев В.Ф.* Экономика. Право. Суд. М.: Наука; Интерпериодика, 2003. 200 с.

Literatura

1. *Bogaty'rev V.V.* Globalizaciya prava: avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. Vladimir: FSIN Rossii. 2012. 12 s.
2. *Demina A.V.* Binarnyj podxod protiv otnositel'noj normativnosti: k diskussii o «myagkom prave» // *Zakon*. 2014. № 6. S. 105.
3. *Kant I.* Metafizika prava. Istoriya politicheskix i pravovy'x uchenij: xrestomatiya / pod red. O.E'. Lejsta. M.: Zerczalo, 2000. S. 251.
4. *Krasnoyarova N.I.* Akty' mezhdunarodnoj chastnopravovoj unifikacii, sodержanie konstrukcii zashhity' prerogativy' kreditora // *EvrAzijskij yuridicheskij zhurnal*. 2015. № 10 (89). S. 64.
5. *Kriven'kij A.I.* Voprosy' teorii i metodologii stanovleniya global'nogo prava i ego vliyanie na zashhitu prav cheloveka (tezisy' doklada) // *Prava i svobody' cheloveka i grazhdanina teoreticheskie voprosy' i yuridicheskaya praktika: materialy' ezhegodnoj Mezhdunarodnoj nauchnoj konferencii pamyati F.M. Rudinskogo (23 aprelya 2015 g., MGPU)*. Rjazan': Izd. «Konceptiya», 2015. S. 221.
6. *Mazhorina V.M.* Sovremenny'e tendencii razvitiya prava mezhdunarodnoj torgovli // *Zhurnal rossijskogo prava*. 2014. № 4. S. 122.

7. *Marchenko M.N.* Teoriya gosudarstva i prava. 2-e izd. M.: Izd. Prospekt, 2009. 85 s.
8. *Muratova O.V., Cirina M.A., Vlasova N.V.* Problemy' unifikacii mezhdunarodnogo chastnogo prava v sovremennom mire // Zhurnal Rossijskogo prava. 2014. № 3. S. 138.
9. *Semilyutina N.G.* Globalizaciya mezhdunarodny'x khozyajstvenny'x svyazej, informacionny'e texnologii i vy'xod na novy'j uroven' diffuzii prava // Zhurnal rossijskogo prava. 2015. № 5. S. 134.
10. *Ursul A.D.* Global'ny'e issledovaniya i globalizaciya nauki // Voprosy' filosofii. 2013. № 11. S. 118.
11. *Urudzhu I.* Vospriyatie rasprostranennogo: chety're kruga rasprostranennogo, vosprinyatogo v pravovoj sisteme Turcii // Zhurnal zarubezhnogo i sravnitel'nogo pravovedeniya. 2014. № 1. S. 46.
12. *Chumakov A.N.* Teoretiko-metodologicheskie osnovaniya issledovaniya processov globalizacii // Vek globalizacii. 2013. № 2. S. 34.
13. *Yakovlev V.F.* E'konomika. Pravo. Sud. M.: Nauka; Interperiodika, 2003. 200 s.

A.I. Krivenky

To the Question of the Concept and Characteristics of Global Law

The article examines a notion and features of the global right on the base of the modern level in developing a theory of positive law. The analysis of three most general and regular for jurisprudence notions of the law in the contest of the global law, on one hand, and the analysis of those features of the law which depend on the activities of the international non-governmental organizations dealing with unification of *lex mercatoria* and “soft power”, on the other hand, are carried out. The action of given sources of trade customs and “soft power” is considered by the example of their implementation in the regulation of international private law relations.

Keywords: law comprehension; positive law; unification; private international law; international law; global law.

И.Л. Честнов

Социальный контроль в постсовременном обществе

Автор показывает изменения социального контроля, происходящие в современном обществе. Новые принципы государственного управления и новые методы власти заставляют пересмотреть содержание социального контроля. Новыми качествами социального контроля сегодня являются процессуальность и человекообразность. В постсовременном обществе проблематизируются общественный порядок и легитимность власти.

Ключевые слова: социальный контроль; общественный порядок; власть; легитимность власти; государство.

Социальный контроль — важнейшее условие воспроизводства (как традиционного, так и инновационного) социума, сохранения социальности. Все виды принуждения и ограничений, выступающих имманентным свойством социального контроля, «являются одновременно разновидностями возможностей, средством “санкционирования” деятельности» [3: с. 183]. Поэтому проблема «социального контроля есть в значительной степени проблема социального порядка, сохранности общества как целого», пишет Я.И. Гилинский [4: с. 388]. При этом социальный контроль включает не только деятельность государственной власти по выявлению социальных девиаций (причем только негативных), но и все государственное управление и даже самоуправление в обществе (начиная с малой группы и заканчивая всем человечеством). Определение пределов и содержания социального контроля исторически и социокультурно обусловлено и зависит, в первую очередь, от господствующих в данном социуме мировоззрения, выстроенной картины мира и идеологии. Так, либеральное определение социального контроля предполагает минимальное вмешательство государственного регулирования и отождествление социального контроля преимущественно с репрессивной функцией государства. Государство как «ночной сторож» выполняет свою надзорную миссию, но другие формы социального (от имени общества) вмешательства в частную сферу в принципе недопустимы. При коммунистической (республиканской) идеологии, напротив, предполагается активное воздействие государства на частную и общественную жизнь. Это же касается и социал-демократической идеологии. Полное поглощение жизнедеятельности индивида, его растворение в социальных формах, допускаемых властью (партийной, религиозной или какой-либо другой, поглотившей в том числе и государственный аппарат), характерно для тоталитарных (включая теократические) идеологий. Если в XIX в. господствовало либеральное представление

о социальном контроле, то в XX в. — теория социальной инженерии, наиболее последовательно разрабатывавшаяся американским юристом Р. Паундом — лидером социологии права в США. Сегодня — в эпоху кризиса «больших нарративов» (Ф. Лиотар) — социальный контроль трактуется в широком смысле как социальное управление. При этом важно отметить, что содержание последнего значительно трансформировалось по сравнению с представлениями о нем и его содержанием в эпоху модерна. В конце XX в. государственное управление (включающее социальный контроль в узком смысле слова) достаточно радикально изменяется: прямое насилие заменяется «мягким» информационно-идеологическим, знаково-символическим влиянием, когда власть действует с помощью «символического насилия».

Используя новые коммуникативные технологии, власть проникает во все сферы жизнедеятельности человека, формируя его как социального (и правового) субъекта, определяя его идентичность, потребности и интересы, экспектации и интенции. Одновременно достаточно кардинально меняется представление о власти: власть — это не инструмент, принадлежащий кому-то, кто его использует по своей воле, а всепроникающий аспект общественной жизни. Власть, утверждал М. Фуко, «...пронизывает и производит вещи, вызывает удовольствие, формирует знание, производит дискурс» [11: с. 119]. «Отношения власти глубоко укоренены в социальных связях, <...> они не образуют какой-то дополнительной структуры поверх общества, о радикальном упразднении которой можно мечтать. Жить в обществе в любом случае означает жить так, чтобы одни могли бы воздействовать на действия других. Общество “без отношений власти” может быть лишь абстракцией. А это — скажем мимоходом — делает политически тем более необходимым анализ отношений власти именно в конкретных обществах, делает необходимым анализ их исторического формирования, того, что придает им стабильность или нестабильность, анализ условий, необходимых для того, чтобы преобразовывать одни и упразднять другие. Ведь сказать, что не бывает обществ без отношений власти, не означает ни того, что данные нам отношения власти необходимы, ни того, что в любом случае власть образует в средоточии обществ некую неустранимую фатальность; но это означает, что анализ, совершенствование, постановка под сомнение отношений власти, а также “агонизм” между отношениями власти и не транзитивностью свободы представляют собой непрерывно стоящую перед нами политическую задачу; это также означает, что тут и заключается политическая задача, внутренне присущая всякой социальной жизни» [8: с. 184].

Одновременно (или «параллельно») власть производит субъектов, формируя их характер и «нормализуя их», делая их способными и склонными придерживаться норм здравого смысла, здорового образа жизни, сексуального поведения и других нормативов благопристойности. При этом власть, как и все социальные явления и процессы, — принципиально амбивалентна: она как минимум может быть в определенном контексте принудительной, а может быть и продуктивной.

Одним из важнейших направлений деятельности государственной власти становится конструирование политической идентичности. Именно такое

конструирование привело к формированию новых наций и государств в XX в., освободившихся от колониальной зависимости. Сегодня это серьезнейшая проблема, порожденная мультикультурностью современных сообществ. Куда приведет трансформация государства-нации в связи с изменениями политической идентичности, предсказать невозможно. Но очевидно, что сегодня политика — это прежде всего борьба между группами за идентичность, в том числе властной иерархии.

Социальный контроль с позиций постклассической эпистемологии, обусловленной ситуацией постмодерна, — это не некая данность, а процесс конструирования и воспроизведения общественного порядка, важнейшим аспектом которого выступает правопорядок. Такой процессуальный подход вытекает из прагматического «поворота» — «знания как», заменяющего «знание что». В силу неисчерпаемости и невозможности «единственно верного» описания и объяснения социального мира, гораздо важнее попытаться зафиксировать механизм его — социального контроля — действия (функционирования), а не искать эссенциалистские характеристики.

Социальный контроль с такой процессуальной — дискурсивной (так как деятельность человека опосредована знаково-символически) — точки зрения представляет собой, во-первых, определение того, что считать общественным порядком (и правопорядком), включая его нарушаемость. Во-вторых, мониторинг состояния общественного порядка. В-третьих, допустимые способы и механизмы выявления, реагирования и предупреждения его нарушений, прежде всего, сдерживания отклонений от нормы. Близкой представляется позиция Я.И. Гилинского, который считает, что контроль над преступностью включает: установление того, что именно в данном обществе расценивается как преступление (криминализация деяний); установление системы санкций (наказаний) и конкретных санкций за конкретные преступления; формирование институтов формального социального контроля над преступностью (полиция, прокуратура, суд, органы исполнения наказания, включая пенитенциарную систему, и т. п.); определение порядка деятельности учреждений и должностных лиц, представляющих институты контроля над преступностью; деятельность этих учреждений и должностных лиц по выявлению и регистрации совершенных преступлений, выявлению и разоблачению лиц, их совершивших, назначению наказания в отношении таких лиц (преступников), обеспечению исполнения назначенных наказаний; деятельность институтов, организаций, частных лиц по осуществлению неформального контроля над преступностью (от семьи и школы до общины, клана, землячества, «соседского контроля» — *neighbourhood watch*); деятельность многочисленных институтов, учреждений, должностных лиц, общественных организаций по профилактике (предупреждению) преступлений [4: с. 393].

Интересный подход к социальному контролю предлагает американский социолог Д. Блэк. Он выделяет стили социального контроля — карательный, компенсаторный, терапевтический и примиренческий (*conciliatory*). «Каждый из них

предполагает особый способ определения девиантного поведения и реакции на него. Каждый имеет свой язык и логику» [10: с. 5]. Тем самым подчеркивается амбивалентность и контекстуальность социального контроля.

Механизм социального контроля сегодня не может не быть имманентно человекообразным. Антропологизм социального контроля предполагает, что человек — центральный компонент общественного порядка, конструирующий и воспроизводящий его социальными практиками и одновременно социализирующийся в нем. С методологической точки зрения это означает идти за акторами социального контроля и акцентировать внимание на механизмах социализации: выявлять кто и как именно конструирует социальные инновации и как происходит диалогическое взаимообусловливание действия (свободы воли) и принуждения структуры. Л. Альтюссер в свое время заявил, что «субъект» есть одновременно «центр инициатив» и «подчиненное существо», свободно принимающее свое подчинение [9: с. 169], а М. Фуко показал, как субъект конституируется через подчинение власти — практики самости, «схемы, которые он находит в своей культуре и которые предлагаются, внушаются и навязываются ему его культурой, его обществом и его социальной группой» [6: с. 256]. При этом важно, что сегодня происходит локализация, фрагментаризация и диффузия субъектов социального контроля.

Постсовременность — это проблематизация общественного порядка и его важнейшего аспекта — правопорядка, выступающих целью и одновременно результатом социального контроля. **Общественный порядок** — как и общество в целом — не «вещь» или данность, а процесс воспроизведения того, что считается властью «порядком» и воспроизводится массовыми социальными представлениями и практиками населения. При этом критерий «нормальности» порядка (его «порядковости») определяется системой ценностей, к которой апеллируют при его нарушаемости (когда порядок не проблематизируется — он не рефлексивируется и воспринимается как данность, естественный ход вещей).

Общественный порядок можно рассматривать как систему типизаций (социальных представлений, выражающих значения, доминирующие в данном социуме, конкретизированные до уровня социальной ситуации и носящие процессуальный характер поведенческого стереотипа). Типизации или фреймы (или скрипты) «упорядочивают действия и значения, посредством которых в процессе “исполнения” повседневной рутины поддерживается чувство онтологической безопасности. Фреймы представляют собой группы правил, которые помогают создавать и регулировать деятельность, относя ее к тому или иному типу и определяя в качестве объекта установленного диапазона санкций. <...> Формирование особой рамочной структуры, состоящей из и ограниченной взаимодействиями, “придает смысл” действиям, в которые вовлечены участники, с точки зрения их самих и окружающих индивидов. Сюда входит не только “буквальное” понимание событий, но и критерии, на основании которых индивид может осознать, что происходящее носит характер комичности, игры, театрального представления и т. п.» [3: с. 145]. В практической жизнедеятельности типизация наполняется конкретизацией процессуального знания ситуации, «нормальности» поведения

в ней, на которое накладывается конкретный интерес данного участника (участников). Выбор варианта поведения предполагает соотнесение знания о типичности ситуации, ожиданий поведения контрсубъекта и собственных интересов, трансформированных в мотивацию.

В этой связи возникает проблема определения *интересов актора* социальных интеракций, образующих содержание общественного порядка, и проблема согласия (легитимности) как показатель «нормальности» порядка в социуме. Интересы акторов социальной жизни сложно эксплицировать по нескольким соображениям. Прежде всего, как справедливо заявляет С. Люкс, понятие «интересов» является непреодолимо оценочным понятием. Это связано с тем, что «различные представления о том, что же такое интересы, ассоциируются с различными моральными и политическими позициями» [5: с. 58]. Интересы можно попытаться определить как то, что люди считают самым важным в своей жизни; можно — как субъективные предпочтения людей; можно также представить их как «необходимые условия человеческого благосостояния»; а можно — как то, что «конститутивно для благополучия, то есть, содержание достойной жизни» [5: с. 118, 121]. Но более важно, пожалуй, другое. Для того чтобы интересы стали основанием действий человека, которыми воспроизводится общественный порядок, они должны быть осмыслены акторами как такие, которые соотносимы с действиями других акторов социальных интеракций и системой социальных норм, образующих содержание социального порядка. Но, во-первых, люди крайне редко рефлексировать свои действия, а действуют в основном на основе интериоризированных в процессе социализации типизаций социальных ситуаций. Во-вторых, у подавляющего большинства людей сегодня общественное мнение как четко выраженные представления о должном и правильном и средствах его (должного и правильного) достижения, а не мечтания о том, что хорошо быть богатым и здоровым, по многим, особенно сложным, ситуациям отсутствует. Оно — общественное мнение — как показал П. Бурдьё, формируется и навязывается властью (в широком смысле, включая прежде всего власть СМИ, референтные группы) [1: с. 177]. Эффект символического господства состоит, по его мнению, в формировании «габитуса» — диспозиций, реализация которых порождает «практический разум» и упорядочивает представления актора о мире на уровне более низком, чем сознание [2: с. 107, 111]. Неслучайно Ж. Делез в свое время заметил: «...почему же происходит так, что люди, у которых вроде бы нет своего интереса, тесно смыкаются с властью, выключивают себе долю участия в ней? Быть может, это происходит потому, что в терминах инвестиций — столь же экономических, сколь и относящихся к языку бессознательного, — корыстный интерес отнюдь не окажется определяющим словом, потому что есть инвестиции желания, объясняющие, почему мы при необходимости можем желать не против своего корыстного интереса, — поскольку интерес всегда следует туда и находится там, куда его помещает желание, — но желать каким-то более глубинным и рассеянным образом, чем то диктует интерес» [6: с. 77].

Еще проблематичнее определить *легитимность или согласие подвластных* на то или иное конкретное содержание общественного порядка, без чего он — социальный порядок — немислим. Дело в том, что предположение о рациональности легитимации как процедуры легализации общественного порядка, якобы приходящей на смену традиционной легитимации как суггестии (внушения), на чем настаивал М. Вебер, оказалось завышенным ожиданием. И даже гораздо более утонченные концепции аутопойезиса Н. Лумана или де-либеративной (коммуникативной, процедурной) легитимации Ю. Хабермаса сегодня представляются не более чем утопиями. «Идея, будто может существовать состояние коммуникации, — писал М. Фуко, — которая будет такова, что игры истины смогут циркулировать в ней без препятствий, без давления и последствий принуждения, на мой взгляд, принадлежит к порядку утопии» [6: с. 266]. Более того, современная государственная рациональность, по изысканиям М. Фуко, коренится в теории государственного интереса, состоящего в самосохранении, и концепции полиции как тотальном управлении всей жизнедеятельностью человека. Поэтому, заключает он, «современным школам рациональности вряд ли нравятся попытки написать их историю, что, безусловно, свидетельствует о многом» [7: с. 303, 315].

Более того, сегодня проблематизируется не только рациональность выбора как основание согласия в обществе, но и сам критерий свободы такого выбора, как и сам выбор, если обстоятельства, ему предшествующие, и результат зависят от множества не поддающихся расчету факторов. В этой связи можно согласиться с точкой зрения К. Хейворд, которая пишет, что области действия необходимо ограничены процессами аккультурации или формирования идентичности, поэтому невозможно различение свободного действия и действия, определяемого воздействием других [12: с. 30].

Сложность экспликации легитимности общественного порядка состоит в том, что общественные интересы, если таковые существуют как четко выраженные предпочтения, всегда ситуативны, изменчивы, подвержены манипуляциям власти. Более того, отсутствие сопротивления существующему порядку не означает, что он — порядок — легитимен, т. е. принимается населением как «правильный», справедливый, другими словами, одобряется широкими народными массами. Как показал Д. Скотт в работе «Господство и искусство сопротивления: скрытые транскрипты» [13], подвластное население зачастую притворяется, чтобы выжить, и поэтому не высказывает явного недовольства существующим положением дел. Поэтому только в реально демократических обществах (и то с некоторыми оговорками) можно выявить легитимность социального порядка социологическими методами. В иных обществах требуются глубинные антропологические исследования для выявления легитимности общественного порядка.

Легитимность, как показал П. Бурдьё, состоит в навязывании властью с помощью символического господства представления о том, что существующий социальный порядок самоочевиден и естественен, при этом скрывается с помощью механизма социальной амнезии его сконструированность властью из «первичного произвола». В то же время он предостерегал от признания того, что легитимация

социального порядка является продуктом сознательно направленного действия пропаганды или символического внушения. Натурализация социального порядка достигается непреднамеренно действием множества факторов. Но нельзя недооценивать власть идеологии, которая, как пишет С. Люкс, «...принимает разные формы... — от прямой цензуры и дезинформации до различных институциональных и персональных способов инфантилизации суждения, продвижения всех вариантов отказа от рациональности и поддержания иллюзорного мышления, среди которых «натурализация» того, что могло бы быть иным, и сокрытие источников желаний и верований» [5: с. 212–213].

Таким образом, общественный порядок как продукт социального контроля конструируется механизмами господства, которые включают, по мнению С. Люкса, «внедрение представлений (и последующий надзор за их укоренением) о сексуальной и ментальной «нормальности», о стандартах моды и мифах красоты, а также о гендерных ролях и возрастных категориях и, кроме того, об идеологических границах — например, между приватным и публичным, рыночным и нерыночным; это также бесчисленные формы и способы подавляющего навязывания стереотипов, форматирования и подачи информации в масс-медиа и в политических кампаниях и проч.» [5: с. 176].

Анализ социального (правового) контроля предполагает выявление механизма правовой политики — конструирования правовых институтов (шире — правовой системы) и их воспроизводство в юридических практиках народных масс. Однако это тема для отдельной статьи.

Литература

1. Бурдые П. Общественное мнение не существует // Бурдые П. Социология политики. М.: Socio-Logos, 1993. С. 159–179.
2. Бурдые П. Практический смысл. СПб.: Алетейя, 2001. 562 с.
3. Гидденс Э. Устроение общества: Очерк теории структуризации. М.: Академический Проект, 2003. 528 с.
4. Гилинский Я.И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2009. 504 с.
5. Люкс С. Власть: Радикальный взгляд. М.: Изд. дом Гос. ун-та – Высшей школы экономики, 2010. 240 с.
6. Фуко М. Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью. Ч. 1. М.: Праксис, 2002. 384 с.
7. Фуко М. Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью. Ч. 2. М.: Праксис, 2005. 320 с.
8. Фуко М. Субъект и власть // Фуко М. Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью. Ч. 3. М.: Праксис, 2006. 320 с.
9. Althusser L. Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes Towards an Investigation) // Mapping Ideology. London: NLB, 1994. P. 127–184.
10. Black D. The Behavior of Law. New York: Academic Press, 1980. 220 p.
11. Foucault M. Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977. Brighton, Pantheon Books, 1980. 272 p.

12. *Hayward C. R.* De-facing Power. Cambridge, Cambridge University Press, 2000. 228 p.
13. *Scott J.G.* Domination and the Arts of Resistance: Hidden Transcripts. New Haven, Yale University Press, 1990. 344 p.

Literatura

1. *Burd'e P.* Obshhestvennoe mnenie ne sushhestvuet // *Burd'e P.* Sociologiya politiki. M.: Socio-Logos, 1993. С.159–179.
2. *Burd'e P.* Prakticheskij smysl. SPb.: Aletejya, 2001. 562 s.
3. *Giddens E'.* Ustroenie obshhestva: Oчерk teorii strukturacii. M.: Akademicheskij Proekt, 2003. 528 s.
4. *Gilinskij Ya.I.* Kriminologiya: teoriya, istoriya, e'mpiricheskaya baza, social'ny'j kontrol'. 2-e izd., pererab. i dop. SPb.: Izd-vo R. Aslanova «Yuridicheskij centr Press», 2009. 504 s.
5. *Lyuks S.* Vlast': Radikal'ny'j vzglyad. M.: Izd. dom Gos. un-ta – Vy'sshej shkoly' e'konomiki, 2010. 240 s.
6. *Fuko M.* Intellektualy' i vlast': Izbranny'e politicheskie stat'i, vy'stupleniya i interv'yu. Ch. 1. M.: Praxis, 2002. 384 s.
7. *Fuko M.* Intellektualy' i vlast': Izbranny'e politicheskie stat'i, vy'stupleniya i interv'ju. Chast' 2. M.: Praxis, 2005. 320 s.
8. *Fuko M.* Sub'ekt i vlast' // *Fuko M.* Intellektualy' i vlast': Izbranny'e politicheskie stat'i, vy'stupleniya i interv'yu. Ch. 3. M.: Praxis, 2006. 320 c.
9. *Althusser L.* Ideology' and Ideological State Apparatuses (Notes Towards an Investigation) // *Mapping Ideology.* London: NLB, 1994. P. 127–184.
10. *Black D.* The Behavior of Law. New York: Academic Press, 1980. 220 p.
11. *Foucault M.* Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977. Brighton, Pantheon Books, 1980. 272 p.
12. *Hayward S. R.* De-facing Power. Cambridge, Cambridge University Press, 2000. 228 p.
13. *Scott J.G.* Domination and the Arts of Resistance: Hidden Transcripts. New Haven, Yale University Press, 1990. 344 p.

I.L. Chestnov

Social Control in the Postmodern Society

The author shows the changes of social control which occur in modern society. The new principles of governance, methods of authorities force to revise the content of social control. The new qualities of social control today are procedurality and human-sizedness. Public order and legitimacy are problematized in (post) modern society.

Keywords: social control; public order; authority; legitimacy; state.

**И.Н. Куксин,
Е.Е. Новопавловская**

**О некоторых аспектах
уголовного законодательства
через призму практики
конституционного судопроизводства¹**

Проведенный в статье мониторинг решений Конституционного суда Российской Федерации, вынесенных им за последние три года, позволил авторам выявить отдельные узловые проблемы уголовного законодательства. Обозначены некоторые направления совершенствования правотворческой и правоприменительной деятельности, реализуемые под влиянием механизмов судебного конституционного нормоконтроля.

Ключевые слова: конституционное судопроизводство; преступление; уголовная ответственность; обратная сила закона; судимость.

В современных российских реалиях в целях защиты своих прав и свобод граждане и их объединения весьма активно прибегают к рычагам конституционного судопроизводства. Зачастую заявители ставят не только перед Конституционным судом Российской Федерации (далее — КС РФ) задачу, состоящую в оценке конституционности норм, регулирующих различные сферы общественных отношений (социальную, экономическую, экологическую, духовную и иные) (см. подробнее: [3: с. 524–530; 4: с. 515–519]), но нередко в их обращениях вскрываются узловые проблемы как правовой регламентации общественных отношений, так и правоприменительной практики.

Оценке на соответствие Конституции подвергаются нормы различной отраслевой принадлежности, в том числе уголовного права. При этом привести к единому знаменателю перечень заявителей по делам такой категории и вывести их общий список весьма проблематично. Такой перечень будет весьма обширен, поскольку обращения в КС РФ по вопросам регламентации преступлений и уголовной ответственности поступают как от отдельных

¹ Подготовлено с использованием системы «Гарант».

граждан (например, Постановление КС РФ от 07.04.2015 № 7-П), и не только имеющих российское гражданство, так и их объединений (Постановление КС РФ от 31.03.2011 № 3-П), а также представителей государственных структур (Определение КС РФ от 17.01.2013 № 2-О). Отметим, что в большинстве своем речь идет о жалобах граждан Российской Федерации. Однако в ряде случаев граждане других государств (например, Республики Беларусь (Определение КС РФ от 21.05.2015 № 1132-О), Республики Казахстан (Постановление КС РФ от 16.07.2015 № 22-П)) были вынуждены прибегнуть к рычагам конституционного судопроизводства, полагая, что уголовным законом, примененным в отношении них на территории Российской Федерации, нарушены их конституционные права и свободы, наличие которых не всегда связано с принадлежностью к определенному государству. Показательным примером тому может выступать ситуация, когда гражданин Республики Казахстан оспаривал конституционность положений ч. 1 ст. 226.1 УК РФ, примененных при признании его виновным в совершении преступления, выразившегося в незаконном перемещении через государственную границу Российской Федерации с Республикой Казахстан сильнодействующих веществ (контрабанда). В вынесенном по делу Постановлении от 16.07.2015 № 22-П КС РФ указал на наличие неопределенности правового регулирования порядка и условий перемещения физическими лицами через государственную границу Российской Федерации с государствами — членами Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС сильнодействующих веществ, входящих в состав лекарственных средств и не являющихся наркотическими средствами, психотропными веществами, их прекурсорами либо аналогами. Наличие подобного рода неопределенности правового регулирования, как справедливо отметил КС РФ, приводит к невозможности учета специфики перемещения физическими лицами сильнодействующих веществ, входящих в состав лекарственных средств и не являющихся наркотическими средствами, психотропными веществами, их прекурсорами либо аналогами, в целях личного использования. Поэтому, по мнению КС РФ, федеральный законодатель обязан внести соответствующие изменения. Актуальность названного постановления КС РФ не вызывает сомнений, поскольку, к сожалению, сегодня количество преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов, сильнодействующих веществ, лишь возрастает. Так, по официальным данным Росстата, в 2015 г. было зарегистрировано 236,9 тысяч таких преступлений, из которых 97,0 % составляли факты незаконного производства, сбыта, пересылки, приобретения, хранения, перевозки, изготовления, переработки, а также нарушения правил оборота наркотических средств или психотропных веществ. Для сравнения: в процентном соотношении к 2014 г. аналогичные показатели составили в 2015 г. 92,6 % [6].

Интерес представляют и статистические показатели деятельности КС РФ за последние несколько лет. В 2012 г. из 5990 обращений в КС РФ по вопросам уголовного права и процесса в 583 обращениях (9,7 %) затрагивались

вопросы регламентации преступлений и уголовной ответственности. Показатели последующих лет выглядят следующим образом: 2013 г. — соответственно 5943 и 583 обращений (9,8 %); 2014 г. — 6739 и 685 (10,2 %); 2015 г. — 5437 и 523 (9,6 %) [9]. Приведенные данные практики конституционного судопроизводства последних лет позволяют признать:

1) сохранение стабильно высоких показателей ежегодного количества обращений по вопросам регламентации преступлений и уголовной ответственности за их совершение;

2) сохранение удельного веса таких обращений в общем количестве обращений по вопросам уголовного права и процесса в целом.

Какова же ситуация сегодня? На текущий момент I квартала 2016 г. статистическая картина такова: из 353 обращений по вопросам уголовного права и процесса в 33 случаях заявители указывали на неконституционность регулирования вопросов преступлений и уголовной ответственности. Безусловно, делать здесь какие-либо выводы пока еще совсем рано, поскольку уже к концу обозначенного периода ситуация может кардинальным образом измениться. Но уже можно отметить наблюдающуюся сегодня динамику (причем весьма значительную) снижения количества обращений по вопросам уголовного права и процесса. Однако удельный вес обращений по делам исследуемой нами категории остается примерно на том же уровне, что и ранее, составляя 9,3 %. Следовательно, на современном этапе государственно-правового строительства, несмотря на проводимые законодательные корректировки, еще рано говорить о полном совершенстве уголовного законодательства.

Полагаем, что вызывает интерес и содержание поступающих в КС РФ обращений. Какие же аспекты регламентации вопросов преступлений и уголовной ответственности видятся заявителям в качестве проблемных? В предмет разбирательства в порядке конституционного судопроизводства входили положения, затрагивающие различные аспекты как общей, так и особенной частей уголовного права. В частности, заявители оспаривали конституционность регламентации условий и порядка:

– применения обратной силы уголовного закона (Постановление КС РФ от 19.11.2013 № 24-П);

– погашения или снятия судимости, аннулирующих все правовые последствия, которые связаны с судимостью (Постановление КС РФ от 10.10.2013 № 20-П);

– составов отдельных видов преступлений и особенностей привлечения к уголовной ответственности за их совершение.

В частности, КС РФ давал оценку конституционности регламентации:

– незаконного производства, сбыта или приобретения специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации (ст. 138 УК РФ). Например, в 2011 г. заявители обратили внимание КС РФ на отсутствие в законодательстве четкого понятия специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, а также

на отсутствие исчерпывающего перечня признаков и критериев, позволяющих разграничивать специальные технические средства и технические средства, разрешенные к обороту. Поясняя свою позицию, заявители указали, что имеющееся законодательное регулирование (фактически речь шла о частичном пробеле уголовного закона в данной части) предоставляет необоснованно широкие пределы усмотрения правоприменительным органам и допускает тем самым произвольное применение законодательных положений (Постановление КС РФ от 31.03.2011 № 3-П);

– мошенничества, сопряженного с преднамеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, уголовная ответственность за которое установлена ст. 159.4 УК РФ (Постановление КС РФ от 11.12.2014 № 32-П);

– неправомерного завладения автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения (угон) (Постановление КС РФ от 07.04.2015 № 7-П);

– контрабанды (Постановление КС РФ от 13.07.2010 № 15-П), в том числе совершаемой путем перемещения через таможенную границу Российской Федерации иностранной валюты и (или) валюты Российской Федерации, которая не была задекларирована или недостоверно декларирована (Постановление КС РФ от 27.05.2008 № 8-П);

– уклонения от уплаты налогов с организации путем включения в бухгалтерские документы заведомо искаженных данных о доходах или расходах либо иным способом, а равно от уплаты страховых взносов в государственные внебюджетные фонды с организации, совершенного в крупном или особо крупном размере (Постановление КС РФ от 27.05.2003 № 9-П);

– незаконного сбыта некоторых видов оружия, включая холодное оружие (Постановление КС РФ от 17.06.2014 № 18-П). Так, за период с января по ноябрь 2015 г. было выявлено 24,9 тысяч преступлений, связанных с незаконным оборотом оружия (при этом увеличение относительно аналогичного периода 2014 г. составило 1,7 %) [8] и др.

В практике конституционного судопроизводства известны случаи, когда судебный конституционный нормоконтроль осуществлялся одновременно в отношении положений уголовного права и иных отраслей российского права, в том числе конституционного (Постановление КС РФ от 10.10.2013 № 20-П), гражданского (Постановление КС РФ от 07.04.2015 № 7-П), административного (Постановление КС РФ от 13.07.2010 № 15-П) и др. Приведем лишь один пример для наглядности, связанный с демократическим характером российского государства, предполагающим наличие различных форм участия населения в решении вопросов государственного значения. Ч. 3 ст. 32 Конституции Российской Федерации, фиксирует активное и пассивное избирательное право, предоставляемое гражданам Российской Федерации и реализуемое в процессе формирования органов государственной власти и органов местного самоуправления. Как следует

из положений ч. 3 ст. 32 Конституции Российской Федерации, избирательное право — вовсе не безусловно. Такое не распространяется на граждан, которые «...признаны судом недееспособными, а также лиц, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда». Данная законодательная конструкция и представляет для нас научный и практический интерес в контексте согласованности с ней положений избирательного законодательства, претерпевавшего корректировку на разных этапах своего развития, в том числе в части регламентации вопроса, касающегося ограничения избирательного права. Принятый в 1994 г. Федеральный закон от 06.12.1994 № 56-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав граждан Российской Федерации», утративший силу в 1997 г., в ч. 3 ст. 4 содержал аналогичную конституционной норме формулировку, предусматривая ограничение права избирать и быть избранными граждан, признанных судом недееспособными или содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда (подчеркнуто нами. — *И.К., Е.Н.*). По такому же пути пошел и пришедший ему на смену Федеральный закон № 124-ФЗ от 19.09.1997, уточнив, что такое ограничение распространяется и на участников референдумного процесса. Однако Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» дополнительно к установленному на конституционном уровне кругу лиц, ограниченных в избирательном праве, также добавил и иные категории, расширив границы ограничения избирательного права. Названный закон установил, что не вправе быть избранными граждане Российской Федерации, осужденные к лишению свободы за совершение тяжких и (или) особо тяжких преступлений и имеющие на день голосования на выборах неснятую и непогашенную судимость за указанные преступления (подп. «а» п. 3.2. ст. 4). В 2012 г. указанный подп. «а» п. 3.2. ст. 4 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 02.05.2012 № 40-ФЗ) был изложен в следующей редакции: «не имеют права быть избранными граждане Российской Федерации: а) осужденные когда-либо к лишению свободы за совершение тяжких и (или) особо тяжких преступлений, за исключением случаев, когда в соответствии с новым уголовным законом эти деяния не признаются тяжкими или особо тяжкими преступлениями» (подчеркнуто нами. — *И.К., Е.Н.*). Конституционность подобного рода законодательного регулирования ограничений пассивного избирательного права и была оспорена в 2013 г. гражданами в порядке конституционного судопроизводства. Здесь наглядно видно, что на момент обращения заявителей в КС РФ Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в п. 3.2. ст. 4 среди ограничений пассивного избирательного права называл случаи, когда лицо было осуждено когда-либо к лишению свободы за совершение тяжких и (или) особо тяжких преступлений

(подчеркнуто нами. — *И.К., Е.Н.*). Исключение здесь составляли ситуации, когда в соответствии с новым уголовным законом эти деяния не признаются тяжкими или особо тяжкими преступлениями (подп. «а»). Обратимся к некоторым данным статистики. Всего за период с января по ноябрь 2015 г. в Российской Федерации (без учета данных по Республике Крым и г. Севастополю) было зарегистрировано 2 388,5 тыс. преступлений, из которых 519,7 тыс. составляют тяжкие и особо тяжкие. В сравнении с предыдущим месяцем число зарегистрированных преступлений в декабре 2015 г. увеличилось на 6,2 %, число тяжких и особо тяжких преступлений — на 13,4 % [6]. По данным Судебного департамента при Верховном суде Российской Федерации только за 6 месяцев 2015 г. за совершение тяжких преступлений было осуждено 84 581 человек и за особо тяжкие — 19 975 [7].

В исследуемом случае конституционность названных положений избирательного законодательства подвергалась оценке в связке с нормами ч. 1 ст. 10 и ч. 6 ст. 86 УК РФ. КС РФ констатировал неконституционность норм Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», закрепляющих бессрочное и недифференцированное ограничение пассивного избирательного права (подчеркнуто нами. — *И.К., Е.Н.*). В Постановлении № 20-П от 10.10.2013 КС РФ отметил необходимость незамедлительного проведения корректировок избирательного законодательства в части установления процессуальных гарантий, призванных обеспечить возможность восстановления пассивного избирательного права тех граждан, судимость которых снята или погашена. Однако подобное восстановление, по мнению КС РФ, возможно только если новым уголовным законом совершенное таким гражданином деяние более не признается тяжким или особо тяжким преступлением. Практический интерес представляет и последующая реакция законодателя на вынесенное КС РФ Постановление и сформулированные в нем правовые позиции, поскольку исполнение судебного решения — значимый этап любого вида судопроизводства. Как показала практика, реакция федерального законодателя не заставила долго себя ждать. Федеральным законом от 21 февраля 2014 г. [1] подп. «а» п. 3.2. ст. 4 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» был изложен в иной редакции, установившей, что ограничению пассивного избирательного права подлежит гражданин, осужденный к лишению свободы за совершение тяжких и (или) особо тяжких преступлений и имеющий на день голосования на выборах «неснятую и непогашенную судимость за указанные преступления» (подчеркнуто нами. — *И.К., Е.Н.*). При этом кроме названной выше даты в законе содержится и указание на определенные сроки со дня снятия или погашения судимости, которые зависят от категории преступления. В частности, согласно подп. «а». п. 1 и «а». п. 2 указанного Федерального закона не имеют права быть избранными граждане Российской Федерации, осужденные к лишению свободы за совершение тяжких преступлений, судимость которых снята

или погашена, — до истечения десяти лет со дня снятия или погашения судимости, а также осужденные к лишению свободы за совершение особо тяжких преступлений, судимость которых снята или погашена, — до истечения пятнадцати лет со дня снятия или погашения судимости (подчеркнуто нами. — *И.К., Е.Н.*).

Еще в 2013 г. в Постановлении от 04.07.2013 г. по делу «Анчугов и Гладков против Российской Федерации» Европейский суд по правам человека признал тот факт, что установленное в российском законодательстве ограничение избирательного права лиц, содержащихся в местах лишения свободы по приговору суда, является нарушением ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Между тем, как отметил КС РФ в Постановлении № 21-П от 14.07.2015, если вынесенное по жалобе против Российской Федерации постановление ЕСПЧ, основанное на толковании норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод, ведет к их противоречию с российской Конституцией, то оно «не может быть исполнено» (Постановление КС РФ № 21-П от 14.07.2015).

В конце 2015 г. была поставлена точка в вопросе об имплементации решений ЕСПЧ в Российской Федерации. Федеральный конституционный закон № 1-ФКЗ от 21.07.1994 «О Конституционном Суде Российской Федерации» в редакции от 14.12.2015 предусмотрел в ч. 2 ст. 106 принципиально новую норму, определяющую порядок рассмотрения КС РФ дел о возможности исполнения решений межгосударственного органа по защите прав и свобод человека. Ч. 2 ст. 106 гласит: «Толкование положений Конституции Российской Федерации, устраняющее неопределенность в их понимании с учетом выявившегося противоречия между положениями международного договора Российской Федерации в истолковании, данном межгосударственным органом по защите прав и свобод человека, и положениями Конституции Российской Федерации в смысле невозможности исполнения соответствующего решения межгосударственного органа без нарушения этих положений Конституции Российской Федерации, означает, что какие-либо действия (акты), направленные на исполнение соответствующего решения межгосударственного органа, в Российской Федерации не могут осуществляться (приниматься)».

Неоднократно заявители ставили перед КС РФ задачу одновременно дать оценку конституционности уголовно-правовых норм и норм процессуального характера, в частности, уголовно-процессуального права, что объяснимо, поскольку, как справедливо заметил КС РФ в Постановлении № 24-П от 19.11.2013, нормы уголовного закона — это материально-правовая предпосылка для уголовно-процессуальной деятельности (подчеркнуто нами. — *И.К., Е.Н.*). Например, в Постановлении КС РФ № 4-П от 20.04.2006 речь шла о выявлении конституционно-правового смысла ст. 10 УК РФ, где КС РФ указал следующее. Во-первых, положения ч. 2 ст. 10 УК РФ о возможности сокращения уголовного наказания в пределах, предусмотренных новым

уголовным законом, необходимо рассматривать только в системной связи с нормами ч. 1 названной статьи УК РФ. Во-вторых, приводя приговор в соответствие с новым уголовным законом (независимо от стадии уголовного процесса, на которой возникает и разрешается подобный вопрос), необходимо применять общие и специальные правила, зафиксированные УК РФ в редакции этого закона. В-третьих, к числу таковых правил относятся и правила, которые допускают назначение наказания ниже низшего предела, при наличии смягчающих обстоятельств, а также при рецидиве преступлений. В-четвертых, системное применение подобных правил призвано обеспечивать реализацию в уголовно-правовых отношениях сразу нескольких базовых принципов — принципа справедливости, равенства всех перед законом и судом и др. При этом, как верно замечает К.В. Дядюн, адресатами принципа равенства, как и иных уголовно-правовых принципов, выступают и законодатель, и правоприменитель, и отдельные граждане (прежде всего в лице совершивших преступления и потерпевших от преступлений) [5: с. 166].

Проведенный анализ обращений в КС РФ по вопросам оценки конституционности положений УК РФ позволяет обозначить некоторые причины, вызывающие неудовлетворенность граждан системой уголовно-правового регулирования. Во-первых, следует признать наличие недостатков правового предписания, носящих юридико-технический характер и создающих препятствия в реализации прав и законных интересов участников уголовных правоотношений. В частности, когда положения УК РФ содержат некую «правовую неопределенность», допуская возможность их произвольного применения. Во-вторых, существуют и недостатки правоприменительной практики, вызванные неверным толкованием предписаний УК РФ, когда отсутствуют проблемы законодательного характера. В-третьих, иногда присутствует несвоевременная реакция законодателя на необходимость корректировки соответствующих положений уголовного закона, когда фактически имеют место «сбои» в механизме исполнения решений КС РФ.

Анализом актов и решений нами выявлено, что уголовное законодательство подвергается систематическим корректировкам, осуществляемым в том числе под влиянием решений КС РФ и сформулированных в них правовых позиций. Однако говорить сегодня о совершенстве уголовного закона пока еще рано. Осуществление уголовной политики должно основываться, как справедливо подчеркивает С.В. Бородин, на комплексном, системном подходе, что обеспечит построение единой, согласованной концепции. Речь вовсе не идет только об уголовно-правовых нормах, поскольку они должны согласовываться и не входить в противоречие и с нормами процессуального характера [2: с. 53].

Литература

1. Федеральный закон от 21.02.2014 № 19-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 8. Ст. 739.

2. *Бородин С.В.* Концепция уголовно-правовой политики через призму системного подхода // Российская юстиция. 2014. № 3. С. 51–54.

3. *Болгова В.В., Жеребцова Е.Е.* Мифы и реальность современной социально-экономической политики (на примере защиты конституционного права на труд) // European Social Science Journal. 2014. № 4 (43). Т. 2. С. 524–530.

4. *Болгова В.В., Жеребцова Е.Е.* Практика Конституционного суда Российской Федерации и формирование публичного интереса в сфере экологической безопасности // Фундаментальные исследования. 2014. № 8. Ч. 2. С. 515–519.

5. *Дядюн К.В.* Принципы равенства граждан перед законом, справедливости и гуманизма: понятие и сущность в уголовном праве // Ленинградский юридический журнал. 2015. № 2. С. 156–168.

6. Основные показатели по преступности: Правонарушения в 2015 г. // Официальный сайт Федеральной службы государственной статистики Российской Федерации. URL: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/infraction/ (дата обращения: 15.02.2016).

7. Сводные статистические сведения о состоянии судимости в России за 1 полугодие 2015 года: Отчет о числе привлеченных к уголовной ответственности и видах уголовного наказания // Официальный сайт Судебного Департамента при Верховном Суде Российской Федерации. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=3212> (дата обращения: 15.02.2016).

8. Состояние преступности — январь – ноябрь 2015 года // Официальный сайт Министерства внутренних дел Российской Федерации. URL: <https://mvd.ru/folder/101762/item/6917617/> (дата обращения: 15.02.2016).

9. Статистика по решениям Конституционного Суда Российской Федерации // Официальный сайт Конституционного Суда Российской Федерации. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Petition/Pages/Statistic.aspx> (дата обращения: 15.02.2016).

Literatura

1. Federal'nyj zakon ot 21.02.2014 № 19-FZ «O vnesenii izmenenij v otdel'ny'e zakonodatel'ny'e akty' Rossijskoj Federacii» // Sobranie zakonodatel'stva RF. 2014. № 8. St. 739.

2. *Borodin S.V.* Konceptiya ugovovno-pravovoj politiki cherez prizmu sistemnogo podxoda // Rossijskaya yusticiya. 2014. № 3. S. 51–54.

3. *Bolgova V.V., Zherebczova E.E.* Mify' i real'nost' sovremennoj social'no-e'konomicheskoy politiki (na primere zashhity' konstitucionnogo prava na trud) // European Social Science Journal. 2014. № 4 (43). T. 2. S. 524–530.

4. *Bolgova V.V., Zherebczova E.E.* Praktika Konstitucionnogo suda Rossijskoj Federacii i formirovanie publichnogo interesa v sfere e'kologicheskoy bezopasnosti // Fundamental'ny'e issledovaniya. 2014. № 8. Ch. 2. S. 515–519.

5. *Dyadyun K.V.* Principy' ravenstva grazhdan pered zakonom, spravedlivosti i gumanizma: ponyatie i sushhnost' v ugovovnom prave // Leningradskij yuridicheskij zhurnal. 2015. № 2. S. 156–168.

6. Osnovny'e pokazateli po prestupnosti: Pravonarusheniya v 2015 g. // Oficial'ny'j sajt Federal'noj sluzhby' gosudarstvennoj statistiki Rossijskoj Federacii. URL: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/infraction/ (data obrashheniya: 15.02.2016).

7. Svodny'e statisticheskie svedeniya o sostoyanii sudimosti v Rossii za 1 polugodie 2015 goda: Otchet o chisle privilechenny'x k ugolovnoj otvetstvennosti i vidax ugolovnogo nakazaniya // Oficial'ny'j sajt Sudebnogo Departamenta pri Verhovnom Sude Rossijskoj Federacii. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=3212> (data obrashheniya: 15.02.2016).

8. Sostoyanie prestupnosti — yanvar' – noyabr' 2015 goda // Oficial'ny'j sajt Ministerstva vnutrennix del Rossijskoj Federacii. URL: <https://mvd.ru/folder/101762/item/6917617/> (data obrashheniya: 15.02.2016).

9. Statistika po resheniyam Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii // Oficial'ny'j sajt Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii. URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Petition/Pages/Statistic.aspx> (data obrashheniya: 15.02.2016).

I.N. Kuksin,

E.E. Novopavlovskaya

Some Aspects of Criminal Law in the Light of the Practice of Constitutional Court Proceedings

Monitoring of the Constitutional Court decisions delivered in the past three years allowed the authors to identify some key problems of criminal law. Some ways of improving law-making and enforcement activities implemented under the influence of the mechanisms of judicial constitutional normative control are defined.

Keywords: constitutional legal proceedings; crime; criminal liability; ex post facto law; conviction.

С.Н. Чурилов

К вопросу о периодизации этапов расследования и процесса доказывания по уголовному делу

В статье рассматриваются дискуссионные вопросы периодизации этапов расследования и процесса доказывания по уголовному делу, а также их соотношения. Отстаивается мнение о том, что периодизация этих этапов совпадает только в тех пределах, в которых осуществляется собирание, исследование, оценка и использование доказательств в целях установления истины по делу.

Ключевые слова: уголовное дело; этапы расследования; этапы доказывания; доказательства; периодизация этапов.

Правильная характеристика этапов расследования и процесса доказывания, их содержания и функционального назначения на досудебных стадиях уголовного судопроизводства обеспечивает реализацию гносеологических возможностей субъекта расследования по установлению истины по уголовным делам, является теоретической основой для определения структуры типовых криминалистических методик.

Придание расследованию и процессу доказывания характера поэтапного и последовательного решения задачи по установлению истины по делу на указанных стадиях производства подчинено реализации назначения уголовного судопроизводства, следующего принципам: защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений; защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод; уголовное преследование лиц, совершивших преступление (ст. 6 УПК РФ).

Мы полагаем, что содержание процесса доказывания по уголовным делам можно поделить на предварительный, первоначальный и последующий этапы, поскольку они обусловлены различием задач, решаемых на каждом из них. Специфика решаемых задач и средств их решения диктует аналогичную периодизацию и этапов расследования преступлений. Однако следует учитывать, что при планировании расследования следователю приходится выходить за пределы действий, направленных на собирание, исследование, оценку и использование доказательств для установления истины по делу. Поэтому в процессе расследования следует выделять еще и заключительный этап, который охватывает часть процесса расследования от момента уведомления участников процесса об окончании следственных действий и разъяснения им

права на ознакомление со всеми материалами дела (ч. 1 ст. 215 УПК РФ) и до завершения расследования, т. е. направления дела в суд или его прекращения.

По вопросу о периодизации этапов расследования и доказывания по уголовным делам ни в криминалистике, ни в уголовно-процессуальной науке до последнего времени среди ученых не существовало единства мнений.

На наш взгляд, при решении данного вопроса за исходное положение следует принять представление о наиболее важных элементах процесса расследования и, следовательно, процесса доказывания, на основе которых возможно выделить отдельные этапы движения уголовного дела, требующие применения своих соответствующих методов и средств в целях собирания, исследования, оценки и использования доказательств.

Исходя из этого положения, мы полагаем, что определение этапов расследования и процесса доказывания должно быть обусловлено прежде всего различием задач, решаемых следователем на каждой стадии досудебного производства по уголовному делу — стадии возбуждения уголовного дела и стадии предварительного расследования. Особенности задач, решаемых на каждой из этих стадий, и специфика процессуальных средств их решения определяют соответствующие им этапы доказывания по уголовному делу.

Первой стадией российского уголовного судопроизводства является стадия возбуждения уголовного дела, хотя отдельные авторы полагают, что эта стадия в сегодняшнем ее понимании не нужна [4: с. 89]. По убеждению Б.Я. Гаврилова, «предусмотренная законом стадия возбуждения уголовного дела ограничивает конституционное право граждан на доступ к правосудию, является одной из основных причин снижения эффективности деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью» [4: с. 16]. На наш взгляд (и мы в этом не одиноки), досудебное производство должно начинаться не с момента возбуждения уголовного дела, а, как это установлено п. 9 ст. 5 УПК РФ, с момента получения сообщения о преступлении. На этой стадии досудебного производства осуществляется реагирование на факт совершения преступления с целью его дальнейшего расследования, а также недопущение возбуждения уголовных дел по фактам, не содержащим признаков преступления [6: с. 430; 15]. Для возбуждения уголовного дела недостаточно какого-либо повода, предусмотренного ч. 1 ст. 140 УПК РФ, для этого необходимо иметь и основание — наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления. Поэтому поступившее сообщение о любом совершенном или готовящемся преступлении подлежит в ограниченные сроки проверке в целях установления наличия или отсутствия в материалах рассмотренного сообщения основания для возбуждения уголовного дела либо для отказа в этом (ч. 1 ст. 145 УПК РФ).

Установление фактов наличия либо отсутствия признаков преступления возможно только путем доказывания. Средством их доказывания являются установленные ч. 1 ст. 144 УПК РФ процессуальные действия: получение объяснений и образцов для сравнительного исследования; истребование предметов и документов

и изъятие их в порядке, установленном УПК РФ; назначение судебной экспертизы и получение заключения эксперта; производство освидетельствования, осмотра места происшествия, документов, предметов, трупов; требование производства документальных проверок, ревизий, исследования документов, предметов, трупов, привлечение к участию в этих действиях специалистов; дача органу дознания обязательного для исполнения письменного поручения о проведении оперативно-разыскных мероприятий. При этом в соответствии с ч. 1.1 данной статьи, лица, участвующие в производстве данных процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, имеют права и обязанности, предусмотренные УПК, и гарантии осуществления этих прав в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы.

Также законодатель в ч. 1.2 этой же статьи УПК установил, что полученные сведения в ходе проверки сообщения о преступлении могут быть использованы в качестве доказательств, если они обладают свойствами относимости, допустимости и достоверности и в силу этого имеют юридическую силу (ст. 75 и 89 УПК РФ).

С учетом вышеизложенного, можно прийти к выводу о том, что такое законодательное регулирование процесса на данной стадии уголовного судопроизводства свидетельствует о ее самостоятельности и целесообразности. Другой, не менее важный, вывод сводится к тому, что на стадии возбуждения уголовного дела осуществляется доказывание со всеми присущими ему элементами — собиранием, проверкой и оценкой доказательств в целях установления признаков преступления. Для этой стадии уголовно-процессуальной деятельности характерны специфичность решаемой задачи и средств ее решения, что является, по нашему мнению, необходимой предпосылкой для выделения самостоятельного этапа доказывания и определения его начала моментом получения сообщения о преступлении и окончания — моментом принятия решения по результатам проверочных действий.

Полагаем, что уголовно-процессуальную деятельность, осуществляемую на стадии возбуждения уголовного дела, можно рассмотреть в качестве предварительного этапа доказывания, а осуществление проверочных действий на этом этапе доказывания — предварительным этапом расследования. В типовых криминалистических методиках логично выделить самостоятельный структурный элемент — особенности возбуждения уголовного дела (или предварительный этап расследования). Данный вывод свидетельствует об изменении наших взглядов на периодизацию этапов процесса расследования, когда мы, так же как и Р.С. Белкин, не выделяли особенности возбуждения уголовного дела в качестве самостоятельного этапа частных криминалистических методик [2: с. 194; 13; 14: с. 29], несмотря на то, что некоторые авторы считали рассмотрение вопроса о возбуждении уголовного дела в методике расследования вполне оправданным [76: с. 21].

Следующей стадией досудебного производства является стадия предварительного расследования, которая начинается с момента возбуждения уголовного дела и принятия его к производству. На этой стадии досудебного производства также осуществляется доказывание по уголовным делам. По вопросу о периодизации этапов доказывания на этой стадии уголовного судопроизводства еще не достигнуто единства мнений как среди процессуалистов, так и среди криминалистов. Например, С.А. Голунский разделял планируемое расследование (следовательно, и доказывание) на общую и специальную части — до и после предъявления обвинения [8: с. 335–337] — в зависимости от специфики решаемых задач и средств их решения. И.М. Лузгин окончание первого этапа связывал с моментом предъявления обвинения, второго этапа — с окончанием расследования [11: с. 89]. Такой же позиции придерживался Н.И. Хлюпин [12: с. 39, 40]. Такой подход к периодизации этапов расследования и доказывания не нашел поддержки у разработчиков частных криминалистических методик. В основу деления процесса расследования на этапы ими были положены задачи по раскрытию преступлений и задачи, которые решаются следом за этим. При этом под раскрытием преступления понимается установление характера произошедшего события, наступивших общественно-опасных последствий, выявление и задержание преступника по горячим следам [9: с. 333–334]. Решение задачи по раскрытию преступления связывается с осуществлением в процессе доказывания комплекса первоначальных и неотложных следственных действий и оперативно-разыскных мероприятий. Данный этап расследования и доказывания принято именовать начальным этапом, определяемым временными границами от момента начала расследования и до момента выявления и задержания лица по подозрению в совершении расследуемого преступления.

Таким образом, представление о структурном элементе частной криминалистической методики, которая охватывает процесс расследования от момента его начала до момента предъявления обвинения, оказалось не соответствующим реальному положению вещей. И действительно, лицо, совершившее преступление, в одних случаях может быть выявлено и задержано по горячим следам, а в других — не выявлено достаточно длительное время, что исключает как возможность привлечения его в качестве обвиняемого, так и предъявление ему обвинения в установленные законом сроки. По этой причине «момент окончания этого этапа, писал Р.С. Белкин, нельзя зафиксировать в общем виде, связав его категорически с каким-то определенным процессуальным решением по делу. Он может завершиться с накоплением достаточной для предъявления обвинения доказательственной информации, однако может окончиться и раньше, когда характерный для данного этапа ускоренный темп действий будет по каким-либо причинам утрачен» [2: с. 238–239]. Следовательно, начальный этап расследования не всегда заканчивается привлечением лица в качестве обвиняемого и предъявлением ему обвинения.

Деятельность по раскрытию преступления может охватывать собой и начальный и следующий за ним этап расследования. Раскрытие преступления — задача первого, а при необходимости и второго этапа расследования, обоснованно отмечает А.К. Гаврилов [5: с. 100].

Исходя из этих, правильных, на наш взгляд, положений, основанием выделения начального этапа расследования (доказывания) служат именно специфика решаемых задач (в данном случае — раскрытие преступления в криминалистическом значении этого термина) и направленность выполняемых на этом этапе следственных действий и оперативно-разыскных мероприятий.

Иного мнения по этой проблеме придерживается Л.М. Володина, которая считает: «В различных классификационных моделях этапов предварительного расследования не учитывается главное: недостижение цели первоначального этапа — непреодолимое препятствие дальнейшего расследования» [3: с. 188]. Из этого утверждения следует, что начальный этап расследования может длиться сколько угодно — пока не будет раскрыто преступление. По мнению же Р.С. Белкина, начальный этап расследования не следует искусственно продлевать за пределы первоначальных действий по уголовному делу [2, с. 239]. Это утверждение автора неправильно истолковано Л.М. Володиной, которая ошибочно приписала Р.С. Белкину авторство положения о том, что «второй этап доказывания на стадии предварительного расследования ученые-криминалисты нередко увязывают с моментом привлечения лица в качестве обвиняемого» [3: с. 188]. На самом деле он писал: «Таким образом, второй этап расследования не всегда начинается предъявлением обвинения. Случается, что привлечение в качестве обвиняемого осуществляется и в середине и даже фактически в конце этапа. Именно поэтому мы и не связываем окончание первого этапа расследования и начало второго этапа с этим процессуальным «рубежом» дела» [2: с. 239]. А на дальнейшем этапе следствие может идти по одному из двух путей: 1. Преступление раскрыто, т. е. преступник найден. Начинается этап его изобличения, детального установления всех элементов предмета доказывания. 2. Преступление не раскрыто. На основе собранных доказательств и имеющейся ориентирующей информации определяются пути дальнейшего решения задачи по раскрытию преступления, и только после этого решаются другие задачи расследования.

«Такая подвижность границ между начальным и последующим этапами расследования, — заключает Р.С. Белкин (и мы согласны с этим), — соответствует динамике и индивидуальному характеру этого процесса...» [2: с. 240].

Заключительный этап расследования, по мнению большинства криминалистов, начинается с момента окончания предварительного следствия (ч. 1 ст. 215 УПК РФ) и завершается направлением уголовного дела в суд с итоговым процессуальным актом или прекращением уголовного дела. Содержание этого этапа отражается в плане окончания расследования и, соответственно, в частных криминалистических методиках в виде самостоятельного структурного элемента. Однако на заключительном этапе расследования доказывание

не осуществляется. В этих случаях, когда после окончания следствия по делу производятся по той или иной причине дополнительные следственные действия, доказывание охватывается таким структурным элементом, как последующие следственные действия и оперативно-разыскные мероприятия.

При разрешении вопроса о периодизации этапов расследования и, соответственно, этапов процесса доказывания недопустимо смешение этих терминов. Так, Л.М. Володина, говоря о третьем, завершающем этапе доказывания, называет его заключительным этапом расследования. «В рамках заключительного этапа расследования, — пишет она, — могут быть установлены обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния, обстоятельства, которые могут повлечь освобождение от уголовной ответственности и наказания» [3: с. 188].

По мнению Л.М. Володиной, начальный этап доказывания завершается моментом обнаружения и задержания лица, подозреваемого в совершении преступления. Второй этап доказывания она связывает с созданием доказательственной базы, необходимой для привлечения задержанного лица в качестве обвиняемого, и ограничивает его сроком, не превышающим 10 суток с момента фактического его задержания. Третий, заключительный, этап доказывания, который Л.М. Володина необоснованно называет заключительным этапом расследования, наступает, на ее взгляд, с момента предъявления обвинения и «включает в себя производство допроса обвиняемого, производство следственных действий, направленных на проверку его показаний, уточнение цели и мотивов совершенного преступления, уточнение механизма и последствий преступления, более глубокое изучение личности обвиняемого, выявление обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание» и др. обстоятельства [3: с. 188].

Мы против такой периодизации этапов процесса доказывания. По нашему мнению, следует учитывать, что по выявлении и задержании лица по подозрению в совершении преступления на следующем этапе расследования подлежат доказыванию не какие-то отдельные обстоятельства, а все без исключения обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела, в том числе виновность лица в совершении преступления, форма его вины и мотивы. Поэтому нет достаточных оснований для деления единого процесса доказывания, осуществляемого на дальнейшем этапе расследования после появления в деле процессуальной фигуры подозреваемого, на отдельные этапы в зависимости от установления тех или иных уголовно-релевантных обстоятельств и принимаемых процессуальных решений. Конечно, условно в процессе доказывания на следующем этапе можно выделить указанные этапы. Однако такая их периодизация не будет иметь практического значения при определении структуры частных криминалистических методик хотя бы потому, что процессуальные и криминалистические средства, используемые для формирования доказательственной базы, достаточной для привлечения подозреваемого лица в качестве обвиняемого, в принципе, не отличаются от такого же рода средств, применяемых для изобличения его в совершении преступления.

Подводя итог сказанному, мы приходим к следующим выводам:

1. Этапы доказывания по уголовным делам об умышленных преступлениях, требующих раскрытия (в криминалистическом смысле этого слова), совпадают с этапами расследования, но только в тех пределах, в которых осуществляется соби́рание, исследование, оценка и использование доказательств в целях установления истины по делу.

2. К этапам доказывания относятся: предварительный этап доказывания на стадии возбуждения уголовного дела, начинающийся с момента поступления сообщения о преступлении и заканчивающийся моментом вынесения на этой стадии процессуального решения; начальный этап доказывания, связанный с решением задачи по раскрытию преступления и реализацией комплекса первоначальных и неотложных следственных действий и оперативно-разыскных мероприятий; последующий этап доказывания, который охватывает процесс расследования от момента окончания начального его этапа (независимо от достижения цели, направленной на раскрытие преступления) и до момента окончания предварительного следствия (ст. 215 УПК РФ).

3. Период заключительного этапа расследования (но не доказывания) начинается с момента окончания последующего этапа и завершается направлением дела в суд. В тех случаях, когда в соответствии с законом производятся дополнительные следственные действия, доказывание по делу возвращается на последующий этап расследования, по окончании которого вновь начинается заключительный этап расследования.

Полагаем, что данная периодизация этапов расследования и процесса доказывания соответствует нормам уголовно-процессуального закона и потребностям следственной практики, которая и находит отражение в структуре частных криминалистических методик.

Литература

1. *Белкин Р.С.* Курс криминалистики: в 3 т. Т. 3. М.: Юристъ, 1997. 480 с.
2. *Белкин Р.С.* Криминалистика: проблемы, тенденции перспективы. От теории к практике. М.: Юрид. лит., 1988. 304 с.
3. *Володина Л.М.* Предмет познания и предмет доказывания по уголовному делу // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 3 (4). С. 184–189.
4. *Гаврилов Б.Я.* Влияние уголовно-процессуального законодательства на состояние борьбы с преступностью: цифры и факты // Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики: сборник статей. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 15–23.
5. *Гаврилов А.К.* Раскрытие преступлений. Волгоград: НИиРИО ВСШ МВД СССР, 1976. 207 с.
6. *Качалов В.И.* Понятие и значение стадии возбуждения уголовного дела // Уголовно-процессуальное право: учебник для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2014. С. 426–433.
7. *Колесниченко А.Н.* Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений. Харьков: Изд-во Харьк. юрид. ин-та, 1976. 755 с.

8. Коллектив авторов. Криминалистика. М., 1938. 538 с.
9. Коллектив авторов. Криминалистика. М., 1959. 512 с.
10. *Кругликов А.П.* О некоторых проблемах совершенствования уголовно-процессуального законодательства // Перспективы развития уголовно-процессуального права и криминалистики: материалы 2-й Международной научно-практической конференции (Москва, 11–12 апреля 2012 г.). М., 2012. С. 85–90.
11. *Лузгин И.М.* Методологические проблемы расследования. М.: Юрид. лит.-ра., 1973. 216 с.
12. *Хлюпин Н.И.* Планирование расследования преступлений // Вопросы организации суда и осуществления правосудия в СССР. Вып. 4. Калининград, 1975. С. 36–49.
13. *Чурилов С.Н.* Принципы разработки и построения частных криминалистических методик: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1981. 17 с.
14. *Чурилов С.Н.* Методика расследования преступлений: Общие положения. М.: ЗАО Юстицинформ, 2009. 232 с.
15. *Чурилов С.Н.* О полномочиях прокурора на стадии возбуждения уголовного дела // Nauka-rastudent.ru. 2015. № 02 (014-2015). URL: [http:// nauka – rastudent.ru / 14/2432](http://nauka-rastudent.ru/14/2432). (дата обращения: 20.06.2016).

Literatura

1. *Belkin R.S.* Kurs kriminalistiki: v 3 t. T. 3. М.: Yurist', 1997. 480 s.
2. *Belkin R.S.* Kriminalistika: problemy', tendencii perspektivy'. Ot teorii k praktike. М.: Yurid. lit., 1988. 304 s.
3. *Volodina L.M.* Predmet poznaniya i predmet dokazy'vaniya po ugovnomu delu // Biblioteka kriminalista. Nauchny'j zhurnal. 2012. № 3 (4). S. 184–189.
4. *Gavrilov B.Ya.* Vliyanie ugovno-processual'nogo zakonodatel'stva na sostoyanie bor'by' s prestupnost'yu: cifry' i fakty' // Ugovno-processual'noe zakonodatel'stvo v sovremenny'x usloviyax: problemy' teorii i praktiki: sbornik statej. М.: Volters Kluver, 2010. S. 15–23.
5. *Gavrilov A.K.* Raskry'tie prestuplenij. Volgograd: NIiRIO VSSH MVD SSSR, 1976. 207 s.
6. *Kachalov V.I.* Ponyatie i znachenie stadii vzbuzhdeniya ugovnogo dela // Ugovno-processual'noe pravo: uchebnik dlya bakalavriata i magistratury'. М.: Yurajt, 2014. S. 426–433.
7. *Kolesnichenko A.N.* Obshhie polozheniya metodiki rassledovaniya otdel'ny'x vidov prestuplenij. Хар'kov: Izd-vo Хар'k. yurid. in-ta, 1976. 755 s.
8. Коллектив авторов. Криминалистика. М., 1938. 538 с.
9. Коллектив авторов. Криминалистика. М., 1959. 512 с.
10. *Kruglikov A.P.* O nekotory'x problemax sovershenstvovaniya ugovno-processual'nogo zakonodatel'stva // Perspektivy' razvitiya ugovno-processual'nogo prava i kriminalistiki: materialy' 2-j Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferencii (Moskva, 11–12 aprelya 2012 g.). М., 2012. S. 85–90.
11. *Luzgin I.M.* Metodologicheskie problemy' rassledovaniya. М.: Yurid. lit.-ra., 1973. 216 s.
12. *Xlyupin N.I.* Planirovanie rassledovaniya prestuplenij // Voprosy' organizacii suda i osushhestvleniya pravosudiya v SSSR. Vy'p. 4. Kaliningrad, 1975. S. 36–49.
13. *Churilov S.N.* Principy' razrabotki i postroeniya chastny'x kriminalisticheskix metodik: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. М., 1981. 17 s.

14. *Churilov S.N.* Metodika rassledovaniya prestuplenij: Obshhie polozheniya. M.: ZAO Yusticinform, 2009. 232 s.
15. *Churilov S.N.* O polnomochiyax prokurora na stadii возбуждениya ugolovnogo dela // Nauka-rastudent.ru. 2015. № 02 (014-2015). URL: [http:// nauka – rastudent.ru / 14/2432](http://nauka-rastudent.ru/14/2432). (data obrashheniya: 20.06.2016).

S.N. Churilov

**About the Problem of the Periodization of the Stages
of the Investigation Process and Evidence in a Criminal Case**

The article deals with controversial issues of periodization of the stages of the investigation process and evidence in the criminal case as well as their relations. In the author's opinion the periodization of these steps coincide only to the extent in which collecting, research, evaluation and use of evidence to establish the truth in the case are carried out.

Keywords: criminal proceedings; stages of the investigation; evidence stages; evidence; periodization phases.

П.В. Шамаров

Преследование сексуального насилия Международным трибуналом по Руанде

В статье анализируются итоги деятельности Международного уголовного трибунала по Руанде (далее МУТР или Трибунал) в рамках преследования за преступления, связанные с сексуальным и гендерным насилием в ходе геноцида в Руанде в 1994 г. Приводится анализ соответствующей судебной практики МУТР и делается вывод о том, что Трибунал обогатил мировую юриспруденцию рядом знаковых правовых новелл, которые на момент учреждения данного судебного органа не имели юридического закрепления.

Ключевые слова: Международный уголовный трибунал; Руанда; международное право; уголовная ответственность; преступление; сексуальное насилие.

По мнению ряда ведущих ученых и специалистов в области международного права, преступления, борьба с которыми ведется на международном уровне, условно можно разделить на две основные категории:

- преступления, совершаемые государствами (традиционно это международные преступления, угрожающие существованию страны или нации);
- преступления, совершаемые физическими лицами (военные преступления, преступления против мира, преступления агрессии, преступления против человечности, в том числе преступление геноцида, и преступления международного характера [5: с. 26–27]).

В этой связи для расследования в рамках второй категории особо опасных преступлений, произошедших в период вооруженного противостояния, и наказания совершивших их лиц по устоявшейся международной практике могут создаваться международные уголовные суды и трибуналы¹. В частности, в соответствии с резолюцией Совета Безопасности (СБ) ООН № 955 от 8 ноября 1994 г. [4] был создан Международный уголовный трибунал по Руанде, учрежденный в соответствии с гл. VII Устава ООН («Действия в отношении угрозы миру, нарушений мира и актов агрессии» [8]) и действовавший по 31 декабря 2015 г. включительно [10].

¹ Международные уголовные суды и трибуналы подразделяются на трибуналы и суды ad hoc (временные международные трибуналы и интернационализованные суды), а также суды, действующие на постоянной основе. Выделение в отдельную категорию последних является достаточно условным, так как в настоящее время функционирует единственный такого рода международный орган — Международный уголовный суд [1: с. 308].

Юрисдикции Трибунала подлежали лица, ответственные за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, а также граждане Руанды, ответственные за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период 1.01–31.12.1994 [7].

Важно отметить, что должностное положение обвиняемых (фактически представлявших всю вертикаль власти, начиная с главы правительства) не освобождало виновных от уголовной ответственности и не рассматривалось в качестве основания для смягчения приговора. Более того, в случаях, если преступление было совершено подчиненным, соответствующий начальник не освобождался от уголовной ответственности при условии того, что он знал (или обязан был знать) о намерении подчиненного совершить такое деяние, а также если руководитель не принял необходимых мер для предотвращения таких преступлений или наказания совершивших их лиц [1].

Территориальная юрисдикция МУТР распространялась на территорию Руанды, включая ее сухопутную часть и воздушное пространство, а также на территорию соседних государств в случае совершения гражданами Руанды нарушений норм международного гуманитарного права.

Организационно Международный трибунал состоял из Судебных камер (вначале две, позднее — три), Апелляционной камеры, Канцелярии обвинения и секретариата. В период наибольшей рабочей нагрузки в 2005–2008 гг. МУТР насчитывал более 1 тыс. сотрудников, включавших представителей 113 национальностей [1; 3].

Выносимое Судебной камерой наказание, как правило, ограничивалось тюремным заключением, срок которого определялся тяжестью совершенного преступления, обстоятельствами дела и личностью подсудимого. При этом Судебные камеры были уполномочены выносить решения о возврате имущества и доходов, приобретенных подсудимыми в результате преступных деяний, их законным владельцам.

В целом, за более чем двадцатилетний срок своей деятельности Трибунал предъявил обвинительные заключения 93 лицам (в том числе за случаи проявления неуважения к Трибуналу и дачу ложных показаний под присягой) [3] и завершил апелляционное производство в отношении 61 человека [10].

Вместе с тем анализ судебной практики МУТР показывает, что большинство выдвинутых обвинений (52 дела — или 56 % от всех обвинительных заключений и обвинительных приговоров) были вынесены Трибуналом за изнасилования и другие преступления, связанные с сексуальным насилием [3]. Это, как мы считаем, объясняется тем, что даже по «взвешенной» оценке специалистов ООН, за три месяца геноцида в Руанде в 1994 г. сексуальному насилию подверглись до 250 тыс. женщин и девочек-подростков из числа этнического меньшинства Руанды — тутси [6].

По нашему мнению, с учетом характера, масштаба и интенсивности совершения указанных преступлений в Руанде число подозреваемых могло бы

превысить все мыслимые пределы. Вследствие этой причины Трибунал принял единственное правильное решение — сосредоточить имеющиеся ограниченные ресурсы (по проведению расследований и преследованию виновных) на персоналиях, занимавших в период геноцида в Руанде ключевые руководящие должности и сыгравших ведущую роль в организации преступлений.

Успешная реализация Международным трибуналом такого подхода привела к тому, что в число обвиняемых, в том числе за сексуальное насилие, попали бывший премьер-министр Руанды Жан Комбанда, абсолютное большинство (13 чел.) членов временного правительства, высокопоставленные государственные служащие и военнослужащие, известные сотрудники СМИ, влиятельные представители деловых кругов, политические и религиозные деятели.

Так, наиболее масштабным судебным процессом всей многолетней судебной практики МУТР, с точки зрения числа обвиняемых и судебных заседаний, стало **дело Бугаре**, по которому проходило шесть человек. В частности, суду потребовалось более 4,5 тыс. ч. судопроизводства в течение 714 судебных заседаний, в ходе которых были заслушаны 189 свидетелей. При этом обвинительный документ насчитывал более 1,5 тыс. страниц и содержал обвинительное заключение в отношении всех шести подсудимых, в вину которым вменялось совершение серьезных преступлений против человечности, включая «изнасилование, посягательство на половую свободу и человеческое достоинство» [3].

Важно отметить, что в рамках этого дела была осуждена **бывший министр временного правительства по делам семьи и улучшения положения женщин Полин Ньирамасухуко** [9] за отданное ею распоряжение об организации массовой кампании по изнасилованию женщин и девочек из числа тутси. Бывший член правительства Руанды стала первой осужденной Трибуналом женщиной, чье признание виновной подтвердило тот факт, что даже слабый пол способен прибегать к сексуальному насилию, используя его в качестве оружия террора и геноцида в отношении мирного гражданского населения.

Полагаем, что вынесенный ей приговор к пожизненному лишению свободы (впоследствии подтвержден Апелляционной камерой) послужит мощным превентивным фактором предупреждения подобных преступлений в будущем.

Самым резонансным расследованием МУТР, по нашей оценке, стало **дело Жана Камбанды** (бывшего премьер-министра временного правительства Руанды), в рамках которого впервые со времен Нюрнбергского и Токийского трибуналов было вынесено судебное решение в отношении главы национального правительства. Так, в ходе работы МУТР был установлен неоспоримый факт проведения в 1994 г. в Руанде кампании массовых преступлений против человечности (убийство, истребление), направленной на физическое уничтожение племени тутси, число жертв среди которого за время геноцида составило от 800 тыс. до 1 млн чел. [2].

Этнические чистки проводились по всей территории страны и осуществлялись различными методами, в том числе путем массовых убийств в местах убежищ (церкви, госучреждения, предприятия и т. д.), организации системы блок-постов в целях задержания, изнасилования и убийства женщин и девочек-подростков из числа тутси. В частности, практиковались групповые изнасилования, сексуальное насилие с целью увечья (заостренными палками, стволами оружия и т. п.), создание системы коллективного сексуального рабства или принудительного брака. При этом государственные СМИ призывали население к совершению любых актов насилия (в том числе гендерного) в отношении этнического меньшинства и всех тех, кто подозревался в сочувствии к нему. Массовое распространение получили также кровавые расправы над политическими оппонентами, выступавшими против развязанной временным правительством кампании геноцида и сексуального насилия [3].

Проведенный анализ судебной практики МУТР свидетельствует о том, что Трибунал обогатил мировую юридическую практику рядом знаковых правовых новаций, которые на момент учреждения данного судебного органа не имели юридического закрепления.

К ним в первую очередь относится классифицирование Международным трибуналом в рамках дела *Жан-Поля Акайесу* (бывшего бургомистра общины Таба) *изнасилования и сексуального нападения в качестве преступлений против человечности и актов геноцида, совершенных с намерением уничтожить полностью или частично определенную этническую группу как таковую (изнасилование в целях геноцида)*² [3]. При этом само изнасилование определялось как «физическое посягательство сексуального характера, совершенное лицом в условиях принуждения».

Важно отметить, что указанное определение МУТР в дальнейшем получило широкое правовое использование. Так, в Римском статуте Международного уголовного суда (МУС) изнасилование, сексуальное рабство, принудительная проституция, вынужденная беременность, насильственная стерилизация или любая иная форма сексуального насилия сопоставимой тяжести определены в качестве преступлений против человечности, если они совершаются в широких масштабах или на систематической основе. В частности, в ордерах на арест двух суданских подозреваемых, выданных МУС в 2007 г., были указаны несколько случаев изнасилования, квалифицированных одновременно *и в качестве военного преступления, и в качестве преступления против человечности* (выделено автором) [6].

Таким образом, МУТР стал первым международным судом, истолковавшим и применившим в рамках международного права определение изнасилования и сексуального насилия.

² В рамках дела Муньягишари (бывшего первого секретаря городской организации Национального республиканского движения за развитие и демократию г. Гисеньи) трактовка обвинения имеет формулировку «*изнасилование в контексте геноцида*» [3].

Здесь представляется необходимым отметить, что в рамках дела **Нзирорера** (национальный секретарь правящего в то время Национального республиканского движения за развитие и демократию — НРДДР) подсудимому (скончался во время судебного разбирательства) в том числе вменялось «совершение изнасилования как естественного и предсказуемого следствия совместной преступной деятельности в целях осуществления геноцида» [3].

Со своей стороны отмечаем, что ни один из международных судов, учрежденных в Токио и Нюрнберге для преследования за совершение военных преступлений в ходе Второй мировой войны, не рассматривал сексуальное насилие в качестве проявления геноцида и преступлений против человечности.

Другой важной новеллой в мировой судебной практике стало постановление МУТР в рамках дела **С. Гакумбитси** (бывшего бургомистра общины Русумо, префектура Кибунго) о том, что *отсутствие согласия жертвы и осведомленность обвиняемого об отсутствии такого согласия являются элементами изнасилования и выступают в качестве преступления против человечности, а не основанием для защиты*. При этом было определено, что осведомленность об отсутствии согласия жертвы может быть доказана путем установления факта понимания обвиняемым обстоятельств сексуального принуждения, не допускающих возможности подлинного согласия.

Значительным шагом в области международного правосудия стало также решение МУТР в рамках дела **Эдуара Каремеры** (бывший министр внутренних дел и первый заместитель председателя НРДРД). Здесь впервые в мировой юридической практике Трибунал привлек к уголовной ответственности за изнасилования «*в расширенной форме*» лиц, хотя и не принимавших непосредственного участия в этих преступных деяниях, но сыгравших заметную роль в организации насилий, совершенных их сообщниками в рамках реализации совместного плана по уничтожению этнического меньшинства страны.

По нашему мнению, признание на международном уровне уголовной ответственности «в расширенной форме» — за совместную преступную деятельность в виде спланированного, но осуществленного другими лицами, сексуального насилия — стало важным новаторским юридическим событием в области международного уголовного права.

В целом, полагаем, что судебная практика в отношении связанных с сексуальным насилием преступлений была значительно ужесточена МУТР в начале 2012 г. после вынесения приговоров по делам **Каремере и Матье Нгирумпатсе** (председатель НРДРД — высший политический деятель в руандийском переходном правительстве 1994 г.). Так, международное правосудие постановило, что если цель преступного государственного сообщества состоит в осуществлении геноцида, то высока вероятность того, что задействованные в реализации таких планов кадровые и полувоенные вооруженные формирования станут использовать массовое сексуальное насилие в условиях отсутствия соответствующего жесткого запрета на такие действия со стороны их командования.

Этот вывод, по нашей оценке, подтверждается официальной статистикой МУТР [3], в соответствии с которой обвинения только по поводу связанных с сексуальным насилием преступлений в рамках так называемого «дела военных» были выдвинуты против 11 высокопоставленных представителей вооруженных сил (ВС) Руанды, что составило более 20 % от общего числа всех подобных обвинений. В число насильников, в частности, вошли: бывший министр обороны Бизиман Огюстен (находится в международном розыске), бывший начальник штаба ВС Руанды Бизимунгу Огюстен (осужден на 30 лет лишения свободы), бывший руководитель аппарата министра обороны Багосору (осужден на 35 лет лишения свободы) и бывший командир батальона президентской гвардии ВС Руанды Протес Мпиранья (находится в международном розыске).

В целом обвинительные заключения в рамках преследования за сексуальное насилие составили (как уже упоминалось выше) более половины всех дел Трибунала (52 дела или 56 % от всех вынесенных Канцелярией обвинения обвинительных заключений).

Вместе с тем есть веские основания полагать, что уголовное преследование и наказание за сексуальное насилие (ввиду его шокирующего масштаба) носило явно «выборочно-точечный» характер и, следовательно, не все насильники (даже из числа прежнего руководящего звена Руанды) были идентифицированы и понесли заслуженное наказание. Это подтверждается официальной статистикой МУТР, в соответствии с которой до суда были доведены только 43 дела (или 46 % от всех вынесенных обвинительных заключений), а обвинительные приговоры были вынесены лишь по 13 делам (14 %). При этом по 23 делам (25 %) были вынесены оправдательные приговоры, а по 6 делам (6 %) все обвинения за сексуальные насилие были сняты в ходе переговоров по признанию вины или после внесения соответствующих поправок в обвинительное заключение.

Следует отметить, что важной организационно-технической новацией МУТР, по нашему мнению, стало создание специализированной секции по защите свидетелей и потерпевших от сексуального насилия. Указанное подразделение помимо обеспечения (совместно со службой безопасности Трибунала) физической защиты оказывало этим людям также всестороннюю поддержку (в том числе психологическую, медицинскую и техническую) на всех этапах работы МУТР как в ходе досудебного разбирательства и судебного процесса, так и после него. Данная секция обеспечивала также личную безопасность в Руанде международных экспертов и специалистов, привлекаемых на временной основе к работе Трибунала.

В ходе своей работы МУТР приложил немало усилий для предотвращения повторения в будущем на Африканском континенте подобных массовых сексуальных и гендерных насилий. Для этого Трибунал проводил многолетнюю целенаправленную, активную и разностороннюю информационно-просветительскую работу среди местного населения по повышению его общеправовой грамотности и искоренению сложившейся во времена геноцида склонности к насилию. Такая

деятельность включала занятия, лекции и семинары по профилактике преступлений на сексуальной почве, информирование о судебных процессах МУТР, выпуск специализированных информационных бюллетеней, пресс-релизов, тематических фильмов и пособий по судебному преследованию за акты сексуального и гендерного насилия и т. п. При этом материалы Трибунала широко публиковались на языке киньяруанда, английском и французском языках.

В целом полагаем, что результатами своей практической деятельности в ходе преследования за сексуальное насилие Международный трибунал по Руанде внес весомый вклад в совершенствование норм международного уголовного права посредством принятия соответствующих важных судебных прецедентов и дальнейшего развития международной системы отправления правосудия.

Особое значение в деятельности МУТР имеет то обстоятельство, что в рамках международного права был принят ряд принципиальных судебных решений по привлечению к уголовной ответственности виновных за сексуальное насилие, которое было признано преступлением против человечности и актом геноцида, совершенным в целях физического уничтожения этнического меньшинства страны. Эти приговоры касались в первую очередь бывших высокопоставленных представителей государства (премьер-министра, членов правительства, высшего командного состава национальных ВС, руководителей НРДРД и гражданской администрации), а также влиятельных предпринимателей, религиозных деятелей и сотрудников СМИ.

Литература

1. Международный трибунал по Руанде — официальный интернет-сайт ООН. URL: <http://www.un.org/ru/law/icttr/> (дата обращения: 05.01.2016).
2. Международный трибунал ООН приговорил бывших лидеров Руанды к пожизненному заключению за геноцид. URL: <http://pravo.ru/interpravo/news/view/66348/> (дата обращения: 15.01.2016).
3. Письмо Председателя Международного уголовного трибунала по Руанде от 17.11.2015 на имя Председателя Совета Безопасности ООН S/2015/884. URL: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2015/884&referer=/english/&Lang=R (дата обращения: 06.01.2016).
4. Резолюция СБ ООН № 955 от 8 ноября 1994 г. URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/057/27/PDF/N9605727.pdf>. (дата обращения: 6.01.2016).
5. Ромашев Ю.С. Международное правоохранительное право: монография. 2-е изд., доп. М.: Норма : МНФРА-М., 2013. 352 с.
6. Сексуальное насилие — орудие войны. URL: <http://www.un.org/ru/preventgenocide/rwanda/backgrounder> (дата обращения: 05.01.2016).
7. Устав Международного уголовного трибунала по Руанде. URL: <http://www.un.org/ru/law/icttr/charter.shtml> (дата обращения: 06.01.2016).
8. Устав ООН. URL: <http://www.un.org/ru/documents/charter/> (дата обращения: 06.01.2016).
9. Press Release 14 December 2015. News Appeals Chamber Delivers Judgement in the Nyiramasuhuko et al Case. URL: <http://unictr.unmict.org/en/news/appeals-chamber-delivers-judgement-nyiramasuhuko-et-al-case> (дата обращения: 06.01.2016).

10. Press Release 14 December 2015. News Appeals Chamber Delivers Judgement in the Nyiramasuhuko et al Case. URL: <http://unictr.unmict.org/en/news/appeals-chamber-delivers-judgement-nyiramasuhuko-et-al-case> (дата обращения: 6.01.2016).

Literatura

1. Mezhdunarodny'j tribunal po Ruande — oficial'ny'j internet-sajt OON. URL: <http://www.un.org/ru/law/ictr/> (дата обращения: 05.01.2016).

2. Mezhdunarodny'j tribunal OON prigovoril by'vshix liderov Ruandy' k pozhiznennomu zaklyucheniyu za genocid. URL: <http://pravo.ru/interpravo/news/view/66348/> (дата обращения: 15.01.2016).

3. Pis'mo Predsedatelya Mezhdunarodnogo ugolovnogo tribunala po Ruande ot 17.11.2015 na imya Predsedatelya Soveta Bezopasnosti OON S/2015/884. URL: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2015/884&referer=/english/&Lang=R (дата обращения: 06.01.2016).

4. Rezolyuciya SB OON № 955 ot 8 noyabrya 1994 g. URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/057/27/PDF/N9605727.pdf>. (дата обращения: 6.01.2016).

5. *Romashev Yu.S.* Mezhdunarodnoe pravooxranitel'noe pravo: monografiya. 2-e izd., dop. M.: Norma : MNFRA-M., 2013. 352 s.

6. Seksual'noe nasilie — orudie vojny'. URL: <http://www.un.org/ru/preventgenocide/rwanda/backgrounder> (дата обращения: 05.01.2016).

7. Ustav Mezhdunarodnogo ugolovnogo tribunala po Ruande. URL: <http://www.un.org/ru/law/ictr/charter.shtml> (дата обращения: 06.01.2016).

8. Ustav OON. URL: <http://www.un.org/ru/documents/charter/> (дата обращения: 06.01.2016).

9. Press Release 14 December 2015. News Appeals Chamber Delivers Judgement in the Nyiramasuhuko et al Case. URL: <http://unictr.unmict.org/en/news/appeals-chamber-delivers-judgement-nyiramasuhuko-et-al-case> (дата обращения: 06.01.2016).

10. Press Release 14 December 2015. News Appeals Chamber Delivers Judgement in the Nyiramasuhuko et al Case. URL: <http://unictr.unmict.org/en/news/appeals-chamber-delivers-judgement-nyiramasuhuko-et-al-case> (дата обращения: 6.01.2016).

P.V. Shamarov

The Pursuit of Sexual Abuse by an International Tribunal for Rwanda

The article analyzes the results of the International Criminal Tribunal for Rwanda (the ICTR) in the framework of prosecution of crimes related to sexual and gender-based violence during the genocide in Rwanda in 1994. The analysis of the relevant jurisprudence of the ICTR is given and it is concluded that the Tribunal has enriched global jurisprudence with significant new laws, which at the time of the establishment of the judicial authority had no legal binding.

Keywords: International Criminal Tribunal for Rwanda; international law; criminal liability; crime; sexual violence.

ЧАСТНОЕ ПРАВО

В.В. Долинская,
Л.М. Долинская

Право на здоровье: проблемы реализации и защиты

В статье рассмотрено одно из важнейших естественных прав человека — право на здоровье. Рассмотрение ведется с позиций источников права (международные и национальные); общих проблем и проблем по группам населения (в частности, лиц с ограниченными возможностями); защиты прав пациентов разноотраслевыми средствами.

Ключевые слова: здоровье; инвалид; лица с ограниченными возможностями; права пациентов; право на здоровье.

Право на здоровье или на наивысший достижимый уровень здоровья является правом человека, признаваемым и международным, и национальным правом.

Так, например, в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.) [4] признается *«право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья»* (ст. 12). В Пакте равное внимание уделяется как физическому, так и психическому здоровью (п. 1 ст. 12). Согласно п. 2 ст. 12 Пакта, *«меры, которые должны быть приняты участвующими в настоящем Пакте государствами для полного осуществления этого права, включают мероприятия, необходимые для: а) обеспечения сокращения мертворождаемости и детской смертности и здорового развития ребенка; б) улучшения всех аспектов гигиены внешней среды и гигиены труда в промышленности; в) предупреждения и лечения эпидемических, эндемических, профессиональных и иных болезней и борьбы с ними; д) создания условий, которые обеспечивали бы всем медицинскую помощь и медицинский уход в случае болезни».*

Помимо этого пакта есть и другие значимые международные акты, признающие право на здоровье, такие как:

– Международная конвенция от 21 декабря 1965 г. о ликвидации всех форм расовой дискриминации (пункт е) (iv) ст. 5) [3];

– Конвенция о правах инвалидов от 13 декабря 2006 г. (ст. 25) [12].

Этот список дополняют многочисленные конференции и декларации, например, Международная конференция по первичной медико-санитарной помощи, на которой была принята Алма-Атинская декларация (сентябрь 1978 г.) [1]. Право на здоровье признается несколькими региональными договорами, например, Африканской хартией прав человека и народов 1981 г. В Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и в Американской конвенции о правах человека 1969 г. содержатся положения, касающиеся вопросов здоровья (право на жизнь, запрещение пыток и другого жестокого, бесчеловечного и унижающего человеческое достоинство обращения, право на семью и частную жизнь).

Право на здоровье или здравоохранение признается в 115 конституциях государств мира. В 6 из них говорится об обязанностях государства развивать услуги в области здравоохранения или выделять средства на нужды здравоохранения. В Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» [2] констатируется, что положения Всеобщей декларации прав человека и Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах отражены и в Конституции РФ.

В Конституции РФ право на охрану здоровья и медицинскую помощь провозглашается в ст. 41.

В п. 1 ст. 3 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. №323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» [11] указано, что *«законодательство в сфере охраны здоровья основывается на Конституции Российской Федерации и состоит из этого закона, принимаемых в соответствии с ним других федеральных законов, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации».*

В ряде зарубежных стран наблюдается тенденция принятия законов о правах пациентов (например, Финляндия — в 1992 г.; Молдавия — в 2005 г.; в 1995 г. закон под названием Act on the medical treatment contract был принят в Нидерландах и вошел составной частью в Гражданский кодекс;). В других странах Европы, например, в Великобритании, Польше, Чехии были приняты Хартии пациентов — не законы, а государственные документы, содержащие рекомендуемые минимальные стандарты.

В ряде регионов России также были приняты законы о правах пациентов (например, закон Саратовской области от 14.04.1997 № 21-ЗСО «О правах пациента»). А 28 мая 2010 г. на Первом Всероссийском конгрессе пациентов в Москве была принята Декларация о правах пациентов в России [6].

В международных и национальных документах право на здоровье рассматривается по-разному. В некоторых из них данное право фигурирует в общем выражении, а в других — внимание уделяется правам человека в отношении

определенных групп населения, например, таких как женщины и дети, лица с ограниченными возможностями.

Из общих проблем еще раз отметим серьезное сокращение доли бесплатной медицинской помощи (несмотря на провозглашенное в ч. 1 ст. 41 Конституции РФ право граждан на нее). Это подтверждается Программами государственных гарантий оказания гражданам бесплатной медицинской помощи и Программами обязательного медицинского страхования¹.

Из проблем по группам населения акцентируем внимание на правах инвалидов, которые являются, на наш взгляд, одним из показателей социально-го государства. По разным статистическим данным, в мире зафиксировано от 670 до 800 млн инвалидов (10–12 % от общей численности населения планеты). В России их около 13 млн, что составляет приблизительно 8,8 % населения страны. С учетом членов семей инвалидов проблема инвалидности напрямую касается 1/4 населения мира. Но в течение длительного времени инвалиды и их проблемы игнорировались государством и обществом. Только в последнее время инвалидов перестали воспринимать как «объект» благотворительности и медицинского вмешательства и начали относиться к ним как к субъекту прав человека, включая, среди прочего, право на здоровье.

Право на здоровье инвалидов не может быть реализовано само по себе. Оно тесно связано с недискриминацией и с другими принципами автономии личности, с участием и приобщением к социальной жизни, а также с равенством возможностей и с уважением развивающихся способностей детей (ст. 3 Конвенции о правах инвалидов 2006 г.).

Люди с ограниченными возможностями сталкиваются с различными проблемами, касающимися реализации их прав на здоровье. Это, например, сложности с достигаемостью служб здравоохранения, особенно в сельских районах; ограничение доступа к недорогому лечению в рамках государственной системы здравоохранения. Также инвалиды в большей степени подвержены насилию и плохому обращению. Они являются жертвами физического, сексуального, психологического и эмоционального насилия, пренебрежения и финансовой эксплуатации. В основном инвалидам предоставляется лечение без их свободного и информированного согласия, что является явным и серьезным нарушением права на здоровье. Часто их помещают в специальные учреждения только на основании инвалидности, что может иметь серьезные последствия для реализации прав инвалидов на здоровье, а также для реализации других прав.

Но эти ограничения в возможностях не диагностируются и не учитываются, их важность часто игнорируется. Теперь общепризнано, что инвалиды оказываются подвержены дополнительным рискам не столько из-за своих ограниченных возможностей, сколько из-за социальных условий и тех барьеров, с которыми им приходится сталкиваться: негативные стереотипы, зависимость от заботы других людей, гендерная специфика, нищета или финансовая зависимость.

¹ Федеральный закон № 326-ФЗ от 29.11.2010 «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями).

Конвенция о правах инвалидов требует, чтобы государства поощряли, защищали и обеспечивали полное и равное осуществление всеми инвалидами всех прав человека и основных свобод, а также поощряли уважение присущего им достоинства (ст. 1). В ст. 25 признается их *«право на наивысший достижимый уровень здоровья без дискриминации по признаку инвалидности»* и указываются меры, которые следует принять государству для обеспечения этого права: обеспечение инвалидам возможности пользоваться благами и иметь доступ к услугам в сфере здравоохранения, которые необходимы инвалидам непосредственно по причине их инвалидности, включая раннюю диагностику и профилактику, а также услугам, призванным свести к минимуму и предотвратить дальнейшее возникновение инвалидности, включая ортопедические и реабилитационные услуги, позволяющие им становиться независимыми и поддерживающие их социальную интеграцию [8; 9]. Государства должны организовать службы и учреждения в сфере здравоохранения как можно ближе к местам непосредственного проживания этих людей, в том числе в сельских районах. Кроме того, согласно принципу недискриминации требуется обеспечить инвалидам *«тот же набор, качество и уровень бесплатных или недорогих услуг и программ по охране здоровья, что и другим лицам»*, и государства должны *«не допускать дискриминационного отказа в здравоохранении или услугах в этой области либо получении пищи или жидкостей по причине инвалидности»* (общие положения ст. 25 и ст. 26 Конвенции).

В Конвенции о правах ребенка (ст. 23) признаются права детей-инвалидов на особую заботу и на эффективный доступ к здравоохранению и услугам по реабилитации.

Таким образом, общие положения о праве на здоровье тесно связаны с правами определенных групп населения. А право на здоровье конкретных социальных групп (например, инвалидов) реализуется во взаимосвязи с другими правами человека и недискриминацией.

В литературе и источниках права как синоним права на здоровье подчас используется понятие «права пациентов». Предпринимались многочисленные попытки их систематизировать. Например, по хронологическому критерию — на права, реализуемые до, во время и после оказания медицинской помощи; права, реализация которых возможна только в стационарных условиях, и права, реализация которых не зависит от условий оказания медицинской помощи; права, связанные с организацией оказания медицинской помощи; права, связанные с предоставлением пациенту информации и ее защитой (см., например, [5]).

При сочетании содержательного и хронологического критериев можно выделить, например, права: информационные; преддоговорные; права потребителей на услуги непосредственно в рамках договора; связанные с организацией оказания медицинской помощи.

По данным Фонда обязательного медицинского страхования (ФОМС), примерно 10 % всей медицинской помощи в России оказывается с теми или иными недостатками. В случае нарушения прав пациента (отказ в получении

медицинской помощи, некачественное оказание медицинской помощи и т. д.) гражданин может урегулировать конфликт непосредственно с услугодателем или использовать административные и судебные способы защиты своих прав и свобод. Административные способы включают в себя обращения: а) к должностным лицам медицинских организаций (спорный способ); б) в органы управления сферы здравоохранения, в органы, осуществляющие федеральный государственный надзор в области защиты прав потребителей; в) в правоохранительные органы; г) в общественные организации и иные негосударственные институты (в том числе соответствующие профессиональные медицинские ассоциации); д) в третейские суды (в перечень не включается рассмотренное нами ранее обращение застрахованных в организации системы ОМС). Судебные способы состоят из: а) жалоб в суд; б) исковых заявлений в суд.

За 2014 г. жалобы на медицинские услуги составили 2 % от общего числа письменных обращений граждан в Роспотребнадзор. Среди выявленных случаев причинения вреда жизни и здоровью потребителей в 2014 г. сфера медицинских услуг оказалась на 3-м месте (после оказания услуг общественного питания и розничной торговли). В разрезе сегментов потребительского рынка (видов деятельности) выявленные в 2014 г. по случаям причинения вреда имуществу потребителей медицинские услуги заняли 13-е место из 16 [7]. Анализ материалов региональных управлений Роспотребнадзора показывает, что при проверке медицинских организаций выявляется свыше 70 % нарушений законодательства по защите прав потребителей. Самым распространенным нарушением является отсутствие в лечебно-профилактических организациях подробной информации для пациентов об оказываемых услугах. Факты незаключения договоров с населением на оказание платных медицинских услуг обнаружены почти в 30 субъектах РФ, в 50 с лишним регионах имеются нарушения в оформлении подобных договоров.

По материалам Росздравнадзора, в структуре обращений граждан по вопросам оказания медицинской помощи свыше 40 % связано с ненадлежащим ее качеством, свыше 25 % — с дефектами организации дел, почти 20 % — с недостаточной полнотой информирования граждан об их правах при получении медицинской помощи, в том числе на бесплатное ее оказание [13].

Из 59 100 обращений граждан, государственных и общественных организаций, поступивших к Уполномоченному по правам человека в 2014 г., жалобы по вопросам социальной защиты и здравоохранения составили 6,9 % и заняли 4-е место среди всех обращений.

С 2008 г. в России активно обсуждается идея создания специального института уполномоченного по правам пациента. В наиболее развернутом виде идея получила воплощение в решении Общественного совета по защите прав пациентов при Росздравнадзоре РФ от 27 апреля 2009 г. (подробнее см. [10]).

Самым распространенным способом защиты прав пациентов остается обращение в суд. За 2013–2014 гг. в суды общей юрисдикции поступило 921 дело

в отношении медицинских услуг, из них рассмотрено – 506, а с удовлетворением требований — 286. При этом за 2014 г. по делам из договоров в сфере медицинских услуг доля вынесенных решений от числа оконченных производством — 65,5 %, доля дел с удовлетворением требований от вынесенных решений — 56,5 %.

Плюрализм лиц, к которым можно обратиться за защитой нарушенных прав пациентов, — безусловное достоинство нашей системы. Но эффективность защиты в том числе зависит от правильного распределения полномочий между этими лицами и грамотного применения способов защиты.

И при всей значимости проблем ответственности в сфере охраны здоровья (ст. 98 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации») упор в деятельности государства, общества, специализированных организаций должен быть сделан не на защиту нарушенного права, а на нормальную реализацию права на здоровье.

Литература

1. Алма-Атинская декларация 1978 г. URL: http://www.un.org.ru/documents/decl_conv/declarations/almaata78.shtml.
2. Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 3.
3. Ведомости Верховного Суда РФ. 1994. № 12.
4. Ведомости Верховного Суда СССР. 1969. № 25. Ст. 219.
5. Гусева Т.С., Соколова Н.А., Хлестун Ю.В., Белянинова Ю.В., Савина Л.В. Комментарий к Федеральному закону от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации». Система Гарант, 2012.
6. Декларация о правах пациентов в России 2010 г. URL: http://www.patients.ru/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=6&Itemid=12
7. Защита прав потребителей в Российской Федерации в 2014 году: Государственный доклад. М.: Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека, 2015. 308 с.
8. Комитет по экономическим, социальным и культурным правам. Замечание общего порядка № 5, 1994 г. URL: http://pandia.ru/user/publ/13641-Zamechanie_obshego_poryadka_5_Odinnadcataya_sessiya_1994_god_
9. Конвенция о правах инвалидов. ст. 5, 25 (п. б), 26. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/disability
10. Решение о защите прав пациентов. 28.04.2009 // сайт Общественного совета по защите прав пациентов при Росздравнадзоре РФ. URL: http://www.openmed.ru/index.php?D=34&cmd=33&file=NewsArticles_1.0.0&view=1&category=&id=79
11. Собрание Законодательства РФ. 2011. № 48. Ст. 6724 (с изм.).
12. Собрание Законодательства РФ. 2013. № 6. Ст. 468.
13. Сайт Росздравнадзора. URL: <http://www.roszdravnadzor.ru>

Literatura

1. Alma-Atinskaya deklaraciya 1978 g. URL: http://www.un.org.ru/documents/decl_conv/declarations/almaata78.shtml
2. Byulleten' Verxovnogo Suda RF. 2010. № 3.
3. Vedomosti Verxovnogo Suda RF. 1994. № 12.

4. Vedomosti Verhovnogo Suda SSSR. 1969. № 25. St. 219.
5. Guseva T.S., Sokolova N.A., Xlistun Yu.V., Belyaninova Yu.V., Savina L.V. Kommentarij k Federal'nomu zakonu ot 21.11.2011 № 323-FZ «Ob osnovax ohrany' zdorov'ya grazhdan v Rossijskoj Federacii». Sistema Garant, 2012.
6. Deklaraciya o pravax pacientov v Rossii 2010 g. URL: http://www.patients.ru/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=6&Itemid=12
7. Zashhita prav potrebitelej v Rossijskoj Federacii v 2014 godu: Gosudarstvenny'j doklad. M.: Federal'naya sluzhba po nadzoru v sfere zashhity' prav potrebitelej i blagopoluchiya cheloveka, 2015. 308 s.
8. Komitet po e'konomicheskim, social'ny'm i kul'turny'm pravam. Zamechanie obshhego poryadka № 5, 1994 g. URL: http://pandia.ru/user/publ/13641-Zamechanie_obshhego_poryadka_5_Odinnadcataya_sessiya_1994_god
9. Konvenciya o pravax invalidov. st. 5, 25 (p. b), 26. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/disability
10. Reshenie o zashhite prav pacientov. 28.04.2009 // Sajt Obshhestvennogo soveta po zashhite prav pacientov pri Roszdravnadzore RF. URL: http://www.openmed.ru/index.php?D=34&cmd=33&file=NewsArticles_1.0.0&view=1&category=&id=79
11. Sobranie Zakonodatel'stva RF. 2011. № 48. St. 6724 (s izm.).
12. Sobranie Zakonodatel'stva RF. 2013. № 6. St. 468.
13. Sajt Roszdravnadzora. URL: <http://www.rozdravnadzor.ru>

*V.V. Dolinskaya,
L.M. Dolinskaya*

The Right to Health: Problems of Realization and Protection

The article deals with one of the most important natural human rights, the right to health with the perspective of source of law (international and national), common challenges and problems of population groups (e.g., persons with disabilities), protection of patients' rights by diversified means.

Keywords: health; disabled; persons with disabilities; patients' rights; right to health.

Л.В. Санникова

Международная торговля услугами и обязательства России как члена ВТО

В статье рассматриваются основные положения Генерального соглашения по торговле услугами. Особое внимание уделяется анализу специфических обязательств по услугам России как члена ВТО. Делается вывод, что России при вступлении в ВТО удалось отстоять ключевые позиции по стратегическим и социально-значимым для страны секторам услуг.

Ключевые слова: право ВТО; Генеральное соглашение по торговле услугами; международная торговля услугами; общие и специфические обязательства по услугам.

Регулирование мировой торговли услугами в рамках Всемирной торговой организации (далее — ВТО) осуществляется на основе Генерального соглашения по торговле услугами (далее — ГАТС), заключенного по итогам Уругвайского раунда многосторонних торговых переговоров. В ГАТС сформулированы основные подходы к правовому регулированию глобального рынка услуг, среди которых следует выделить режим наибольшего благоприятствования, принцип транспарентности, внутреннее регулирование.

При характеристике ГАТС исследователями подчеркивается рамочный характер этого соглашения. Конкретным содержанием данное соглашение наполняется при принятии страной, вступающей в ВТО, специфических (конкретных) обязательств, которые фиксируются в Перечне специфических обязательств по доступу на рынок услуг. Специфические обязательства — это те обязательства по доступу на рынок услуг и предоставлению национально-го режима, которые принимает на себя страна, вступающая в ВТО. Они носят секторальный характер, т. е. принимаются в отношении каждого сектора услуг. Именно Перечень специфических обязательств демонстрирует степень либерализации рынка услуг в той или иной стране — участнице ВТО.

Как справедливо указывается в юридической литературе, «сектор услуг в значительно меньшей степени поддается общему и недифференцированному режиму, чем торговля товарами» [3: с. 276]. В связи с этим для отдельных секторов услуг предусмотрен специальный правовой режим, который закреплен в приложениях к ГАТС, таких как Приложение по услугам воздушного транспорта; Приложение по финансовым услугам; Приложение по переговорам по услугам морского транспорта; Приложение по телекоммуникациям; Приложение по переговорам в сфере базовых телекоммуникаций.

Основная сложность в разработке универсального правового регулирования сферы услуг заключается в выработке единого определения услуги, которое охватывало бы все многообразие услуг.

Так, в Договоре об учреждении Европейского сообщества (Римский договор 1957 г.) к услугам отнесены «те услуги, которые обычно предоставляются за вознаграждение, они не регулируются положениями, относящимися к свободному движению товаров, капиталов и лиц» (ст. 50). При этом под услугами подразумевалась следующая деятельность: а) деятельность промышленного характера; б) деятельность торгового характера; в) деятельность ремесленников; г) деятельность лиц свободных профессий. Такой подход справедливо раскритикован Д. Карро и П. Жюйаром: «...составители Договора отнесли услуги в остаточную категорию, объединив под услугами все, что не попадало под действие других основных свобод в сферах, которые, что очевидно, намного легче идентифицируются. Складывается впечатление, что ставилась задача «сгрести в кучу все оставшееся» путем занесения в круг услуг все остатки во всем их разнообразии» [3: с. 268–269].

Широкое распространение в сфере международной торговли получило определение услуги, сформулированное в справочнике «Либерализация международных операций с услугами», разработанном ЮНКТАД и Всемирным банком: «Услуги — это изменение в положении институциональной единицы, которое произошло в результате действий и на основе взаимного соглашения с другой институциональной единицей» [6: с. 36]. Данное определение базируется на понятии услуги, сформулированном Т. Хилл, которое было поддержано большинством ученых-экономистов. По его мнению, услуги — это «изменение состояния человека или предмета, принадлежащего любому участнику экономических отношений, с их предварительного согласия» [7: с. 318]. При этом он указывает, что изменение является результатом деятельности другого участника экономических отношений. Следует особо отметить, что Т. Хилл, в отличие от других экономистов, сделала попытку указать на характер деятельности, составляющей экономическую суть услуги.

Данный подход возобладал в СНС-2008 (Система национальных счетов). В п. 6.17. СНС-2008 указывается, что «Услуги являются результатом производственной деятельности, которая меняет состояние потребляющих единиц или содействует обмену продуктами или финансовыми активами» [5: с. 107]. Это определение услуги используется и в Руководстве по статистике международной торговли услугами (РСМТУ) 2010 г.

Несмотря на широкое использование дефиниции услуги в документах, посвященных международной торговле услугами, ГАТС не пошло по пути закрепления единого понятия услуги. В ст. I п. 3b ГАТС указывается лишь на то, что ««услуги» включают любую услугу в любом секторе, за исключением услуг, поставляемых при осуществлении функций правительственной власти». Предмет регулирования ГАТС уточняется посредством Перечня классифицированных услуг по секторам

(GNS/W/120), который был составлен секретариатом ГАТС на основе консультаций со странами-членами ВТО в 1991 г. Данный перечень содержит 12 секторов: деловые услуги; услуги связи; строительные и связанные с ними инженерные услуги; услуги по распространению; услуги в области образования; услуги в области окружающей среды; финансовые услуги; услуги в области здравоохранения и социального обеспечения; услуги в области туризма и путешествий; услуги в сфере отдыха, культуры и спорта; транспортные услуги; прочие услуги, не отнесенные к другим категориям. В рамках секторов выделены подсектора, которых насчитывается в общей сложности 155.

Очевидно, что Перечень классифицированных услуг по секторам не является исчерпывающим. Услуги обладают таким свойством как эмергентность (от англ. *emergent* — неожиданно появляющийся), что обуславливает появление на рынке все новых и новых видов услуг. Однако этот факт не оказывает влияния на данный перечень, так как он используется лишь для целей ведения переговоров по принятию странами — членами ВТО специфических обязательств. Поэтому участники ВТО стремятся избегать внесения в Перечень каких-либо существенных изменений, чтобы обеспечить стабильность и сопоставимость принятых специфических обязательств.

Более широкий круг услуг фиксируется в международных статистических классификаторах, таких как СРС (Central Product Classification), РКУПБ (Расширенная классификация услуг, отражаемых в платежном балансе) и др. На их основе можно составить общее представление о том, какие виды экономической деятельности относятся к услугам и используются в международной торговле услугами.

При этом следует учитывать, что из сферы регулирования ГАТС исключены «услуги, поставляемые при осуществлении функций правительственной власти». К ним может быть отнесена «любая услуга, которая поставляется на некоммерческой основе и не на условиях конкуренции с одним или несколькими поставщиками услуг» (ст. I пп. 3b, 3c ГАТС).

Особенности услуги как экономического блага, проявляющиеся в неосяземости услуг, непостоянстве их качества, несохраняемости, неразрывности производства услуг и их потребления, обусловили невозможность распространения на торговлю услугами правил, выработанных для торговли товарами. Поэтому составители ГАТС выработали особый подход к понятию торговли услугами. Под торговлей услугами в ГАТС понимается поставка услугами, осуществляемая четырьмя способами (ст. I):

1) с территории одного члена на территорию любого другого члена — так называемая трансграничная поставка. Посредством трансграничной поставки возможна поставка таких видов услуг, как услуги связи (почтовые услуги и др.), банковские услуги (международные расчеты, перевод денежных средств и др.), услуги в области образования (дистанционное обучение) и т. д. Особенностью трансграничной поставки является нахождение поставщика

услуги на территории одной страны — члена ВТО, а потребителя услуг — на территории другой;

2) на территории одного члена ВТО потребителю услуг любого другого члена — так называемое потребление за рубежом. В этих случаях потребитель услуги из одной страны — члена ВТО выезжает в другую страну — участницу ВТО в целях получения услуги. В качестве примеров можно привести туристические услуги (отдых за рубежом), медицинские услуги (лечение в другой стране), образовательные услуги (обучение в другой стране) и др.;

3) путем коммерческого присутствия поставщика услуг одного члена ВТО на территории любого другого члена — так называемое коммерческое присутствие. Коммерческое присутствие имеет место в тех случаях, когда поставщик услуг из одной страны — члена ВТО осуществляет поставку услуг на территории другой страны — члена ВТО. Согласно ст. XXVIII ГАТС «коммерческое присутствие» означает любую форму делового или профессионального учреждения: учреждение, приобретение или сохранение юридического лица, либо создание или использование филиала или представительства. В частности, юридическое лицо признается принадлежащим лицам страны — члена ВТО, если они реально владеют более 50 % его долей. Данный способ поставки является одним из наиболее распространенных, так как практически любая услуга может поставляться таким образом.

4) путем присутствия физических лиц одного члена — поставщика услуг на территории любого другого члена — так называемое перемещение физических лиц. Данный способ поставки услуг подразумевает личное перемещение поставщика услуги — физического лица, являющегося гражданином одной страны — члена ВТО, на территорию другой страны — члена ВТО в целях оказания услуг. Чаще всего речь идет о квалифицированных кадрах в сфере науки, медицины, образования и др.

Следует также отметить, что термином «поставка услуги» охватывается весь цикл оказания услуги, т. е. производство, распределение, маркетинг, продажа и доставка услуги (ст. XXVIII ГАТС).

При вступлении в ВТО страны-участники принимают на себя в сфере торговли услугами общие и специфические обязательства. Общие обязательства распространяются на все сектора услуг. К ним относятся обязательства по предоставлению режима наибольшего благоприятствования (РНБ) и обеспечению транспарентности.

В соответствии со статьей II ГАТС предоставление РНБ при торговле услугами означает общую обязанность члена ВТО предоставлять для услуг и поставщиков услуг любого другого члена ВТО не менее благоприятный режим, чем для тех же услуг и поставщиков услуг любой другой страны. Тем самым обеспечивается равный доступ стран — членов ВТО на национальный рынок услуг одного из участников ВТО. Следует особо отметить, что данный режим распространяется не только на услуги, но и на поставщиков услуг.

Положение о предоставлении режима наибольшего благоприятствования носит безусловный характер, т. е. не может обуславливаться требованием о встречном предоставлении аналогичного режима.

Тем не менее в ГАТС предусмотрена и возможность изъятий из режима наибольшего благоприятствования в соответствии с Приложением по изъятиям из обязательств по ст. II. Учитывая, что не все страны, вступая в ВТО, в равной степени готовы предоставить поставщикам услуг режим наибольшего благоприятствования в тех или иных секторах услуг, допускается установление изъятий, которые фиксируются в Перечне специфических обязательств. При этом неизбежно возникает эффект «бесплатной езды», который заключается в том, что страна, вступившая в ВТО, может пользоваться всеми преимуществами при экспорте своих услуг в другую страну ВТО, сохраняя на своем рынке ограничения, закрепленные в Перечне специфических обязательств.

Страны — члены ВТО принимают на себя также обязательства по обеспечению транспарентности внутренних нормативных актов (ст. III ГАТС). Необходимость обеспечения транспарентности обусловлена доминированием внутренних нормативных актов в правовом регулировании торговли услугами на территориях стран — членов ВТО. Для экспорта услуг поставщику услуг важно знать особенности внутреннего правового регулирования соответствующего сектора услуг на территории страны — члена ВТО, которые он может узнать только из открытых источников. В связи с этим на участников ВТО возлагается обязанность публиковать или иными способами доводить до общего сведения информацию о принятии новых законов или каких-либо изменениях в существующих законах, нормативных актах или административных распоряжениях, которые существенно затрагивают торговлю услугами. Это относится и к международным соглашениям в сфере торговли услугами. Кроме того, данная информация должна доводиться и до сведения Совета по торговле услугами страной — участником ВТО, которая вносит изменения в свои внутренние правовые акты, либо любой другой страной — участником ВТО.

К специфическим обязательствам относятся обязательства по доступу членов ВТО на рынок поставщиков услуг и предоставлению им национального режима. Данные обязательства принимаются применительно к каждому сектору (подсектору) услуг. Особенность ГАТС заключается в том, что член ВТО по своему усмотрению определяет степень либерализации рынка услуг, устанавливая ограничения и условия по доступу на рынок услуг, фиксируемые в Перечне специфических обязательств. Следует подчеркнуть, что данные условия и ограничения не могут носить дискриминационный характер для каких-либо конкретных стран — членов ВТО, так как согласно ст. XVI ГАТС «каждый член предоставляет услугам и поставщикам услуг любого другого члена режим, не менее благоприятный, чем тот, который предоставляется в соответствии с пределами, ограничениями и условиями, согласованными и указанными в его Перечне». В п. 2 данной статьи перечислены меры,

ограничивающие свободный доступ на рынок услуг. Соответственно в тех секторах, в которых страна — член ВТО взяла на себя обязательства о доступе на рынок, данные меры не сохраняются или не устанавливаются, если иное не оговорено в Перечне. Закрепляемые в Перечне ограничения по доступу на рынок услуг должны быть разбиты по четырем способам поставки товара.

Обязательство по предоставлению национального режима означает распространение на поставщиков услуг — стран — членов ВТО того же режима, что и на национальных поставщиков услуг. При этом правило о национальном режиме сформулировано в ст. XVII ГАТС таким образом, что легализует неравенство режима для поставщиков услуг — стран — членов ВТО и национальных поставщиков. Национальный режим действует скорее как исключение: только в тех секторах, которые содержатся в Перечне специфических обязательств, и на условиях и требованиях, оговоренных в нем. Поэтому все ограничения национального режима для всех четырех способов поставок должны быть четко закреплены в Перечне специфических обязательств каждого члена ВТО. В отличие от ст. XVI в ст. XVII ГАТС отсутствует исчерпывающий перечень ограничительных мер, поэтому любые меры внутреннего регулирования, направленные на дискриминацию поставщика услуг — страну — члена ВТО, не предусмотренные в Перечне специфических обязательств, будут рассматриваться как нарушение принятого национального режима.

Вместе с тем в литературе указывается, «что некоторые национальные законы и постановления (например, законы о регулировании конкуренции) не охватываются ни одним из положений ГАТС... Иными словами, у любой страны сохраняется возможность использования дополнительных ограничений иностранного присутствия на внутреннем рынке услуг без нарушения ее обязательств в рамках ГАТС» [1: с. 13]. Наличие такой возможности продекларировано и в преамбуле ГАТС, путем признания за членами ВТО права «регулировать поставки услуг на своих территориях и вводить новое регулирование для достижения целей национальной политики и, учитывая асимметрию, существующую в отношении степени развития регулирования услуг в различных странах, особую потребность развивающихся стран в реализации этого права».

Специфические обязательства по услугам, которые приняла Россия при вступлении в ВТО, зафиксированы в Перечне специфических обязательств. В нем перечислены как горизонтальные обязательства России, которые распространяются на все сектора услуг, так и секторальные. В отношении данных обязательств могут быть установлены ограничения как по доступу на рынок, так и по предоставлению национального режима, с разбивкой в каждом случае на способы поставки.

Среди горизонтальных обязательств, принятых на себя Россией, особого внимания заслуживают обязательства по предоставлению субсидий и иных форм государственной поддержки. Здесь ограничения национального режима

при поставке услуг способом «коммерческого присутствия» заключаются в том, что на получение субсидий могут претендовать только юридические лица РФ, учрежденные на ее территории. В качестве критериев доступа указана, в частности, принадлежность к предприятиям малого бизнеса, предприятиям, обеспечивающим занятость таких категорий лиц, которые находятся в невыгодном социальном и экономическом положении и др. В отношении поставки услуг путем «присутствия физических лиц» указывается на то, что доступ к субсидиям предоставляется только гражданам РФ.

В разделе горизонтальных услуг оговаривается и возможность установления ограничений для участия в приватизации и в компаниях, подлежащих приватизации: «Коммерческое присутствие, реализуемое через участие в приватизации и/или через участие в юридических лицах Российской Федерации, подлежащих приватизации, может быть ограничено».

Заслуживают внимания также обязательства, касающиеся видов коммерческого присутствия. В качестве ограничения доступа на рынок предусмотрен запрет представителям поставщиков услуг осуществлять любую деятельность, включая поставку услуг. Данный запрет вытекает из определения представительства, содержащегося в ст. 55 Гражданского кодекса РФ, согласно которому представительство представляет интересы юридического лица и осуществляет их защиту. При этом обязательства по доступу на рынок и национальному режиму не принимаются в отношении коммерческого присутствия, реализуемого путем создания, приобретения или поддержания некоммерческих организаций, если иное не указано в секторальных обязательствах.

Кроме того, горизонтальные обязательства с определенными ограничениями приняты в отношении операций с землей; услуг общего пользования; коренных малочисленных народов и малых этнических групп; соглашений о разделе продукции в отношении разведки, разработки и добычи минеральных ресурсов; присутствия физических лиц.

Секторальные обязательства России более многочисленны и разнообразны. По официальным данным, Россия приняла на себя обязательства по 116 секторам (подсекторам) услуг из 155 по Классификатору услуг ГАТС. Из них только по 30 секторам (подсекторам) обязательства принимаются без ограничений, что означает невозможность в дальнейшем принятия мер дискриминационного характера в отношении поставщиков услуг — членов ВТО. К таким секторам (подсекторам) относятся, в частности, услуги по исследованию рынка (СРС 86401); консультационные услуги в сфере управления (СРС 865); услуги по ремонту и обслуживанию оборудования (СРС 633); услуги по уборке помещений (СРС 874); услуги телексной связи (часть СРС 7523**); телеграфные услуги (часть СРС 7522*); услуги факсимильной связи (часть СРС 7521**, 7529**) и др.

В остальных 86 секторах (подсекторах) обязательства приняты с ограничениями по доступу на рынок и(или) национальному режиму. Наиболее часто повторяющимся ограничением по доступу на рынок является допущение

коммерческого присутствия поставщика услуг только в форме юридического лица РФ. В отношении некоторых ограничений установлены конкретные сроки их действия. Так, в секторах (подсекторах) «Услуги по страхованию жизни» и «Услуги по страхованию иные, чем страхование жизни» в обязательствах по доступу на рынок предусматривается, что через 9 лет после даты присоединения России к ВТО будет разрешено коммерческое присутствие в форме филиала иностранного страховщика при условии выполнения им требований по лицензированию, обеспечению финансовой устойчивости и требований по гарантийному депозиту.

Еще в 44 секторах (подсекторах) охват обязательств более узкий, чем предусмотрено Классификатором услуг ГАТС. Так, в обязательства в секторе «Услуги в области образования» приняты только в отношении образовательных учреждений/услуг, финансируемых из частных источников. Обязательства в подсекторе «Услуги больниц (СРС 9311*)» также принимаются только в отношении организаций/услуг здравоохранения, финансируемых из частных источников. Обязательства в подсекторе «Услуги, связанные с распределением энергии (СРС 887*)» принимаются только в отношении консультационных услуг.

В 39 секторах (подсекторах) услуг Россия не приняла на себя обязательства, что допускает возможность установления в дальнейшем любых ограничений для иностранных поставщиков услуг с учетом действия режима наибольшего благоприятствования в отношении стран — членов ВТО. К таким секторам (подсекторам) относятся услуги, имеющие стратегическое для экономики страны значение: «Проведение НИР и создание опытных разработок в области естественных наук СРС 851», «Проведение НИР и создание опытных разработок в междисциплинарных областях СРС 853», «Транспортировка в космическом пространстве СРС 733», «Трубопроводный транспорт» и др. Также не были приняты Россией обязательства и в отношении ряда социально значимых услуг: «Услуги по охране здоровья человека СРС 9319 (кроме СРС 93191)», «Услуги социальной помощи СРС 933», «Услуги библиотек, архивов, музеев и других культурно-просветительских учреждений СРС 963», «Услуги по организации спорта и других видов отдыха СРС 964» и др.

Следует подчеркнуть, что в отношении социально значимых услуг Россией обязательства либо не приняты, либо приняты с существенным ограничением соответствующих секторов (подсекторов). Показательно, что «практически все присоединившиеся (к ВТО — прим. авт.) страны (кроме Монголии и Китая) приняли на себя обязательства в таких секторах, как охрана здоровья и социальные услуги, в отношении которых практически все развитые страны сделали исключения» [1: с. 21]. В связи с этим трудно согласиться с безапелляционным утверждением А. Ждановской, что «вступление России в ВТО и ГАТС — обязательство приватизировать общественные блага» [2]. Анализ Перечня специфических обязательств Российской Федерации по услугам свидетельствует об обратном. При этом нельзя отрицать возможные риски в будущем, так как часть IV ГАТС посвящена мерам дальнейшей либерализации рынка услуг, но это уже будет зависеть от политики России по данному направлению.

Россия по ряду секторов (подсекторов) приняла в соответствии со ст. XVIII ГАТС дополнительные обязательства, которые также закреплены в Перечне специфических обязательств Российской Федерации по услугам. Дополнительные обязательства предусмотрены в следующих секторах (подсекторах): «Курьерские услуги», «Услуги в области электросвязи (телекоммуникаций)», «Банковские и другие финансовые услуги», «Услуги морского транспорта».

В Перечне специфических обязательств Российской Федерации по услугам содержится и «Список изъятий из статьи II (РНБ)». В списке указаны изъятия из режима наибольшего благоприятствования, относящиеся как ко всем секторам (подсекторам) услуг, так и к конкретным. Применительно ко всем секторам (подсекторам) услуг установлено изъятие, касающееся мер в отношении инвестиционной деятельности и имеющейся защиты инвестиций. Данное изъятие установлено в отношении любых соглашений как действующих, так и заключенных в будущем. Цель такого изъятия заключается в распространении на инвестиционные соглашения принципа взаимности, что позволяет создать правовые основы взаимной защиты и поощрения инвестиций. Другое изъятие, относящееся ко всем секторам (подсекторам) услуг, применяется только к вопросам присутствия физических лиц. Оно распространяется на участников Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Российской Федерацией и Европейскими сообществами и их странами-членами, подписанное 24 июня 1994, а также на государства — участников СНГ.

Секторальные изъятия установлены в отношении некоторых видов услуг связи, услуг в области образования и отдельных видов транспортных услуг. Они распространяются на различный круг стран в зависимости от оснований установления. В большинстве случаев в качестве оснований выступают соответствующие международные соглашения как заключенные, так и те, которые могут быть заключены в будущем.

Сравнивая обязательства России по количеству принятых секторов услуг с обязательствами других стран, следует отметить, что наша страна входит в число стран, принявших обязательства в отношении более чем 60 секторов. Данную группу стран составляют все развитые страны, страны Центральной и Восточной Европы (Венгрия, Словакия, Словения, Чешская Республика), а также Гонконг, Республика Корея, Таиланд, ЮАР.

При этом по количеству секторов услуг (116), по которым Россия приняла на себя обязательства, она обгоняет развитые страны: «США приняли на себя обязательства в 104 секторах, Япония в 101 секторе, ЕС в 100 секторах, Канада в 99 секторах» [1: с. 21]. Это в целом соответствует сложившейся тенденции, когда вновь вступающие в ВТО страны принимают на себя более высокий уровень обязательств. Причина такого положения вещей состоит в том, что заинтересованные члены ВТО выдвигают для вступающего свои условия в виде запретов и уступок, которые нельзя проигнорировать из-за наличия у членов ВТО права вето на вступление новых членов.

Представляется, что России при вступлении в ВТО удалось отстоять ключевые позиции по стратегическим для страны и социально значимым

секторам услуг. За прошедшие несколько лет со дня вступления России в ВТО кардинальных изменений в сфере торговли услугами не произошло. Доля Российской Федерации в мировой торговле услугами в 2014 г. составила 2,5 %¹. При этом экспорт услуг превышает импорт услуг, что свидетельствует о несбалансированности экспорта и импорта в сфере международной торговли услугами [4: с. 27]. Однако задача повышения экспорта услуг в ближайшее время вряд ли решаема как из-за внутреннего экономического кризиса, так и из-за режима экономических санкций, действующих в отношении России. Таким образом, вступление в ВТО и присоединение к ГАТС не принесло России каких-либо ощутимых экономических выгод, как, впрочем, и потерь.

Литература

1. Вопросы торговли услугами в переговорах о присоединении к ВТО: методическое пособие. Женева, ноябрь, 2001. 59 с. URL: <http://www.rospravo.ru/files/sites/ea7f6c5b093c2b2a1d85a18b5a989c82.pdf> (Issues of trade in services in the WTO accession negotiations: methodical aid. Geneva, November 2001. 59 p.)
2. *Ждановская А.* ГАТС ВТО — соглашение о приватизации общественных благ и разрушении модели социального государства. URL: <http://www.trinitas.ru/rus/doc/0001/005a/00011172.htm>
3. *Карро Д., Жюйар П.* Международное экономическое право: учебник / пер. с франц. В.П. Серебренникова, В.М. Шумилова. М.: Междунар. отношения, 2001. 608 с.
4. *Макаров А., Пахомов А.* Итоги мировой торговли товарами и услугами в 2013 г. // Экономическое развитие России. 2014. Т. 21. № 5. С. 22–29.
5. Система национальных счетов 2008. Нью-Йорк, 2012. 764 с. URL: <http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/docs/SNA2008Russian.pdf>
6. Liberalizing international transactions in services: a handbook / United Nations Conference on Trade and Development in association with the World Bank. New York: United Nations, 1994. 182 p.
7. *Xill T.* On goods & services // Rev. of in come & wealth. W., 1977. Ser. 23. № 4. P. 315–338.

Literatura

1. Voprosy' trgovli uslugami v peregovorax o prisoedinenii k VTO: metodicheskoe posobie. Zheneva, noyabr', 2001. 59 s. URL: <http://www.rospravo.ru/files/sites/ea7f6c5b093c2b2a1d85a18b5a989c82.pdf> (Issues of trade in services in the WTO accession negotiations: methodical aid. Geneva, November 2001. 59 p.)
2. *Zhdanovskaya A.* GATS VTO — soglashenie o privatizacii obshhestvenny'x blag i razrushenii modeli social'nogo gosudarstva. URL: <http://www.trinitas.ru/rus/doc/0001/005a/00011172.htm>
3. *Karro D., Zhyujar P.* Mezhdunarodnoe e'konomicheskoe pravo: uchebnik / per. s francz. V.P. Serebrennikova, V.M. Shumilova. M.: Mezhdunar. otnosheniya, 2001. 608 s.

¹ URL: https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2015_e/charts_e/chart09.pdf (дата обращения: 20.06.2016).

4. *Makarov A., Paxomov A.* Itogi mirovoj trgovli tovarami i uslugami v 2013 g. // *E'konomicheskoe razvitie Rossii.* 2014. T. 21. № 5. S. 22–29.

5. *Sistema nacional'ny'x schetov 2008.* N'yu-Jork, 2012. 764 c. URL: <http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/docs/SNA2008Russian.pdf>

L.V. Sannikova

International Trade in Services and Commitments of Russia as a WTO Member

The article deals with the basic provisions of the General Agreement on Trade in services. Particular attention is paid to the analysis of specific commitments on services of Russia as a WTO member. It is concluded that during the accession to the WTO Russia managed to defend the key positions in strategic and socially important for the country's services sector.

Keywords: WTO law; the General Agreement on Trade in Services (GATS); international trade of services; general and specific commitments on services.

Л.Б. Ситдикова

Личные неимущественные права автора: особенности их защиты

В статье проводится анализ проблемных вопросов защиты личных неимущественных прав авторов. Определены признаки, отличающие личные неимущественные права автора от иных личных неимущественных прав.

Ключевые слова: права авторов; право авторства; право автора на имя; защита личных неимущественных прав.

В статье 1255 ГК РФ [1] законодатель приводит перечень прав авторов, из которых можно выделить следующие личные неимущественные права: право авторства, право автора на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование.

Обращаясь к теории авторского права, хотелось бы отметить наличие нескольких подходов к самому пониманию права авторства и права автора на имя. В современном законодательстве эти два права рассматриваются как самостоятельные, и ГК РФ приводит следующие определения: «Право авторства — право признаваться автором произведения и право автора на имя — право использовать или разрешать использование произведения под своим именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени, то есть анонимно». Законодатель отмечает, что указанные права являются неотчуждаемыми и не могут быть переданы никаким способом, в том числе при переходе исключительного права на произведение. Отказ от этих прав ничтожен.

Однако некоторые ученые высказывали свое видение данного вопроса, например, Б.С. Антимонов и Е.А. Флейшиц предлагали рассматривать право авторства и право на имя как самостоятельные правомочия в рамках права на имя [4: с. 46], мотивируя это тем, что два эти права взаимосвязаны между собой и, как правило, нарушение одного сопряжено с нарушением второго. Так, например, если произведение публиковалось лицом, не являющимся автором, под своим именем или под именем третьего лица, то автор, защищая свое право на имя, также защищает и свое право признаваться автором. Безусловно, мнение интересное и заслуживает уважения, но согласиться с ним сложно, поскольку известны случаи, когда при соблюдении права авторства нарушалось право автора на имя. Так, например, издательство, печатая произведение, указывает настоящие имя и фамилию автора, несмотря на то, что была изъявлена воля автора издавать произведение под псевдонимом. Здесь издательство не нарушает право автора признаваться автором, но напрямую нарушает право автора на имя.

Еще один интересный взгляд на рассматриваемую проблему был высказан Э.В. Ромовской. Она предлагала рассматривать право авторства в расширенном смысле, включающем в себя все правомочия автора на произведение. В своей работе она писала, что «...лицо, создавшее произведение, вправе считаться автором произведения не потому, что наделено правом авторства, а именно потому, что оно является его создателем... в случае присвоения третьим лицом произведения другого, последний вправе требовать защиты своих интересов не потому, что в его обладании находится право авторства, а только лишь потому, что это третье лицо участия в создании произведения не принимало» [13: с. 122].

Интересно мнение Э.В. Ромовской еще и тем, что она проводит аналогию авторского права с правом собственности, на основании чего делает вполне обоснованный вывод: «...приспособив, конечно с существенными коррективами, идею о праве авторства к правам собственника, можно было бы сказать, что собственнику, помимо триады прав, принадлежит право считаться, что именно он собственник этой вещи, и требовать, чтобы никто другой себе этого права не присваивал» [13: с. 125].

Что касается права автора на имя, то действующее законодательство, как уже отмечалось выше, предоставляет автору право выступать под собственным именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени (анонимно). Однако И.В. Савельева, например, высказывает мнение, что «в состав права на имя входит не только возможность автора избирать способ обозначения его имени при опубликовании произведения, но и право требовать от третьих лиц указания избранного им имени при любом использовании произведения» [14: с. 75]. Однако вопрос о том, стоит ли выделять данное правомочие отдельно, является спорным в силу очевидности утверждения, так как любой правообладатель обладает правом требовать от третьих лиц соблюдения его прав.

Право на неприкосновенность произведения, содержание которого раскрывает ст. 1266 ГК РФ, является эволюцией статьи 15 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», которая дает автору «право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству автора (право на защиту репутации автора)». Одновременно данная статья является своеобразным возвратом, но уже на новом, более высоком уровне, к статье 479 ГК РСФСР 1964 года, где среди прочих прав автор наделялся именно правом на неприкосновенность произведения. Данная эволюция, по мнению В.В. Дорошкова, представляется вполне уместной, поскольку право на неприкосновенность произведения является более надежной и более эффективной защитой, чем только право на защиту репутации [7: с. 42]. Так, например, Закон об авторском праве в ст. 15 устанавливал необходимость автора доказывать искажение произведения, как и иного другого посягательства на его произведения, если такое искажение наносит или способно нанести ущерб чести и достоинству

автора. Однако часть четвертая ГК РФ, принятая позже, устанавливает лишь достаточные требования внесения изменений, или сокращений, или дополнений в произведение [10: с. 239].

Таким образом, провозглашая право на неприкосновенность произведения, современное законодательство вобрало в себя опыт двух ранее действующих нормативных актов, регулирующих данные правоотношения. С одной стороны, п. 1 статьи 1266 ГК РФ не допускает без согласия автора внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями. С другой стороны, п. 2 статьи 1266 ГК РФ дает автору право требовать защиты его чести, достоинства или деловой репутации, если они были опорочены (или имело место посягательство) извращением, искажением или иным изменением произведения.

В.В. Дорошков делает вывод, что закон обеспечивает автора правом на защиту произведения от любого изменения, независимо от того, причинило ли это изменение ущерб его чести, достоинству или деловой репутации, а также от порочения чести, достоинства или деловой репутации автора, вне зависимости от формы изменения произведения [6: с. 33]. Более того, некоторые ученые считают, что в последнем случае нужно говорить «не о нарушении права на неприкосновенность произведения, а об одном из способов посягательства на достоинство автора посредством посягательства на произведение» [6: с. 32].

Однако здесь трудно не согласиться с учеными, которые считают, что формулировка статьи 1266 ГК РФ представляется достаточно спорной, если толковать ее с учетом положений ст. 44 Конституции РФ, в которой закрепляется принцип свободы творчества. Если рассматривать произведение, как результат свободы творчества и выражение внутреннего мира автора, то посягательства на произведения могут считаться посягательствами на внутренний мир автора, то есть на его достоинство. Если какое-либо посягательство на произведение меняет в худшую сторону отношение общества к автору или его произведению, то возможны два варианта: в первом случае, если автора не беспокоит такое изменение, то положения пункта 2 статьи 1266 ГК РФ не подлежат применению, во втором случае автор, если происходит нарушение его чести и деловой репутации в результате посягательства на произведение, попадает в зависимость от общественного мнения, что является нарушением конституционного принципа свободы творчества.

Таким образом, из систематического толкования следует, что в п. 2 ст. 1266 ГК РФ речь идет о посягательстве только на достоинство автора, а не на его честь и деловую репутацию [8: с. 54].

Как уже отмечалось выше, право требовать защиты чести, достоинства и деловой репутации закон предоставляет автору, если они были опорочены извращением, искажением или иным изменением произведения, либо если

было посягательство на такие действия. Законодатель подразумевает, что вред чести, достоинству и деловой репутации автора может быть нанесен различными формами изменения произведения. На практике же нередко случается, что использование произведения в первоизданном виде может скомпрометировать автора только в силу использования произведения в неподходящем месте или в связи с контекстом, в котором произведение исполняется или демонстрируется. Очень хорошо по этому поводу в своей книге написал В. Веинке: «Особый тип нарушения» заключается не в том, что произведение изменено, а в том, что неизменное произведение используется при таких обстоятельствах или демонстрируется в такой обстановке, которая компрометирует произведение» [5: с. 67]. Таким образом, говоря о защите чести и достоинства автора, представляется разумным говорить не только о посягательстве на содержание произведения в виде различных форм его изменений, но и о посягательстве на дух произведения.

По нашему мнению, точка зрения В. Веинке заслуживает особого внимания, ведь как показали опросы музыкантов, проводимые в рамках нашей исследовательской деятельности, нередко случаи причинения вреда чести и деловой репутации авторов именно контекстом или обстоятельствами использования неизменного произведения.

Самым показательным примером, как отмечает К.М. Мешкова, явилось событие, произошедшее с произведением А. Павловой: написанная автором песня о войне под названием «Враг» была без уведомления и согласия автора исполнена на сборе националистической организации (исполнялась не автором), при этом была сделана видеозапись исполнения, которая распространилась по сети Интернет многотысячным тиражом [12: с. 33]. Ни текст, ни музыка песни изменены не были, однако, ввиду обстоятельств исполнения, текст: «Враг навсегда остается врагом» обрел новое смысловое содержание, не заложенное автором при создании произведения. Это привело к повышенному нежелательному интересу к творчеству автора со стороны некоторых групп граждан, а также формированию на определенном уровне мнения о его творчестве, что несомненно можно рассматривать как нанесение вреда чести и деловой репутации автора. Данный пример еще показателен и тем, что видео распространялось без указания авторства, что привело к нарушению личного неимущественного права авторства (ст. 1265 ГК РФ), не говоря уже о том, что были нарушены и исключительные права (воспроизведение, распространение, публичное исполнение — ст. 1270 ГК РФ). В настоящее время проводятся работы по удалению контрафактного видео со всех доступных серверов.

Возвращаясь к тезису о том, что произведение есть отражение внутреннего мира автора, следует отметить, что правовые вопросы, связанные с искажениями авторского мировоззрения, являются очень сложными и неоднозначными, так как честь и достоинство — категории морально-нравственные и пределы нанесения им ущерба у всех людей разные. Рассматривая дела

о посягательстве на честь и достоинство автора, судьи должны стараться максимально понять личность и внутренний мир автора, а не исходить из мира усредненного человека.

Очень интересное положение среди личных неимущественных прав автора занимает право на обнародование произведения. По действующему законодательству (ст. 1268 ГК РФ) это право означает осуществление действия или согласие на осуществление действия, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения. В этой же статье законодатель разъясняет, совершение каких действий может повлечь за собой опубликование произведения, перечисляя среди них опубликование, публичный показ, публичное исполнение, сообщение, переданное в эфир или по кабельным сетям. Список не является исчерпывающим и остается открытым. Право на обнародование, считаясь личным неимущественным правом, вместе с тем очень тесно связано с имущественными правами, по сути своей, является переходным звеном, поскольку осуществление обнародования есть то условие, без которого использование произведения становится невозможным. Произведение должно быть обнародовано полностью. Не будет считаться обнародованием, например, публичное исполнение части произведения или сообщение о произведении.

Следует отметить, что обнародование произведения является юридическим фактом, чем меняет правовой статус автора, снижает степень его господства над произведением и в некоторых случаях является отправной точкой исчисления срока действия исключительного права на произведение. Например, произведение, обнародованное анонимно или под псевдонимом, имеет срок действия исключительного права, ограниченный 70 годами, начиная с 1 января года, следующего за годом его правомерного обнародования. Данное правило имеет исключение, которое определяет, что если автор обнародованного анонимно или под псевдонимом произведения в течение указанного срока раскроет свою личность или его личность не будет далее оставлять сомнений, то исключительное право автора будет действовать по общему правилу, т. е. в течение 70 лет, считая с 1 января года, следующего за смертью автора (п. 2 ст. 1281 ГК РФ). Обнародованное после смерти автора произведение обладает исключительным правом, которое действует в течение 70 лет после его обнародования, считая с 1 января года, следующего за годом его обнародования, при условии, что произведение было обнародовано в течение 70 лет после смерти автора (п. 3 ст. 1281 ГК РФ).

ГК РФ дополняет право на обнародование произведения двумя важными аспектами. Первый аспект относится к передаче права на использование произведения. В соответствии со статьей 1268 ГК РФ автор, передавая другому лицу произведение для использования, считается согласившимся на обнародование произведения, то есть сам факт заключения автором договора, в котором предусмотрено использование произведения, может рассматриваться как согласие автора на обнародование произведения. Второй аспект

касается произведений, не обнародованных при жизни автора. Для таких произведений предусмотрена возможность их обнародования лицом, обладающим исключительным правом на произведение, если такое обнародование не противоречит воле автора, изъявленной в дневнике, завещании и т. д. Очень тесно с правом на обнародование связано право на отзыв произведения. Право на отзыв регламентировано статьей 1269 ГК РФ, что придает ему самостоятельный характер.

Ранее в Законе об авторском праве право на отзыв рассматривалось как часть права на обнародование. Данный подход представляется более точным, так как право на отзыв является правом, которое выступает в более узкой форме, чем право на обнародование. Данное право применимо только к программам ЭВМ, а также к служебным произведениям и к произведениям, которые входят в состав сложного объекта. Автору предоставляется возможность отказать от ранее принятого решения об обнародовании произведения через механизм права на отзыв при условии возмещения им убытков, которые этим деянием могут быть причинены лицу, имеющему отчужденное исключительное право на использование произведения [11: с. 8].

В случае же, если автор использует свое право на отзыв после обнародования произведения, то на автора возлагается обязанность публично оповещения о своем решении. В последнем случае у автора возникает право изъять выпущенные в обращение экземпляры произведения, возместив причиненные убытки. Однако право изымать выпущенные в оборот экземпляры представляется скорее декларативным, поскольку на практике осуществление такого изъятия может столкнуться с рядом непреодолимых трудностей. Так, например, невозможно отследить перемещение и изъять многотысячный тираж компакт-дисков, разошедшийся по сотням торговых точек и уже раскупленный поклонниками автора [9: с. 65].

Способы защиты личных неимущественных прав автора получили юридическое закрепление в статье 1251 ГК РФ, в п.1 которой эти способы перечисляются. Среди них называются следующие: признание права; восстановление положения, существовавшего до нарушения права; пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; компенсация морального вреда; публикация решения суда о допущенном нарушении. Но если первые четыре способа являются общими для всех гражданских прав, и их содержание уже раскрывалось в рамках нашей работы, то о последнем следует сказать следующее: такой способ провозглашается, как уже было сказано, ст. 1252 ГК РФ, а вот реализация его возможна благодаря Закону «О средствах массовой информации», ст. 35 которого обязывает редакции публиковать вступившее в законную силу решение суда, содержащее требование об опубликовании такого решения через данное средство массовой информации [2].

Таким образом, изучение и анализ литературы и положений законодательства о защите личных неимущественных прав автора позволили сделать

вывод, что эти права обладают некоторыми уникальными признаками. Личные неимущественные права автора так же как и другие личные неимущественные права, характеризуются отсутствием материального содержания и неразрывной связью с личностью носителя права, они не отчуждаемы, любые договоры и соглашения о передаче таких прав, равно как и отказ от них, считаются ничтожными. Однако законом предусмотрено сохранение после смерти автора за обладателем исключительных прав на произведение права на неприкосновенность и права на обнародование. Иначе говоря, у обладателя исключительного права на произведение эти права возникают не в силу правопреемства, а в силу юридического состава права, включающего в себя, во-первых, факт смерти автора и, во-вторых, принадлежность ему исключительного права на произведение.

Литература

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 28.11.2015) // Собрание законодательства РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496.
2. Закон РФ «О средствах массовой информации» № 2124-1 от 27.12.1991 // СПС «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1511/
3. Авторское право: учеб. пособие / Е.А. Моргунова; отв. ред. В.П. Мозолин. М.: Норма 2008. 287 с.
4. Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. М.: Госюриздат, 1957. 278 с.
5. Веинке В. Авторское право. Регламентация, основы, будущее / под ред. Б.Д. Панкина. М.: Юрид. лит., 1979. 232 с.
6. Дорошков В.В. Проблемы защиты интеллектуальной собственности и условия обеспечения ее эффективности // Право интеллектуальной собственности. 2014. № 2. С. 30–36.
7. Дорошков В.В. О состоянии правовой защиты интеллектуальной собственности в России в 2014 году // Право интеллектуальной собственности. 2015. № 2. С. 40–47.
8. Илларионов В.С. Организации по управлению правами на коллективной основе как субъекты защиты авторских и смежных прав // Ученые записки РГСУ. М., 2012. № 6 (106). С. 54–57.
9. Илларионов В.С. Проблемы правового регулирования личных неимущественных прав автора // Актуальные проблемы российского законодательства: сб. статей. Вып. 3 (7). Научное издание / ред. коллегия: Л.Б. Ситдикова, М.А. Волкова. М.: РУДН, 2011. С. 65–72.
10. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского; вступ. ст. В.Ф. Яковлева. М.: Статут, 2008. 715 с.
11. Матвеев А.Г. Структура исключительного права как субъективного права автора // Право интеллектуальной собственности. 2015. № 3. С. 7–12.
12. Мешкова К.М. Распоряжение исключительными интеллектуальными правами в сети Интернет // Право интеллектуальной собственности. 2014. № 3. С. 29–34.
13. Ромовская Э.В. Право авторства // Проблемы советского авторского права. М.: ВААП, 1979. С. 122–127.
14. Савельева И.В. Правовое регулирование отношений в области художественного творчества. М.: Изд-во МГУ, 1986. 141 с.

Literatura

1. Grazhdanskiy kodeks Rossijskoj Federacii (chast' chetvertaya) ot 18.12.2006 № 230-FZ (red. ot 28.11.2015) // Sobranie zakonodatel'stva RF. 2006. № 52 (1 ch.). St. 5496.
2. Zakon RF «O sredstvax massovoj informacii» № 2124-1 ot 27.12.1991 // SPS «Konsul'tantPlyus». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1511/
3. Avtorskoe pravo: ucheb. posobie / E.A. Morgunova; otv. red. V.P. Mozolin. M.: Norma 2008. 287 s.
4. *Antimonov B.S., Flejshicz E.A.* Avtorskoe pravo. M.: Gosyurizdat, 1957. 278 s.
5. *Veinke V.* Avtorskoe pravo. Reglamentaciya, osnovy', budushhee / pod red. B.D. Pankina. M.: Yurid. lit., 1979. 232 s.
6. *Doroshkov V.V.* Problemy' zashhity' intellektual'noj sobstvennosti i usloviya obezpecheniya ee e'fektivnosti // Pravo intellektual'noj sobstvennosti. 2014. № 2. S. 30–36.
7. *Doroshkov V.V.* O sostoyanii pravovoj zashhity' intellektual'noj sobstvennosti v Rossii v 2014 godu // Pravo intellektual'noj sobstvennosti. 2015. № 2. S. 40–47.
8. *Illarionov V.S.* Organizacii po upravleniyu pravami na kollektivnoj osnove kak sub'ekty' zashhity' avtorskix i smezhny'x prav // Ucheny'e zapiski RGSU. M., 2012. № 6 (106). S. 54–57.
9. *Illarionov V.S.* Problemy' pravovogo regulirovaniya lichny'x neimushhestvenny'x prav avtora // Aktual'ny'e problemy' rossijskogo zakonodatel'stva: sb. statej. Vy'p. 3 (7). Nauchnoe izdanie / red. kollegiya: L.B. Sitdikova, M.A. Volkova. M.: RUDN, 2011. S. 65–72.
10. Kommentarij k chasti chetvertoj Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii / pod red. A.L. Makovskogo; vstup. st. V.F. Yakovleva. M.: Statut, 2008. 715 s.
11. *Matveev A.G.* Struktura isklyuchitel'nogo prava kak sub'ektivnogo prava avtora // Pravo intellektual'noj sobstvennosti. 2015. № 3. S. 7–12.
12. *Meshkova K.M.* Rasporyazhenie isklyuchitel'ny'mi intellektual'ny'mi pravami v seti Internet // Pravo intellektual'noj sobstvennosti. 2014. № 3. S. 29–34.
13. *Romovskaya E'.V.* Pravo avtorstva // Problemy' sovetskogo avtorskogo prava. M.: VAAP, 1979. S. 122–127.
14. *Savel'eva I.V.* Pravovoe regulirovanie otnoshenij v oblasti xudozhestvennogo tvorchestva. M.: Izd-vo MGU, 1986. 141 s.

L.B. Sitdikova

The Moral Rights of the Author: the Peculiarities of Their Protection

The article analyzes the problem issues of protection of moral rights of authors. The features which distinguish the moral rights of the author from other moral rights are defined.

Keywords: authors' rights; the right of authorship; the author's name; the protection of personal non-property rights.

Д.Н. Захаренков

Принципы дисциплинарного производства в отношении адвоката

В статье анализируются базовые начала — принципы — процесса рассмотрения органами адвокатского сообщества дел о привлечении адвоката к дисциплинарной ответственности. Отмечаются основные принципы дисциплинарного производства адвокатуры периода судебной реформы 1864 года, а также предлагается классификация принципов, основанная на системе дисциплинарных производств иных сходных по природе, институтов. Обосновывается необходимость модернизации перечня существующих принципов дисциплинарного процесса.

Ключевые слова: принципы; дисциплинарное производство; адвокатура; адвокат.

В круг деятельности адвокатуры входит не только оказание адвокатской квалифицированной юридической помощи физическим и юридическим лицам, но и деятельность корпоративных органов адвокатуры, в частности, особого внимания заслуживает дисциплинарное производство в отношении адвоката, т. е. процедура привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности и освобождения от нее специально уполномоченными на то органами профессионального сообщества [2: с. 53].

Дисциплинарное производство является юрисдикционной внесудебной деятельностью, урегулированной специальными нормами по рассмотрению дисциплинарных проступков и применению дисциплинарных взысканий. Вышеупомянутые особые нормы содержатся в Разделе II «Процедурные основы дисциплинарного производства» Кодекса профессиональной этики адвокатов, однако в нем не в полной мере прописаны принципы и основные начала дисциплинарного производства, определяющие его характер. Безусловно, органы адвокатского сообщества, осуществляющие рассмотрение дисциплинарного процесса, в своей деятельности руководствуются принципами адвокатуры, закрепленными в статье 3 ФЗ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», но даже без учета того, что, на наш взгляд, перечень, указанный в статье 3 Закона, подлежит расширению, принципы дисциплинарного производства нуждаются в более

детальном изучении, корректировке и последующей фиксации в Кодексе профессиональной этики адвоката.

Принципы дисциплинарного процесса присяжной адвокатуры были обозначены еще в дореволюционной России. Известный российский адвокат Р.Г. Мельниченко приводит следующее толкование принципов, закрепленных во втором томе «Истории русской адвокатуры» (издано в 1916 году под редакцией М.Н. Гернета) в главе «Дисциплинарное производство в советах присяжных поверенных»:

1) принцип тщательной регламентации дисциплинарного процесса — создание большого количества норм, регламентирующих привлечение адвоката к дисциплинарной ответственности;

2) презумпция невиновности присяжного поверенного — до решения совета адвокат считался невиновным;

3) публичность дисциплинарного процесса — производство могло быть публичным по ходатайству обвиняемого, однако под публичностью подразумевалось присутствие на заседании дисциплинарного суда только членов сословия;

4) небольшое количество видов сроков дисциплинарного процесса — отсутствовали, например, сроки давности привлечения адвокатов к ответственности;

5) приостановление дисциплинарного процесса — если деяние послужило поводом для уголовного дела, то дисциплинарное производство приостанавливалось до вынесения решения по уголовному делу [3: с. 168–170].

Перечислено немало необходимых пунктов, однако вышеуказанный перечень принципов дисциплинарного производства тем не менее недостаточно соответствует реалиям современного правового государства.

На данный момент в разделе II Кодекса профессиональной этики адвоката присутствует в статье 23 только единичное упоминание о принципах дисциплинарного процесса: разбирательство в квалификационной комиссии адвокатской палаты субъекта Российской Федерации осуществляется устно, на основе принципов состязательности и равенства участников дисциплинарного производства. Автор считает, что указанные принципы представляются необходимыми в работе не только на стадии рассмотрения в квалификационной комиссии, а должны быть обязательны для всего дисциплинарного производства. То же касается и иных предлагаемых принципов.

По своей природе дисциплинарное производство в отношении адвоката схоже с дисциплинарным производством в административном праве, где субъектами ответственности, как правило, являются государственные служащие. Дисциплинарные производства рассматриваются также в отношении судей и нотариусов. Отсюда следует, что концепция принципов, действующих в административном дисциплинарном производстве или иных дисциплинарных производствах, может использоваться и в дисциплинарном производстве в отношении адвокатов с учетом индивидуальных особенностей адвокатуры как независимого общественного института.

В науке высказываются различные подходы к классификации, но, анализируя системы дисциплинарных производств, можно разделить принципы, которыми они регламентируются на две группы: **общие принципы и специальные принципы**.

К категории **общих принципов** относятся: принцип законности, принцип объективной истины, принцип процессуального равенства, принцип состязательности, принцип оперативности и эффективности, принцип устности. Рассмотрим их подробнее.

В контексте дисциплинарного производства в отношении адвоката под законностью понимается обязанность органов адвокатского образования при рассмотрении дисциплинарных производств руководствоваться требованиями законодательных актов и иных нормативных предписаний. Также установлено, что лицо, участвующее в рассмотрении дела, в случае нарушения его прав и законных интересов вправе обжаловать решение в судебном порядке.

Принцип объективной истины означает всестороннее и объективное исследование всех обстоятельств нарушения дисциплины или совершения дисциплинарного проступка. Для установления истины важно не ограничиваться устными заявлениями участников, а требовать письменных объяснений, проверять документы, подтверждающие факты нарушения дисциплины или совершения дисциплинарного проступка [1: с. 287].

В соответствии с принципом процессуального равенства стороны дисциплинарного производства равны перед законом, обладают равными правами и несут равные обязанности.

Сущность принципа состязательности заключается в том, что стороны дисциплинарного производства отделены друг от друга и отделены от компетентного органа адвокатского сообщества. Каждый из них активно и на равных доказывает свои позиции и опровергают противоположную, а квалификационная комиссия и Совет адвокатской палаты независимо принимают соответственно заключение и решение.

Под принципом оперативности и эффективности понимается обеспечение такой организации дисциплинарного производства, которая не требует больших материальных затрат и вместе с тем обеспечивает быстроту разрешения дела.

Согласно принципу устности, участники дисциплинарного производства вправе высказываться в устной форме по существу дела.

К **специальным принципам** дисциплинарного производства в отношении адвоката относятся принцип дифференцированности и принцип коллегиальности дисциплинарного производства.

Принцип дифференцированности предполагает разграничение полномочий органов адвокатского сообщества на разных стадиях дисциплинарного производства.

В соответствии с принципом коллегиальности рассмотрение дисциплинарного производства, выработка заключений и принятие решений лежит

на коллегиальных (групповых) органах адвокатского сообщества — квалификационной комиссии и Совете.

Стоит также отдельно сказать о принципе гласности в дисциплинарном производстве, поскольку в Кодексе профессиональной этики адвоката, напротив, закреплены положения, согласно которым разбирательство дисциплинарного производства по общему правилу осуществляется в закрытом судебном заседании квалификационной комиссии (п. 10 ст. 23 Кодекса профессиональной этики адвоката), так же как и в Совете (п. 5 ст. 24 Кодекса профессиональной этики адвоката), за исключением случаев, предусмотренных п. 4 ст. 19 Кодекса. Данные нормы внесены из соображения сохранения адвокатской тайны, однако введение принципа гласности в дисциплинарный процесс не означает моментального раскрытия для общественности сведений, составляющих адвокатскую тайну.

Как показывает практика, зачастую квалификационная комиссия проверяет лишь формальность соблюдения требований законодательства, например, наличие соглашения об оказании юридической помощи, факт своевременного обжалования приговора и прочее [2: с 85].

На наш взгляд, закрепление принципа гласности дисциплинарного производства, в соответствии с которым разбирательство дисциплинарного производства станет открытым и доступным, будет способствовать росту авторитета адвокатуры и доверия к ней со стороны общества, которое выступает как один из подинститутов общественного контроля над адвокатурой. Естественно, это не умаляет важности защиты режима и соблюдения адвокатской тайны. Принцип гласности регламентирован в дисциплинарном производстве в отношении судей, также он является одним из основополагающих принципов административного процесса.

Обратим внимание на опыт и практику введения гласности в дисциплинарное производство в законодательстве об адвокатуре Украины: рассмотрение дела о дисциплинарной ответственности адвоката является открытым, кроме случаев, если открытое рассмотрение дела может привести к разглашению адвокатской тайны (п. 3 ст. 40 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»).

Без расширения и систематизации принципов дисциплинарного производства, как основополагающих начал демократического общества, невозможно справедливое и полное рассмотрение дела. Все принципы здесь неразрывно связаны между собой и образуют единый механизм, работа которого одинаково значима как для участников дисциплинарного производства, так и для самого дисциплинарного производства. Ведь именно они дают возможность разграничить дисциплинарную ответственность каждого субъекта в отношении целостной системы, не допуская развития самоуправства руководящих органов, а также злоупотребления правами со стороны участников.

В связи с этим полагаем, что основные принципы дисциплинарного производства следует четко регламентировать и выделить в отдельную статью 22.1

Кодекса профессиональной этики адвоката следующего содержания: «Дисциплинарное производство в отношении адвоката осуществляется во всех стадиях с соблюдением следующих принципов: законности, объективной истины, процессуального равенства, состязательности, оперативности и эффективности, устности, гласности, дифференцированности, коллегиальности».

Литература

1. Административная юрисдикция налоговых органов: учебник / Е.А. Алехин, Л.М. Ведерников, А.М. Воронов и др.; под ред. М.А. Лапиной. М.: ВГНА Минфина России, 2012. 346 с.
2. Бусурина Е.О. Дисциплинарная ответственность адвоката в правозащитной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук / Университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА). М., 2013. 220 с.
3. Мельниченко Р.Г. Дисциплинарная ответственность присяжной адвокатуры: монография. М.: Юрлитинформ, 2013. 232 с.
4. Проблемы административного и процессуального права: сборник научных трудов памяти Ю.М. Козлова. М.: МГЮА, 2005. 352 с.

Literatura

1. Administrativnaya yurisdikciya nalogovy'x organov: uchebnik / E.A. Alexin, L.M. Vedernikov, A.M. Voronov i dr.; pod red. M.A. Lapinoy. M.: VGNA Minfina Rossii, 2012. 346 s.
2. Busurina E.O. Disciplinarnaya otvetstvennost' advokata v pravozashhitnoj deyatel'nosti: dis. ... kand. jurid. nauk / Universitet im. O.E. Kutafina (MGYuA). M., 2013. 220 s.
3. Mel'nichenko R.G. Disciplinarnaya otvetstvennost' prisyazhnoj advokatury': monografiya. M.: Yurlitinform, 2013. 232 s.
4. Problemy' administrativnogo i processual'nogo prava: sbornik nauchny'x trudov pamyati Yu.M. Kozlova. M.: MGYuA, 2005. 352 s.

D.N. Zakharenkov

Principles of Disciplinary Proceedings Against a Lawyer

The article analyzes the basic principles of the process of considering cases about bringing a lawyer to disciplinary action by authorities of legal community. The basic principles of disciplinary proceedings of legal profession in the period of judicial reform in 1864 are described, as well as the classification of the principles based on a system of disciplinary proceedings of other similar institutions is proposed. The necessity of modernizing the list of existing principles of the disciplinary process is explained.

Keywords: principles; principles; disciplinary proceedings; legal profession; a lawyer.

И.Д. Назаров

Усмотрение суда: компромисс права и морали

В статье автор пытается исследовать природу судебного усмотрения, представление о нем в различные исторические эпохи развития общества, приводит сравнительный анализ подходов к судебному усмотрению с позиции семьи общего права и континентальной правовой семьи. Особое внимание в статье уделено рассмотрению факторов, оказывающих влияние на формирование судебного усмотрения. Основной идеей статьи является прояснение детерминирующих причин судебного усмотрения с целью установления возможного компромисса между правом и моралью правоприменителя.

Ключевые слова: судебное усмотрение; мышление правоприменителя; право справедливости; факторы судебного усмотрения.

На любом этапе развития общества изменяющиеся общественные отношения ставят перед законодательными и правоприменительными органами государственной власти многочисленные по количеству и фундаментальные по сути социальные проблемы. На сегодняшний день динамичность социально-политических и экономических процессов при недостаточной эффективности и системности правотворчества выдвигает на первый план проблему судебного усмотрения.

Начиная рассмотрение вопроса об особенностях судебного усмотрения, прежде всего необходимо уяснить значение понятия «усмотрение». В «Толковом словаре русского языка» С.И. Ожегова понятие «усмотрение» истолковывается как «решение, заключение, мнение. Представить что-н. на чье-н. у. Действовать по своему усмотрению. На ваше у. (как решите вы)» [11: с. 1254]. В некоторых случаях толкование данного понятия сводится к «установлению», «рассмотрению», «фиксации» в каком-либо деянии (действии или бездействии) смысла, не являющегося очевидным, а зачастую и скрытого.

Действующее процессуальное законодательство Российской Федерации хотя и содержит понятие «усмотрение», но не дает ему определения (ч. 6 ст. 115, ч. 1 ст. 191, ч. 2 ст. 256, ч. 1 ст. 280 Уголовно-процессуального кодекса РФ, ч. 3 ст. 125, ч. 1 ст. 179 Гражданского процессуального кодекса РФ и т. д.).

Определение понятию «рассмотрение» разработано исключительно в рамках юридической науки в отношении к правоприменительному и, в частности, судебному усмотрению. Так, П.И. Люблинский дает следующее определение понятию «усмотрение в государственно-правовом смысле»: «...право свободно-

целесообразной оценки в применении, по указанным в законе основаниям, предоставленных данному органу полномочий» [9: с. 3]. Как отмечает В.Г. Антропов, «правоприменительное усмотрение есть предоставленная правом властная интеллектуально-волевая деятельность правоприменителя по выбору субъективно-оптимального решения» [1: с. 62]. По мнению Ю.В. Грачевой, «судейское усмотрение — это осуществляемый в процессуальной форме специфический аспект правоприменительной деятельности, предполагающий предоставление судье в случаях, предусмотренных правовыми нормами, полномочий по выбору решения в пределах, установленных законом, в соответствии со своим правосознанием и волей законодателя, исходя из принципов права, конкретных обстоятельств дела, а также основ морали» [6: с. 7]. Таким образом, при анализе таких понятий, как «правоприменительное усмотрение» или «судебное усмотрение» необходимо учитывать, что в этом случае «усмотрение» имеет особый смысл и обладает своими специфическими признаками, которые не принимаются во внимание в смежных науках и не получают в них должного разъяснения. В связи с этим исследование понятий «правоприменительное усмотрение» или «судебное усмотрение» следует проводить преимущественно в правовой сфере, не пренебрегая при этом достижениями других наук.

Следует отметить, что вопрос о значении судебного усмотрения для целей правосудия рассматривался учеными с древних времен. Так, Аристотель, давая оценку деятельности эфоров (выборные администраторы, судьи по гражданским делам в древней Спарте и Афинах), пишет: «Сверх того, эфоры выносят решения по важнейшим судебным делам, между тем как сами они оказываются случайными людьми; поэтому было бы правильнее, если бы они выносили свои приговоры не по собственному усмотрению, но следуя букве закона» [2: с. 341–342]. Интересный с точки зрения прямого воздействия на усмотрение суда случай приводит Плутарх: «Манлий оказался под судом, но непреодолимым препятствием для обвинителей был вид на Капитолий, открывавшийся с форума, — вид того места, на котором Манлий бился с кельтами: он внушал чувство сострадания всем присутствующим, да и сам ответчик, простирая в ту сторону руки, со слезами напоминал о своей доблести в ночном бою, так что судьи были в затруднении и много раз откладывали дело, не желая оправдывать преступление, яснейшим образом доказанное, но не в силах применить закон, поскольку у всех перед глазами стоял подвиг обвиняемого» [13: с. 171].

Наиболее оригинальным и последовательным является исследование понятия «усмотрение» в системе правовых взглядов Г.В.Ф. Гегеля. По мнению Гегеля, применение права представляет собой «применение общего понятия к особенному, данному извне состоянию предметов», «применимость к единичному случаю» [5: с. 251]. Эта функция осуществляется «правительственной властью..., в которую входят также судебная и полицейская власти...» [5: с. 329], которая не может в силу объективных обстоятельств избежать усмотрительного момента.

«Правительственные дела по своей природе объективны, для себя по своей сущности уже решены, и индивиды должны их выполнять», тем не менее они осуществляются индивидами, которые «не предназначены к выполнению этих функций своей природой, личностью и рождением», следовательно, индивид избирается для занятия должности и уполномочивается ведать публичными делами в отсутствии какого-либо абсолютно определяемого преимущества его над другими» [5: с. 332–333]. Таким образом, «установление этой связи между индивидом и должностью, как двумя друг для друга всегда случайными сторонами» [5: с. 333], всегда получается случайным и произвольным.

Поскольку «определенность понятия указывает лишь общую границу, внутри которой еще происходит колебание в ту или иную сторону. Однако для того чтобы имело место осуществление, это колебание должно быть прервано, вследствие чего внутри этой границы появляется случайное и произвольное решение. В этом заострении всеобщего, в переходе не только к особенному, но и к единичному, т. е. к непосредственному применению, преимущественно и заключается чисто позитивное в законе. Невозможно разумно определить..., что более справедливо: наказание за проступок сорока ударами или на один удар меньше...? И все-таки даже один лишний удар... — уже несправедливость» [5: с. 251]. Гегель таким образом указывает, что судебное усмотрение состоит в том, что в некоторой степени случайное лицо, согласно своему субъективному усмотрению, принимает в некоторой степени случайное решение по делу, которое по сути своей является произволом.

Особый интерес представляют подходы к судебному усмотрению в рамках различных правовых семей, в особенности семьи общего права (36 государств — членов Британского Содружества). Основными характеристиками, оказывающими влияние на роль судейского усмотрения в рамках семьи общего права, являются:

Доктринальная гибкость общего права. Британский правовед Э. Леви, определяя основные характеристики национальной системы права, утверждает: «Категории, применяемые в юридическом процессе, должны быть неясными, двусмысленными в целях предоставления возможности вливания новых идей в судебное разбирательство. И это действительно необходимо, даже в случае неясности, неопределенности нормы права. Терминология, применяемая законодателем, должна быть способна приобретать новые значения... Таким способом законы будут выражать идеи общества даже тогда, когда они написаны в общем смысле, и, следовательно, будут применимы в процессе рассмотрения конкретных дел» [12: с. 17].

Наличие доктринальной гибкости приводит к двум последствиям, оказывающим влияние на состояние судебного усмотрения в рамках данной правовой семьи. Главным последствием является доктрина *stare decisis* (судебный прецедент), в силу которой суды стран общего права в отличие от судов романо-германской (континентальной) правовой семьи при отправлении правосудия

следуют соответствующему судебному прецеденту. Тем не менее следует обратить внимание на то, что в настоящее время указанное положение постепенно подвергается изменению. Так, по мнению Р. Давида, во Франции происходит усиление судейского нормотворчества, в Германии, Аргентине, Швейцарии, Португалии предусматривается обязанность судьи следовать определенному прецеденту или «направлению», установленному прецедентом (*auctoritas rerum similiter judicaturam*) [7: с. 41].

В Российской Федерации прослеживается тенденция придания отдельным постановлениям высших судебных инстанций силы, сходной прецеденту. Подтверждением данного положения являются правила, закрепленные в п. 3 ч. 4 ст. 170 АПК РФ и п. 4 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 19.12.2003 «О судебном решении». Другим следствием доктринальной гибкости общего права выступает реальное усмотрение судей в процессе формирования правовых доктрин. Процесс принятия судебных решений в странах общего права представляется не столько предназначенным для гарантирования доктринальной гибкости, сколько для дозволения судьям «осуществлять правосудие» (*do justice*) в каждом конкретном деле. Следует отметить, что усмотрение судей стран общего права не предназначено для установления единого правового критерия в целях одинакового разрешения по существу похожих между собой дел в случае неясности нормы права, а направлено на определение различий между конкретными делами.

Следующей отличительной особенностью семьи общего права, оказывающей влияние на применение усмотрения суда в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела, является доминирующее положение в ней английского права. Причем «английское право» в данном случае понимается не как свод правовых норм, действующих на территории Великобритании, а как правовая модель (совокупность правовых принципов, формул и юридических конструкций), принятая и применяемая определенной частью человеческого общества. Особый взгляд семьи общего права на усмотрение как на осуществление правосудия по каждому конкретному делу (*do justice*) объясняется наличием в структуре «английского права» права справедливости (изначально — суд лорда-канцлера), основные черты которого по своей сути являются чисто усмотрительными:

- а) не правовые и нормативные аспекты, а моральные соображения и доводы кладутся в основу принимаемого судом решения;
- б) декларируется помощь бедным и слабым;
- в) провозглашается возможность судебной защиты от обмана;
- г) решения принимаются на основании усмотрения суда, а не на основании абстрактных норм общего права [15: с. 104–117].

Таким образом, в странах общего права, в отличие от стран континентального права, справедливость, применяемая в процессе рассмотрения и разрешения конкретных дел, существенно расширяет сферу судебного усмотрения

в целях сохранения гибкости при осуществлении правосудия. Данный подход, тем не менее, включает в себя и определенные риски, поскольку отправление правосудия лишь на основании судебного усмотрения без соблюдения положений, содержащихся в действующих правовых нормах, а также без ограничения усмотрения судьи общими и специальными пределами неизбежно приведет к опасности, о которой предупреждал Гегель, — к произволу.

Так что же влияет на формирование судебного усмотрения, какие причины способствуют выбору того или иного варианта решения? Ответы на эти вопросы раскрывают нам факторы формирования судебного усмотрения. Классификация мотивов социального действия, предложенная одним из основателей современной политической социологии М. Вебером, позволяет выделить четыре основные группы факторов судебного усмотрения: ценностно-рациональные, целе-рациональные, традиционные, аффективные [4: с. 628].

Ценностно-рациональные факторы судебного усмотрения представляют собой совокупность взаимодействующих систем ценностей правоприменителя, на которые он ориентируются, принимая правоприменительное решение. Перечень таких ценностей можно условно разделить на правовые, нравственные, интеллектуальные. Условность такого разделения очевидна: поскольку значительная часть нравственного неизменно оказывается в области материально-правового («право есть низший предел или определенный минимум нравственности» [18: с. 448]), так и значительная часть интеллектуального необходимо присутствует в области процессуально-правового производства (доказывание, мотивирование). Тем не менее пересечение объема понятий не влечет полного их совпадения.

Система правовых ценностей, непосредственно детерминирующая судебное усмотрение, находит свое отражение не столько в действующем законодательстве (как в некотором наборе текстуально-правового материала), сколько в ассоциированном с этим материалом сознании правоприменителя (в данном случае судьи). По мнению Ж.П. Сартра, «символы текста пусты без приданных им значений. Субъективизация текста правовых норм осуществляется самим правоприменителем, который сам творит значения, и ни одно значение не прилагается к нему извне» [17: с. 11]. Таким образом, Сартр утверждает, что текст осмысливается в рамках собственного правового мировоззрения правоприменителя, системно-ценностный аспект которого представляет правовая идеология. Равновесие между правоприменительным решением и правовой идеологией можно считать, по выражению Дж. Роулса, «...рефлексивным. Поскольку при равенстве прочих факторов одна концепция справедливости становится предпочтительнее, чем другая, когда ее более широкие последствия являются более желательными. Желаемое решение рефлексивно на принятие имплицитной именно его правовой идеологии, обеспечивая известный логический баланс» [16: с. 40].

Из данной цитаты можно сделать вывод, что правовая идеология оказывается детерминантой судебного усмотрения.

Вопрос о системе нравственных ценностей, а также вопрос о свободе их выбора (весьма принципиального для судебного усмотрения) можно раскрыть на примере аргументации, предложенной К. Поппером: «Полная ответственность за наши этические решения ложится на нас и не может быть передана никому другому — ни Богу, ни природе, ни обществу, ни истории. Все эти этические теории стремятся найти какой-нибудь аргумент, который мог бы снять с наших плеч эту ношу. Однако от этой ответственности избавиться невозможно. Каким бы авторитетам мы ни поклонялись, им поклоняемся именно мы» [14: с. 109]. Из этого утверждения следует, что усмотрение судьи в процессе вынесения решения по делу в значительной мере зависит от признаваемых им нравственных ценностей, что, в конечном счете, выражается в состоянии компромисса правовой идеологии и нравственных ценностей правоприменителя.

Наличие различных систем правовых и нравственных ценностей — явление достаточно очевидное и всеми признанное; что касается значения интеллектуальных ценностей для целей человеческой деятельности (в том числе и отправления правосудия), то данный вопрос в правовой науке еще не полностью раскрыт. Следует отметить, что интеллектуальные ценности представляют собой не собственно интеллект как способность (вследствие которой человек правильно судит, понимает и размышляет), а, по мнению В.Г. Антропова, «системно-ценностный аспект такой способности — здравый смысл» [1: с. 112].

Мышление правоприменителя зависит не только от форм мышления всего человечества и отдельных социальных групп, которые разработали уникальный стереотип мышления в ходе бесконечного ряда реакций на типичные ситуации, характеризующие общую для них позицию и создают собственные индивидуальные формы мышления, соответствующие их неповторимому правовому опыту. Попытки отграничения форм мышления, признаваемых здоровыми, от тех, которые в качестве здоровых быть признанными не могут, на уровне правовых принципов достаточно известны: *testis unus, testis nullus* (один свидетель — не свидетель), *abusus non tollit usum* (злоупотребление не отменяет употребления), *fatetur facinoris, qui iudicium fugit* (сознается в преступлении тот, кто избегает суда). Часть из таких положений пережила века, часть — была опровергнута, часть — характеризуется заметным дуализмом¹. Тем не менее указанные положения всегда выступали детерминантой судебного усмотрения, будучи сформулированными тысячу лет назад, они до настоящего времени влияют на правовую позицию высших судебных инстанций [3: с. 7].

Целе-рациональные факторы судебного усмотрения представляют собой совокупность взаимодействующих целей правоприменителя, к достижению которых он стремится, принимая решение по делу. Следует отметить, что сами по себе «намерения человека не всегда ясны даже ему самому» [19: с. 152] и выступают скорее инструментом, чтобы сделать поведение понятным как

¹ *Causa proxima, non remota spectatur* — принимается во внимание ближайшая, а не отдаленная причина.

для самого себя, так и для других. С одной стороны, разделяя предположение о том, что «хотеть чего-нибудь и иметь возможность исполнить желаемое и все-таки не сделать того, чего хочешь, во имя признанного правила жизни, — это высочайшая мыслимая степень развития свободы воли» [10: с. 154], нельзя не признать, что столь высочайшая мыслимая степень развития свободы воли обнаруживается лишь у очень узкого круга лиц. В отношении же широкого круга правоприменителей можно говорить, что для них целе-рациональные детерминанты занимают не последнее место и делают эти правоприменители зачастую то, что, по их убеждению, обеспечит им достижение собственных целей (экономических, политических, карьерных и т. д.). С другой стороны, неосознанность намерений не свидетельствует об их отсутствии, а их теоретически инструментальный характер имеет в праве вполне практические приложения (субъективная сторона деяния).

Весьма часто возникает ситуация, в рамках которой происходит смешение ценностно- и целе-рациональных факторов. В самом деле, поскольку «выбор между конкурирующими и сталкивающимися целями может быть в свою очередь ориентирован ценностно-рационально» [4: с. 629], ценностно-рационально поставленная цель, опосредованно ценностно рационализирует судебное решение, выступающее средством его достижения. Однако это лишь исключение из правила. По мнению М. Вебера, «системы целей не выстраиваются в соответствии с иерархией ценностей» [4: с. 629], а системы правовых средств далеко не всегда адекватны системам целей. Насколько далеко может разойтись общая ценностно-рациональная и конкретная целе-рациональная практика в случае взаимодействия между правоприменительным и преступным сообществом, когда некоторые законы не применяются (решения не выносятся) против определенных лиц вследствие ожидаемой в будущем «расплаты» с правоприменителями и применяются другие «более приоритетные» законы? Таким образом, правоприменительное усмотрение порой оказывается как выходящим из ценностно-рационального, так иногда и ведущим к целе-рациональному. Из этого следует, что система целей оказывается детерминантой судебного усмотрения.

Традиционные факторы судебного усмотрения представляют собой совокупность взаимодействующих установок (стереотипов) правоприменителя, на которые он ориентируется, принимая судебное решение. Механизм влияния на правоприменительное решение установок, как некоторых стандартов, шаблонов, испытанного и — в силу того — приоритетного, привычного, в значительной степени подобен механизму влияния систем ценностей. Существенное различие между ними в том, что система ценностей функционирует достаточно осознанно, а система установок (стереотипов) — практически бессознательно. Если систему ценностей можно рассматривать как жизненные убеждения, то систему установок — скорее как конкретно-ситуативные предубеждения. Следование им несколько не влечет (за исключением, может быть, корпоративного понимания и поддержки) какого-либо поощрения, также как и неследование не влечет никаких санкций (за исключением, может

быть, корпоративной неприязни или простого непризнания корпоративной значимости: несанкционирование, пересмотр, отмена принятого решения). Тем не менее необходимость учитывать психологию служебных отношений, позитивное и негативное влияние и другие факторы, связанные с приоритетами, стереотипами, стандартами, принятыми в корпоративной группе, требуют включения их в ряд факторов судебного усмотрения.

Аффективные факторы судебного усмотрения представляют собой совокупность слабо контролируемых сознанием и волей эмоциональных процессов (чувства, эмоции, аффекты, страсти, настроения и т. д.), влияющих на принятие судебного решения. В качестве таковых могут рассматриваться как сильные и относительно кратковременные эмоциональные переживания, возникающие в ответ на фактически наступившие правоприменительные ситуации (убийства, разбойные нападения, изнасилования и т. д.), так и достаточно устойчивые состояния, выражающие оценочно-личностное отношение к ситуации, еще только формирующейся или только возможной в случае применения права [8: с. 35–39].

Признание правоприменительного усмотрения волевой деятельностью неизбежно влечет и признание того, что правоприменительное усмотрение всегда в той или иной степени обусловлено аффективными детерминантами. Последние принципиально не устранимы, поскольку нет такого чувства или такого аффекта, которые не подготавливали бы так или иначе какое-нибудь волевое действие. Причем вследствие переживания нескольких одновременно возникших эмоциональных волнений или наложения новых на еще актуальные предшествующие, правоприменитель попадает в поле действия столь сложного комплекса со- или противодействующих мотивов и состояний, что не может претендовать ни на беспристрастную оценку, ни, соответственно, на беспристрастное волеизъявление. По мнению В.И. Несмелова, «если для человека может представиться одновременно несколько разных мотивов различных действий, то сильнейшим всегда будет тот, который изберет себе воля в качестве действительного мотива своей деятельности, но она изберет его вовсе не потому, что он сильнейший, а наоборот — потому именно он и окажется сильнейшим, что она его изберет» [10: с. 155]. Таким образом, система аффективных состояний оказывается детерминантой правоприменительного усмотрения.

Данные социологических исследований в судопроизводстве приводят к заключению, что «истина состоит не только в том, что провозглашает право или считают правильным судьи, руководствующиеся своими личными убеждениями, но в психосоциальной действительности, отражающееся в стремлении к разумному согласованию различных факторов, которые судьи по своему усмотрению считают правовыми факторами. Такое общекатегориальное разумное согласование и есть не что иное, как своеобразное «вычисление» комплексной итоговой детерминанты правоприменительного усмотрения

по своему «алгоритму», исходя из детерминант, признанных относительно элементарными» [1: с. 124].

Суммируя вышесказанное, можно утверждать, что формирование судебного усмотрения происходит в рамках нравственно-психологической сферы конкретного индивидуума (ценностей, стереотипов, установок, воззрений, убеждений, социальных ориентаций и т. д.), что не может с рациональной точки зрения не расцениваться как произвол. Тем не менее на современном этапе развития общества судебное усмотрение является эффективным инструментом преодоления правовых пробелов, а также делает возможным индивидуальное рассмотрение каждого конкретного дела исходя из его обстоятельств. Процессуальное право содержит правовые пределы, которые сами по себе не могут существенно повлиять на ограничения судебного усмотрения, ибо бессознательное в человеке не может быть урегулировано ни одной правовой нормой. Данный факт корреспондирует нас к воле каждой конкретной личности, поскольку только с ее помощью человек может установить пусть и нестабильный, но все-таки баланс права и морали.

Литература

1. *Антропов В.Г.* Правоприменительное усмотрение: понятие и формирование (логико-семантический аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1995. 180 с.
2. *Аристотель.* Сочинения: в 4 т. / пер. с древнегреч.; общ. ред. А. И. Доватура. Т. 4. М.: Мысль, 1983. 830 с.
3. Бюллетень Верховного суда РФ. 1993. № 12.
4. *Вебер М.* Избранные произведения. М.: Прогресс, 1990. 808 с.
5. *Гегель Г.В.Ф.* Философия права / ред. и сост. Д.А. Керимов, В.С. Нерсесянц. М.: Мысль, 1990. 524 с.
6. *Грачева Ю.В.* Судейское усмотрение в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. 32 с.
7. *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М., 1988. 279 с.
8. *Леонтьев А.Н.* Потребности, мотивы и эмоции. М.: МГУ, 1971. 40 с.
9. *Люблинский П.И.* Основания судейского усмотрения в уголовных делах. СПб.: Сенатская тип., 1904. 34 с.
10. *Несмелов В.И.* Наука о человеке // Философские науки. 1991. № 2. С. 149–156.
11. *Ожегов С. И.* Толковый словарь русского языка. М.: ООО «Издательство «Мир и Образование», 2014. 1376 с.
12. *Папкова О.А.* Усмотрение суда. М.: Статут, 2005. 413 с.
13. *Плутарх.* Сравнительные жизнеописания: в 2 т. / общ. ред. С. С. Аверинцева. Т. 1. М.: Наука, 1994. 702 с.
14. *Поппер К.* Открытое общество и его враги: в 2 т. Т. 1. М.: Феникс, 1992. 448 с.
15. *Романов А.К.* Правовая система Англии. М.: Депо, 2000. 344 с.
16. *Роулс Дж.* Теория справедливости // Вопросы философии. 1994. № 10. С. 38–52.
17. *Сартр Ж.П.* Проблемы метода. М.: Прогресс, 1993. 240 с.
18. *Соловьев В.С.* Сочинения: в 2 т. Т. 1. М.: Мысль, 1990. 892 с.
19. *Шибутани Т.* Социальная психология. М.: Прогресс, 1969. 535 с.

Literatura

1. *Antropov V.G.* Pravoprimenitel'noe usmotrenie: ponyatie i formirovanie (logiko-semanticheskij aspekt): dis. ... kand. jurid. nauk. Volgograd, 1995. 180 s.
2. *Aristotel' Sochineniya*: v 4 t. / per. s drevnegrech.; obshh. red. A. I. Dovatura. T. 4. M.: My'sl', 1983. 830 s.
3. Byulleten' Verhovnogo suda RF. 1993. № 12.
4. *Veber M.* Izbranny'e proizvedeniya. M.: Progress, 1990. 808 s.
5. *Gegel' G.V.F.* Filosofiya prava / red. i sost. D.A. Kerimov, V.S. Nersesyancz. M.: My'sl', 1990. 524 s.
6. *Gracheva Yu.V.* Sudejskoe usmotrenie v ugovnom prave: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2002. 32 s.
7. *David R.* Osnovny'e pravovy'e sistemy' sovremennosti. M., 1988. 279 s.
8. *Leont'ev A.N.* Potrebnosti, motivy' i e'mocii. M.: MGU, 1971. 40 s.
9. *Lyublinskij P.I.* Osnovaniya sudejskogo usmotreniya v ugovny'x delax. SPb.: Senatskaya tip., 1904. 34 s.
10. *Nesmelov V.I.* Nauka o cheloveke // Filosofskie nauki. 1991. № 2. S. 149–156.
11. *Ozhegov S.I.* Tolkovy'j slovar' russkogo yazy'ka. M.: OOO «Izdatel'stvo «Mir i Obrazovanie», 2014. 1376 s.
12. *Papkova O.A.* Usmotrenie suda. M.: Statut, 2005. 413 s.
13. *Plutarx.* Sravnitel'ny'e zhizneopisaniya: v 2 t. / obshh. red. S. S. Averinceva. T. 1. M.: Nauka, 1994. 702 s.
14. *Popper K.* Otkry'toe obshhestvo i ego vrugi: v 2 t. T. 1. M.: Feniks, 1992. 448 s.
15. *Romanov A.K.* Pravovaya sistema Anglii. M.: Depo, 2000. 344 s.
16. *Rouls Dzh.* Teoriya spravedlivosti // Voprosy' filosofii. 1994. № 10. S. 38–52.
17. *Sartr Zh.P.* Problemy' metoda. M.: Progress, 1993. 240 s.
18. *Solov'ev V.S.* Sochineniya: v 2 t. T. 1. M.: My'sl', 1990. 892 s.
19. *Shibutani T.* Social'naya psixologiya. M.: Progress, 1969. 535 s.

I.D. Nazarov

The Discretion of the Court: the Compromise of Law and Morality

In article the author tries to explore the nature of judicial discretion, the idea of it in various historic periods of development of society, to give comparative analysis of approaches to judicial discretion from the perspective of common law and the continental legal system. A special attention is paid to the consideration of the factors affecting the formation of judicial discretion. The main idea of the article is to clarify the reasons for determining judicial discretion in order to establish a possible compromise between law and morals enforcer.

Keywords: judicial discretion; law enforcer's thinking; law of justice; judicial discretion factors.

Д.А. Пашенцев

**Обзор научной конференции
памяти профессора Ф.М. Рудинского
в Юридическом институте
Московского городского педагогического
университета**

Научная конференция памяти профессора Феликса Михайловича Рудинского проводится в Юридическом институте Московского городского педагогического университета ежегодно. В 2016 г. она состоялась 28 апреля. В работе конференции приняли участие не только граждане России, но и представители зарубежных государств: Белоруссии и Таджикистана.

Среди российских учебных заведений, помимо МГПУ, в конференции участвовали представители ведущих отечественных вузов и научных учреждений, таких как Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова, Институт государства и права РАН, Санкт-Петербургский юридический университет МВД России, Российский университет дружбы народов, Российский государственный педагогический университет им. А.И. Герцена, Российский университет правосудия, Московский городской университет управления Правительства Москвы, Финансовый университет при Правительстве РФ, Саратовский национальный исследовательский университет имени Чернышевского, Рязанский государственный университет им. С.А. Есенина, Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры РФ, Казанский (Приволжский) федеральный университет, Российский государственный социальный университет, Российский университет юстиции, Международный юридический институт, Московский институт государственного управления и права, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

Среди зарубежных учебных заведений наиболее широко были представлены Гомельский государственный университет имени Ф. Скорины (Белоруссия) и Таджикский национальный университет.

Проблематика конференции определяется тем, что Феликс Михайлович Рудинский основал (в 2005 г.) и возглавил на юридическом факультете Московского городского педагогического университета кафедру прав человека, став основателем научной школы по данному направлению. В связи с этим большинство докладов участников конференции традиционно было посвящено различным аспектам, связанным с правами человека и их реализацией.

На пленарном заседании выступила с докладом «Особенности взаимодействия государства и личности по вопросам свободы совести в отечественной правовой традиции» заведующая кафедрой международного права Российского государственного педагогического университета имени А.И. Герцена, доктор юридических наук, профессор А.А. Дорская. В своем выступлении она проследила историю развития законодательства о свободе совести в России, акцентировала внимание на особенностях взаимодействия государства с религиозными организациями в нашей стране на разных этапах.

В рамках отдельных секций в выступлениях участников конференции были подробно рассмотрены такие важные теоретические и практические вопросы, как особенности взаимоотношений государства и личности в российской правовой традиции на разных этапах ее развития, проблемы реализации права на образование и защиты прав несовершеннолетних, динамика развития прав человека в условиях глобализации, современная теория прав человека.

Большой интерес участников конференции вызвал доклад доцента Т.И. Ереминой, которая рассказала об особенностях чиновничества профессорско-преподавательского корпуса университетов Российской империи. Были затронуты вопросы прав и обязанностей профессорско-преподавательского состава как в исторической ретроспективе, так и в современных условиях.

Доктор исторических наук, профессор А.И. Кривенький осветил в своем докладе значение унификации и гармонизации в современном международном частном праве для глобализации права.

Отдельная секция была посвящена такому важному праву, как право на образование, что особенно актуально в связи с теоретическими исследованиями и практической деятельностью ученых Юридического института МГПУ.



КРИТИКА. РЕЦЕНЗИИ. БИБЛИОГРАФИЯ

В.М. Сырых

Герменевтическое вчувствование и предпонимание как оправдание субъективизма и непонимания в работах А.И. Овчинникова

Статья посвящена анализу герменевтики в контексте современной юридической науки. Основное внимание автор уделяет критическому разбору работы А.И. Овчинникова, посвященной юридической герменевтике.

Ключевые слова: герменевтика; познание; правовое мышление; научное знание; право.

В современной российской юридической литературе весьма часто предпринимаются попытки представить герменевтику в качестве очередного «универсального» средства познания, способного «расшить» самые узкие места правовой науки, поднять ее на новые, доселе невиданные рубежи, решить все проблемы, перед которыми спасовал некогда всесильный диалектико-материалистический метод. Особенно заметных успехов в этом направлении достиг А.И. Овчинников в работе «Правовое мышление в герменевтической парадигме» [2]. Он полагает, что «юридическая герменевтика представляет собой именно тот подход к праву, который отвечает идеологическим потребностям настоящего времени: остановить «коррозию» общественной структуры, разъедаемую радикальным индивидуализмом (эгоизмом) и духовно-нравственным нигилизмом «общества потребления», не позволяющим преодолеть многочисленные проблемы гуманитарного характера» [2: с. 259].

Но способна ли юридическая герменевтика на подобный подвиг, воистину достойный Геракла? Не предпринимается ли здесь очередное покушение на основы правовой науки с явно негодными средствами, когда автор, пусть даже с самыми благими намерениями, пытается предложить научной юридической общественности методологическую пустышку, способную в лучшем

случае улучшить процесс эмпирического познания права? По ознакомлении с работой А.И. Овчинникова создается впечатление, что дело обстоит именно таким образом.

«Ахиллесова пята» претензий герменевтики на роль действенного спасателя российской юридической науки от присущих ей напастей в виде рационализма, сциентизма, объективизма, эволюционизма и натурализма кроется, по нашему мнению, в таких широко рекламируемых герменевтикой познавательных процедурах, как предпонимание и вчувствование.

Логическая природа понимания, по мнению А.И. Овчинникова, сводится к дедуктивному умозаключению, «в котором первой посылкой является утверждение о том, что должно быть — оценка, а меньшей посылкой является также начальное условие, например, в виде конкретной ситуации, события, действия... Понимание означает приписывание смысла тому, что мы осваиваем, подводя слова, действия, под общие или индивидуальные смысловые единицы: понятие — это отвечающее некоторому правилу» [2: с. 38]. Суть же понимания сводится к осознанию смысла понимаемого, органичного слияния с авторским юридическим замыслом. «Правовое мышление и должно быть, прежде всего, мышлением «участным», «сопричастным» осмысливаемому. Иначе не происходит юридического смыслообразования, составляющего основную часть правового осмысления действительности» [2: с. 66].

Критерием оценки осмысливаемого выступает прежде всего ценностная позиция познающего субъекта, а основу этой позиции составляет так называемое желаемое право, т. е. «своеобразный сплав правовых ценностей, знаний, идей, взглядов, представлений со значимыми для данного субъекта социальными отношениями, отличающийся завершенностью и готовностью действовать соответственно ему» [2: с. 66]. Характерно, что «желаемое право» возникает непосредственно из опыта познающего субъекта и формирует через него все иные компоненты правосознания.

При этом А.И. Овчинников не считает понимание видом, способом или приемом познания. Для него словосочетание «ценностное познание» является некорректным, «так как познание традиционно предполагает разделение субъекта и объекта — субъект познает объект. Однако в случае, если предметом мышления являются ценности и нормы, вести речь о субъектно-объектном противостоянии нельзя: оценка предполагает отношение субъекта к мыслимому с позиции должного. Переход же от суждения о сущем (субъекта об объекте) к суждению о должном (субъекта о том, каким должен быть объект) некорректен» [2: с. 37].

В целом же понимание, по мнению А.И. Овчинникова и других адептов герменевтики, предстает одним из основных, если не вообще основным способом правового мышления. Понимание как способ уяснения смысла норм права, источников права, иных письменных документов используется в правовой науке давно, практически с первых же шагов ее становления и развития.

В этом смысле адепты герменевтики ничего нового в методологию правовой науки не внесли. Их новизна выражается в трех, но, как нам представляется, неприемлемых моментах: 1) вынесении понимания за пределы познания; 2) признании «желаемого права» основой понимания правовых явлений; 3) возвышении понимания до уровня основного метода правового познания.

А.И. Овчинников предпринимает попытку доказать, что в основе ценностных оценок правоведа лежит интуитивное, обыденное понимание права. Им отвергается как несостоятельное традиционное представление юристов об основаниях правовой науки и теоретического правового мышления, состоящих из совокупности философских, социальных, методологических, а также общих теоретических знаний права. Как полагает А.И. Овчинников, «знание права, его истории и разнообразных форм вовсе не является скальпелем, с помощью которого можно приблизиться к «объективному» правопониманию. Предел этого приближения находится у исходной системы значений, с помощью которой ученый-юрист осмысливает социальный мир в целом и мир права в частности и которая получила наименования «пред-рассудка» или структуры «пред-понимания» в герменевтической традиции» [2: с. 61]. Исходной же системой же таких значений выступает «повседневный жизненный опыт» и «здравый смысл», которые лежат в основе теоретического правового мышления, играют важную роль «хоть на уровне научно-теоретическом, хоть на уровне профессиональном, хоть на житейском» [2: с. 60, 61]. Соответственно этому следует, что и профессор мыслит не лучше, чем обыватель.

Животворным источником методологических и теоретических основ герменевтики для А.И. Овчинникова выступают работы В. Дильтея, Х.-Г. Гадамера, Г.Х. Врихта, П. Бергера, Т. Лукмана и др. сторонников данного подхода, которые он постоянно цитирует в целях подтверждения, объяснения, обоснования собственных положений и выводов. Достаточно широко в работах А.И. Овчинникова представлены и дореволюционные российские правоведы, чьи положения в той или иной степени созвучны авторским взглядам на правовое мышление в герменевтической парадигме. А.И. Овчинников широко использует понятийный аппарат правовой науки и герменевтики в его традиционном, устоявшемся понимании, и поэтому его на счет «интуитивного», «обыденного» опыта автора также отнести нельзя. Ни грана подобного опыта не обнаруживается и в положениях, сформулированных лично А.И. Овчинниковым. И там присутствуют те же присущие современному научному знанию методы исследования и соответствующий научный понятийный аппарат.

Отзвуки же повседневного опыта А.И. Овчинникова отчетливо улавливаются лишь в утверждениях о том, что «социологический метод восходит корнями к исторической школе юристов», тогда как основоположником этого метода признается О. Конт [2: с. 23], что классы и классовая борьба К. Марксом и Ф. Энгельсом понимались в качестве причин, породивших право (в действительности, движущей силой общества, в том числе и причинами возникновения государства

и права основоположники диалектического материализма признавали материальные, экономические отношения в обществе) [2: с. 39]; в его понятии «смешанное дерево» [2: с. 122] (таковых в природе не бывает, есть лишь смешанные леса), других суждениях, плохо согласующихся с действительным положением дел. Во всех таких случаях непосредственный интуитивный опыт автора, очищенный от привнесенных правовой наукой знаний, предстает непосредственно и бесспорно. Плохо здесь то, что сформулированные на основе этого опыта знания не удовлетворяют требованиям научного знания, но этот недостаток для сторонников герменевтики, сводящих науку к аксиологическим суждениям, не признается таковым. Мышление в праве «основывается на интуитивном, дорефлексивном знании и не пытается «освободиться» от него» [2: с. 157–158].

Ни современное соотношение профессионального правового сознания и правовой психологии населения, ни история развития правовой науки и юридической практики, ни собственная работа А.И. Овчинникова не подтверждают тезиса адептов герменевтики о решающей роли «“живого” права», основанного на здравом смысле» в понимании действующего права, законодательства. Если бы дело обстояло таким образом, как его трактует герменевтика, то правовая наука уже давно бы канула в Лету вместе с алхимией и другими науками, неспособными верно объяснить окружающий мир и способствовать удовлетворению соответствующих потребностей общества, личности, государства.

Столь же несостоятельны и попытки признать понимание основным методом правового мышления. По мнению А.И. Овчинникова, метод дедуктивного, каузального и иного объяснения исследуемых явлений с помощью познанных объективных законов иных теоретических положений, который находит широкое применение в естественных науках, правоведам полностью противопоказан. «Понимание, интерпретация, истолкование, — уверяет он, — вот основные процедуры правового мышления. Объяснение же выполняет дополнительную, техническую, работу по систематизации правовой материи и является на самом деле квази-объяснением» [2: с. 60]. «Объяснительная функция правового мышления, в отличие от объяснений в естественных науках, заключается в систематизации правовых знаний, приведении их в целостную непротиворечивую систему... Понять теорию — значит раскрыть единство, взаимосвязь ее элементов. Такими элементами являются понятия, гипотезы и принципы, которые упорядочены отношением аксиологического следования» [2: с. 173].

Положим, А.И. Овчинников прав, утверждая понимание в качестве основной процедуры правового мышления, призванной раскрыть единство, взаимосвязь элементов правовой теории, упорядоченных отношением аксиологического следования. Коль скоро критерием оценки теории выступает индивидуальное «живое право» познающего субъекта, то следует ожидать, что его понимание теории права будет существенно отличаться от понимания этой же теории другим субъектом. Каждый субъект в силу уникальности правового

практического опыта и своеобразия мыслительных способностей будет иметь собственное понимание правовой теории. Сколько людей, столько и мнений. Соответственно, от правовой науки как системы знаний ничего не останется, каждый понимает и интерпретирует ее по своему, как бог на душу положит. А если учесть, что и критерии оценки в виде «живого права» имеют сильный привкус субъективизма, то можно понять, какая судьба ожидает правовую науку, если она будет функционировать по принципам адептов герменевтики.

Правовая наука, как и любая иная отрасль научного знания, является наукой постольку, поскольку она отвечает «критериям объективности, адекватности, истинности, пытается обеспечить себе зону автономии и быть нейтральной по отношению к идеологическим и политическим приоритетам. То, ради чего армии ученых тратят свои жизни и кладут свои головы, есть истина, она превыше всего, она есть конституирующий науку элемент, основная ценность науки. При этом наука может состояться лишь тогда, когда доводит рассмотрение объекта до уровня его теоретического анализа» [1: с. 84–85].

Одно из двух: правовая наука, состоящая из множества индивидуальных, пусть даже и весьма тонких «вчувствований», пониманий правовых источников должна либо прекратить свое существование как социально полезный институт, либо должна вернуться к надлежащему осуществлению своих функций, ориентированных на теоретический анализ современного состояния политико-правовых институтов и подготовку научно-обоснованных предложений по их совершенствованию.

Симптоматично, что А.И. Овчинников, отрицая возможность применения процедуры объяснения в познании правовых явлений, в своих работах поступает прямо противоположным образом. Понимание, «вчувствование» в другие источники используется весьма редко, лишь в порядке иллюстрации гносеологических возможностей данной процедуры на отдельных примерах. Объяснение же, отрицаемое нашим автором теоретически, используется им гораздо чаще и плодотворней в целях аргументирования своей позиции, критики оппонентов, обоснования применимости положений герменевтики для правовой науки. При этом используются практически все известные в науке виды объяснений: дедуктивное, индуктивное, функциональное, структурное, каузальное, генетическое.

Так, замедленные темпы смены научных парадигм в правоведении А.И. Овчинников объясняет свойствами права и правового мышления; неповторимость, уникальность каждого феномена социальной, в том числе и правовой жизни наличием в нем человеческой воли, «целей, устремлений, желаний и влечений с их уникальностью и самобытностью» [2: с.33]. Обязательное наличие в правовом мышлении коммуникативной основы, по мнению автора, обуславливается тем, что «согласование индивидуальных устремлений достигается аналогично достижению согласия в понимании друг друга» [2: с. 78]. Присущий русскому народу взгляд на собственность

как на конкретное отношение А.И. Овчинников объясняет историческими причинами, выводит из «общинных черт русского характера, так как свобода собственника по обращению со своей собственностью наиболее значима для общества» [2: с. 188].

Противоречие между авторской позицией о роли объяснения в правовой науке и практикой его применения при написании работы [2] убедительно свидетельствуют о том, что А.И. Овчинников неточно интерпретирует гносеологическую природу данной процедуры научного познания, существенно упрощает ее содержание и роль в научном познании. По мнению автора, объяснение исходит из того, что все явления в социальной действительности, как и в природе, детерминистски между собой связаны. Другими словами, объяснение исходит из причинности социальных явлений. «Объяснить событие — значит показать, что оно должно было произойти. Это значит представить его как следствие некоторой причины, иными словами, как частный случай закона» [2: с. 38].

На наш взгляд, неточность интерпретации А.И. Овчинниковым сути объяснения выражается в трех моментах: 1) односторонней трактовке возможностей объяснения в познании правовых явлений; 2) упрощенном, схематичном понимании процедуры объяснения; 3) недооценке объяснения как метода познания правовых явлений.

А.И. Овчинников все многообразие объяснений в научном познании сводит к одному виду — так называемому номологическому, т. е. объяснению через закон. Однако в науке, в том числе и в познании права, объяснение может быть также телеологическим, структурным, генетическим, функциональным, каузальным, индуктивным, аксиологическим [3: с. 249–262].

А.И. Овчинников, таким образом, допускает типичную логическую ошибку недозволительного расширения меньшего термина. Признав неприемлемость одного из видов объяснений в познании права, он этот частный вывод распространяет на все остальные, неисследованные им виды объяснений. Между тем, термины, не взятые в посылках во всем объеме, не могут быть взяты во всем объеме и в заключении. Чтобы сделать обоснованный вывод о неприемлемости объяснения в познании права, нет иного пути, как исследование гносеологической природы всех видов объяснения. А.И. Овчинников же столь важный и существенный для своей концепции вывод обосновывает голой ссылкой на мнение фон Врихта.

Сущность номологического объяснения А.И. Овчинниковым раскрыта упрощенно. Понимание объяснения как процедуры подведения события, явления под объективную закономерность, интерпретации события как частного случая закона, характеризует логическую схему объяснения, но не раскрывает всей сложности его содержания. А.И. Овчинников обоснованно и убедительно в работе показывает односторонность воззрений юристов на правоприменение и юридическую квалификацию как на умозаключения, выводимые по правилам логического силлогизма. Но он сам впадает в такую же ошибку, сведя все

содержание объяснения к его логической схеме. Если в номологическом объяснении все так легко и просто, то почему так долго и безрезультатно в правоведении ведутся споры по поводу структуры нормы права, сущности юридической ответственности, причин преступности в современном гражданском обществе, о соотношении юридического и фактического содержания в правоотношении.

Каждое социальное, в том числе и правовое явление, событие представляет собой результат, итог действия не какого-либо одного закона, а ряда совокупности законов. Вполне возможно, что исследуемое вообще выпадает из закономерного хода истории, представляет собой результат голого случая, «произвола». Как уже говорилось, социальные законы действуют в обществе только в виде тенденции и проявляют себя в многообразной форме. Поэтому между отдельным событием, явлением и отдельным социальным законом нет прямой и непосредственной связи. Соответственно и требование обязательного подведения отдельного, единичного под какой-либо объективный закон в исследовании, ориентированном на объективно-истинный результат, представляется принципиально неверным и невыполнимым.

Объяснение отдельного социального, правового и тому подобного события, явления означает его соотнесение не с одним законом, а с их совокупностью, действующей в соответствующей сфере социального бытия, и показу, в какой мере исследуемое соответствует этим законам и какой закон в генезисе и динамике исследуемого сыграл решающую, ведущую роль. Скорее всего окажется, что событие, явление не в полной мере соответствует закономерному и необходимому, и тогда возникнет потребность в выявлении и объяснении причин, обусловивших выпадение исследуемого из закономерного хода истории. Чтобы успешно решить поставленные задачи требуется обстоятельное изучение конкретно-исторических условий возникновения исследуемого события, его динамики, интенсивности воздействия на него других социальных явлений, событий, выделение главных, существенных черт, связей из случайных и второстепенных. Все это свидетельствует том, что номологическое объяснение предстает сложным познавательным актом, в ходе которого приходится проделать массу предшествующих ему познавательных процедур, а сам результат объяснения не всегда характеризуется «истиной в последней инстанции», он может иметь и гипотетический, вероятностный характер.

Как и всякий сложный метод, объяснение обеспечивает позитивные результаты в познании не автоматически, само собой, а лишь при условии творческого применения его правил, принципов в познании. Приведенные А.И. Овчинниковым примеры, призванные иллюстрировать тезис о неспособности объяснения обеспечить получение объективных знаний, не подтверждают его, а убедительно свидетельствуют об ином — тщетности попыток решать сложные правовые проблемы, не владея в совершенстве методом объяснения, грубо нарушая его самые элементарные требования. Нельзя уподобляться

известной героине из басни И.А. Крылова, которая, не зная, как нужно носить очки, признала их полную несостоятельность и бесполезность.

Так, А.И. Овчинников полагает, что в познании объяснение неизбежно сводится к наделению «политико-правовых явлений субъективным смыслом незаметно, поскольку во всем многообразии эмпирических фактов невольно отбираются те, которые отвечают ожиданиям исследователя, в соответствии с последними он еще и интерпретирует факты» [2: с. 39]. Правомерность этого тезиса он иллюстрирует полемикой западников и славянофилов о ценности самобытности, своеобразия российской государственности и правовой культуры. Мол, те и другие аргументировали свою позицию не какими-то объективными закономерностями, а исключительно собственной ценностной позицией и интуицией.

Конечно, ни западники, ни славянофилы не дали действительного научного объяснения исследуемой ими проблемы. Но их беда состоит вовсе не в том, что объяснения как научной процедуры познания не существует, а в том, что они не выполнили элементарных требований научного объяснения. Все дело свелось к односторонней апелляции к совокупности фактов, вырванных из конкретно-исторической связи.

Славянофилы уникальность и самобытность российской правовой культуры народа объясняли фактом принятия христианства. Западники же сравнивали русскую правовую культуру с западной и видели в правовой надстройке России лишь одни негативные стороны. Между тем для того, чтобы дать научную оценку русской правовой культуры, понять и объяснить ее значение, нужно было как минимум исследовать российскую правовую культуру в ее действительном развитии, конкретно-исторически, во взаимосвязи и обусловленности правовой культуры русского народа экономическими, материальными, политическими и иными отношениями, условиями географической, природной среды, собрать всю совокупность эмпирических фактов и проводить объяснение этих фактов с материалистических, а не идеалистических позиций.

В силу того, что славянофилы и западники в силу ограниченности их идеалистических мировоззренческих и методологических позиций не провели действительного конкретно-исторического изучения исследуемой проблемы и не объяснили выявленные факты с материалистических позиций, их научный анализ и ограничился теми результатами, которые справедливо констатировал А.И. Овчинников в своей работе. По этим же причинам неудовлетворительные результаты получает и историк, который процедуру объяснения истории государства и права России, сводит к подведению выявленных фактов под понятие «феодализм», и советские правоведы, которые пытались раскрыть объективный характер системы советского права без конкретно-исторического анализа системы общественных отношений, существовавших в условиях советского государства.

Объяснение выступает необходимой стадией между эмпирической и теоретической стадиями научного познания. Объяснить факт — значит установить

его надлежащее место в системе науки, раскрыв его сущность и связи с другими компонентами научного знания, истинность которых уже доказана. Конечный результат объяснения эмпирической информации, фактов, полученных в ходе социально-правовых исследований выражается в двух формах: 1) непосредственная сущность исследуемых явлений полностью раскрывается с помощью существующих теоретических знаний; 2) непосредственная сущность явлений остается необъясненной в рамках имеющегося теоретико-понятийного аппарата правоведения и иных социальных наук.

В первом случае статистические данные иллюстрируют правомерность или, наоборот, несостоятельность теоретических знаний, которые были положены в форме гипотез в основу социологического исследования. Конечный же итог здесь не содержит новых теоретических знаний. Однако знания эмпирического уровня нередко планируются в качестве конечного результата социально-правовых или сравнительно-правовых исследований, в частности в процессе изучения эффективности действия норм права или практики их применения.

Тот факт, что определенная часть конкретно-социологических исследований ограничивается констатацией и обобщением эмпирического материала, не означает того, что исследования такого рода вообще не имеют научной ценности. Сложный, диалектически противоречивый процесс познания закономерностей функционирования и развития правовых явлений невозможен без знания социальной обусловленности правовых норм и их влияния на развитие общественных отношений. Это один из основополагающих принципов диалектико-материалистической теории права, реализация которого в конкретных правовых исследованиях положила начало превращению юриспруденции в подлинно научную теорию. Социально-правовые исследования, раскрывающие социальную обусловленность права, правовых институтов, механизмов их функционирования, дают материал, составляющий эмпирический базис науки, который является одним из необходимых ее компонентов.

Эмпирическая информация о непосредственной жизни права, его социальном действии не только иллюстрирует правомерность существования одних теоретических положений и показывает несостоятельность других, но и способствует определению наиболее актуальных и мало исследованных проблем правоведения. Наиболее ярко эта сторона эмпирической информации проявляется тогда, когда факты, содержащие новые свойства, стороны исследуемого явления, не могут быть объяснены в рамках существующих научных знаний. Такие факты обнаруживают пробел в науке и показывают, что существующая система знаний недостаточно полно отражает сущностные стороны объективной реальности и не способна на этом уровне объяснить новые тенденции и проявления в науке. Но чтобы получить теоретические знания, способные объяснить новые факты и процессы, требуется вести теоретический анализ, а к нему приложить развитое теоретическое мышление.

Таким образом, объяснение предстает важнейшей и необходимой формой анализа собранных единичных и обобщенных фактов и основой формирования фактологической базы теоретического познания и в этой его ипостаси объяснение невозможно заменить никаким предпониманием или вчувствованием.

Литература

1. *Лешкевич Т.Г.* Философия науки. М.: Изд-во «Приор», 2001. 428 с.
2. *Овчинников А.И.* Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов-н/Д.: Изд-во Ростовского университета, 2002. 344 с.
3. *Штофф В.А.* Проблемы методологии научного познания. М.: Высшая школа, 1978. 269 с.

Literatura

1. *Leshkevich T.G.* Filosofija nauki. M.: Izd-vo «Prior», 2001. 428 s.
2. *Ovchinnikov A.I.* Pravovoe my'shlenie v germenevticheskoj paradigme. Rostov-n/D.: Izd-vo Rostovskogo universiteta. 2002. 344 s.
3. *Shtoff V.A.* Problemy' metodologii nauchnogo poznaniya. M.: Vy'sshaya shkola, 1978. 269 s.

V.M. Syrykh

Hermeneutic Empathy and Prepaymania as a Justification of Subjectivism and Lack of Understanding of the Works of A. I. Ovchinnikov

The article is devoted to hermeneutics in the context of modern legal science. The main attention is paid to critical analysis of works of A. I. Ovchinnikov, on legal hermeneutics.

Keywords: hermeneutics; knowledge; legal thinking; scientific knowledge; right.

**АВТОРЫ «ВЕСТНИКА МГПУ»,
СЕРИЯ «ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ»
2016, № 3 (23)**

Дорская Александра Андреевна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой международного права Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена (adorskaya@yandex.ru)

Долинская Владимира Владимировна — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), член Научно-консультативного совета при Верховном суде РФ (civil-vvd@ya.ru)

Долинская Людмила Михайловна — врач ФГБУ «Федеральный научно-клинический центр спортивной медицины и реабилитации» ФМБА России, эксперт журнала «Законы России: опыт, анализ, практика» (civil-vvd@ya.ru)

Захаренков Дмитрий Николаевич — аспирант кафедры адвокатуры и нотариата Университета имени О.Е. Кутафина (Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина) (dnzaharenkov@yandex.ru)

Куксин Иван Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Юридического института МГПУ (proffkuk-1944@yandex.ua)

Кривенький Александр Иванович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права и прав человека МГПУ (KrivenkiiAI@mgpu.ru)

Назаров Илья Дмитриевич — аспирант кафедры философии и религиоведения Шуйского филиала Ивановского государственного университета (aspirantura-sgpu@mail.ru)

Новопавловская Елена Евгеньевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин ФГКОУ ВО Белгородского юридического института им. И.Д. Путилина Министерства внутренних дел РФ (novopavlovskaya@gmail.com)

Павленко Елена Михайловна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права и прав человека МГПУ (evgeniyapavlenko74@gmail.com)

Пашенцев Дмитрий Алексеевич — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права МГПУ (dp-70@mail.ru)

Санникова Лариса Владимировна — доктор юридических наук, профессор, ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН, профессор кафедры «Гражданское право» Финансового университета при Правительстве РФ (Lsannikova@mail.ru).

Ситдикова Любовь Борисовна — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин Юридического института МГПУ (LBSitdikova@mail.ru)

Сырых Владимир Михайлович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заведующий отделом теории и истории права и судебной власти Российского государственного университета правосудия (2707xyz@mail.ru)

Честнов Илья Львович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского юридического института Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, заслуженный юрист РФ (ichestnov@gmail.com)

Чурилов Сергей Никифорович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Юридического института МГПУ (ChurilovSN@mgpu.ru).

Шамаров Павел Вячеславович — кандидат военных наук (Министерство обороны РФ) (shamarov@front.ru)

THE AUTHORS
of «Vestnik Moscow City University»,
a Series of «Legal Sciences», 2016, № 3 (23)

Dorskaya Aleksandra Andreyevna — Doctor of Law, Professor, head of the Department of International Law, Russian State Pedagogical University named after Herzen (adorskaya@yandex.ru)

Dolinskaya Vladimira Vladimirovna — Doctor of Law, Professor, professor of the Department of Civil Law, Moscow State Law University named after O.E. Kutafin (Moscow State Law Academy), a member of the Scientific Advisory Board of the Supreme Court of the Russian Federation (civil-vvd@ya.ru)

Dolinskaya Ludmila Mikhailovna — physician of FGBI “Federal Research and Clinical Center of Sport Medicine and Rehabilitation” FMBA Russia, expert of the journal “Laws of Russia: Experience, Analysis and Practice» (civil-vvd@ya.ru)

Zakharenkov Dmitriy Nikolaevich — post-graduate student, Advocacy and Notaryship Department, University named after O.E. Kutafin (Moscow State Law Academy named after O.E. Kutafin) (dnzaharenkov@yandex.ru)

Kuksin Ivan Nikolaevich — Doctor of Law, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, professor of the Department of Criminal Law, Law Institute, Moscow City University (proffkuk-1944@yandex.ua)

Kriven’kii Aleksandr Ivanovich — Doctor of Law, Professor, professor of the Department of International Law and Human Rights, Moscow City University (KrivenkiiAI@mgpu.ru)

Nazarov Ilya Dmitrievich — post-graduate student, the Department of Philosophy and Religion, Shuysk Branch, Ivanovo State University (aspirantura-sgpu@mail.ru)

Novopavlovskaya Elena Evgenyevna — PhD in Law, Associate Professor, assistant professor of the Department of State and Legal Disciplines, FGKOU VO Belgorod Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation named after I.D. Putilin (novopavlovskayae@gmail.com)

Pavlenko Elena Mikhaylovna — PhD in Law, Assistant Professor, assistant professor of the Department of International Law and Human Rights, Moscow City University (evgeniyapavlenko74@gmail.com)

Pashentsev Dmitriy Alekseevich — Doctor of Law, Professor, professor of the Department of Theory and History of State and Law, Moscow City University (dp-70@mail.ru)

Sannikova Larisa Vladimirovna — Doctor of Law, Professor, leading researcher of the Institute of State and Law, RAS, Professor of the Department of the “Civil Law”, Financial University affiliated with the Government of RA (Lsannikova@mail.ru)

Sitdikova Lyubov Borisovna — Doctor of Law, Professor, professor of the Department of Civil and Legal Disciplines, Law Institute, Moscow City University (LBSitdikova@mail.ru)

Syrykh Vladimir Mikhailovich — Doctor of Law, Professor, Honored Scientist of Russia, head of the Department of Theory and History of Law and Judicial Authorities, Russian State University of Justice (2707xyz@mail.ru)

Chestnov Ilya Lvovich — Doctor of Law, Professor, professor of the Department of Theory and History of State and Law, St. Petersburg Law Institute (F) AGPRF, Honored Lawyer of the Russian Federation (ichestnov@gmail.com)

Churilov Sergey Nikiforovich — Doctor of Law, Professor, professor of the Department of Criminal Law, Law Institute, Moscow City University (ChurilovSN@mgpu.ru).

Shamarov Pavel Vyacheslavovich — PhD in Military Sciences (Ministry of Defence of the Russian Federation) (shamarov@front.ru)

ТРЕБОВАНИЯ К ОФОРМЛЕНИЮ СТАТЕЙ

Редакция просит при подготовке материалов, предназначенных для публикации в «Вестнике МГПУ», руководствоваться требованиями к оформлению научной литературы, рекомендованными Редакционно-издательским советом университета.

1. Шрифт — Times New Roman, 14 кегль, межстрочный интервал — 1,5; поля: верхнее, нижнее и левое — по 20 мм, правое — 10 мм. Объем статьи, включая список литературы, постраничные сноски и иллюстрации, не должен превышать 40 тыс. печатных знаков (1,0 авт. л.). При использовании латинского или греческого алфавита обозначения набираются: латинскими буквами — в светлом курсивном начертании; греческими буквами — в светлом прямом. **Рисунки** должны выполняться в графических редакторах. **Графики, схемы, таблицы** нельзя сканировать.

2. Инициалы и фамилия автора набираются полужирным шрифтом в начале статьи слева; заголовок — посередине полужирным шрифтом.

3. В начале статьи после названия помещаются аннотация на русском языке (не более 500 печатных знаков) и ключевые слова (не более 5). Ключевые слова и словосочетания разделяются точкой с запятой.

4. Статья снабжается затекстовыми ссылками, оформленными в соответствии с требованиями ГОСТ Р 7.0.5–2008 «Библиографическая ссылка» на русском и английском языках.

5. Ссылки на издания из пристатейного списка даются в тексте в квадратных скобках, например: [3: с. 57] или [6: Т. 1, кн. 2, с. 89].

6. Ссылки на интернет-ресурсы и архивные документы помещаются в тексте в круглых скобках или внизу страницы по образцам, приведенным в ГОСТ Р 7.0.5–2008 «Библиографическая ссылка».

7. В конце статьи (после списка литературы) указывается автор, название статьи, аннотация и ключевые слова на английском языке.

8. Рукопись подается в редакцию журнала в установленные сроки на электронном и бумажном носителях.

9. К рукописи прилагаются сведения об авторе (ФИО, ученая степень, звание, должность, место работы, электронный адрес для контактов) на русском и английском языках.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

В случае несоблюдения какого-либо из перечисленных пунктов автор по требованию главного или выпускающего редактора обязан внести необходимые изменения в рукопись в пределах срока, установленного для ее доработки.

Более подробно о требованиях к оформлению рукописи можно посмотреть на сайте www.mgpi.ru в разделе «Документы» издательского отдела Научно-информационного издательского центра.

По вопросам публикации статей в журнале обращаться к главному редактору *Дмитрию Алексеевичу Пашенцеву* (Москва, ул. Новокузнецкая, д. 16, кафедра теории и истории государства и права Московского городского педагогического университета). Телефон редакции: (499) 959-55-51. E-mail: dp-70@mail.ru

Вестник МГПУ
Журнал Московского городского педагогического университета
Серия «Юридические науки»
№ 3 (23), 2016

Зарегистрирован в Федеральной службе по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций
(Роскомнадзор)

Свидетельство о регистрации средства массовой информации:
ПИ № ФС77-62496 от 27 июля 2015 г.

Главный редактор:
доктор юридических наук, профессор *Д.А. Пашенцев*

Главный редактор выпуска:
кандидат исторических наук, старший научный сотрудник

Т.П. Веденеева

Редактор:

С.П. Пузырьков

Корректор:

К.М. Музамилова

Перевод на английский язык:

М.В. Лебедева

Техническое редактирование и верстка:

О.Г. Арефьева

Научно-информационный издательский центр ГАОУ ВО МГПУ
129226, Москва, 2-й Сельскохозяйственный проезд, д. 4.
Телефон: 8-499-181-50-36. e-mail: Vestnik@mgpu.ru

Подписано в печать: 07.09.2016 г.
Формат 70 × 108 1/16. Бумага офсетная.
Объем: 7,75 усл. печ. л. Тираж 1000 экз.