

ISSN 2219-6838



**ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ
К «РОССИЙСКОМУ
ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»**

**НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ,
ИНФОРМАЦИОННОЕ И ПРАКТИЧЕСКОЕ
ИНТЕРАКТИВНОЕ ИЗДАНИЕ**

Основано в 2010 году



2/2010

electronic.ruzh.org

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Главный редактор – **Федоров Игорь Вадимович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА

Алексеева Ольга Геннадьевна, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Безбородов Юрий Сергеевич**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА (зам. гл. редактора); **Белых Владимир Сергеевич**, доктор юридических наук, профессор, директор ИПиП УрГЮА, заведующий кафедрой предпринимательского права УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Винницкий Данил Владимирович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права УрГЮА; **Головина Светлана Юрьевна**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового права УрГЮА; **Жернаков Дмитрий Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Загайнова Светлана Константиновна**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА; **Кодан Сергей Владимирович**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА, заслуженный юрист РФ; **Козаченко Иван Яковлевич**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Койстинен Ярмо**, кандидат юридических наук (Финляндия); **Кондрашова Татьяна Владимировна**, кандидат юридических наук, профессор УрГЮА; **Кокотов Александр Николаевич**, доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ; **Круглов Виктор Викторович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой земельного и экологического права УрГЮА, заслуженный юрист РФ; **Леушин Владимир Ильич**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА, заслуженный юрист РФ; **Малинова Изабелла Павловна**, доктор философских наук, профессор УрГЮА; **Милицин Сергей Дмитриевич**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Мотревич Владимир Павлович**, доктор исторических наук, профессор; **Невинский Валерий Валентинович**, доктор юридических наук, профессор, проректор Алтайского государственного университета, заслуженный юрист РФ; **Осинцев Дмитрий Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Родионова Ольга Николаевна**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Старилов Юрий Николаевич**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного и муниципального права Воронежского государственного университета; **Трунк Александр**, доктор юридических наук, профессор, директор Института права стран Восточной Европы Кильского университета (ФРГ)

Редакционная коллегия определяет текущую редакционную политику журнала, рассматривает и утверждает содержание очередных номеров, контролирует деятельность журнала

Адрес редакции: 620066, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23, оф. 207

Корреспонденцию, материалы и статьи направляйте по адресу:
620066, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21, УрГЮА,
редакция «Российского юридического журнала».
Тел./факс (343) 375-54-20. electronic.ruzh.org.
E-mail: ruzh@usla.ru, ruzh93@hotmail.com.

Свидетельство о регистрации Эл № ФС 77-41478 от 28 июля 2010 г.

Точки зрения авторов статей, иных материалов не обязательно совпадают с точкой зрения редакции.

Перепечатка статей и иных материалов, опубликованных в «Электронном приложении к Российскому юридическому журналу», допускается только с разрешения редакции

© Электронное приложение к Российскому юридическому журналу. 2010. № 2

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

- Трофимов В. В. (Тамбов)* Конфликт и сотрудничество
 как объективная основа правообразовательного процесса 5
- Югов А. А. (Екатеринбург)* Кратонорма: идея и обоснование феномена 14

МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВА

- Глазырин В. А. (Екатеринбург)* Обоснование социологии права 22

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Вабищевич С. С. (Беларусь, Минск)* Теоретические и практические
 аспекты исполнения обязательства третьим лицом 29

ЭКОНОМИКА И ПРАВО

- Варийчук Е. К. (Воронеж)* Международно-правовые аспекты применения
 правил «тонкой капитализации» в Российской Федерации 35

ТРУДОВОЕ И СОЦИАЛЬНОЕ ПРАВО

- Малинова А. Г. (Екатеринбург)* Противоречия в законопроектах
 об охране здоровья граждан и страховой медицине 43

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Пантюхина Г. А. (Екатеринбург)* Особенности выдвижения версий
 при расследовании преступлений, совершенных организованными
 преступными группами 45

ТОЛКОВАНИЕ В ПРАВЕ

- Белых С. В. (Екатеринбург)* Категории «основы правопорядка» и
 «нравственность» в свете решений высших органов судебной власти
 Российской Федерации 50

НАУЧНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

- Дуров А. И. (Екатеринбург)* Реформа МВД: полиция или милиция? 54

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

- Морре Х. (Нидерланды, Гаага), Роверс Н. (Нидерланды, Гронинген),
 Каримов Д. А. (Екатеринбург)* Некоторые особенности
 монархического правления в Нидерландах 60

ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ И ОБРАЗОВАНИЯ

- Поляков М. Б. (Москва)* История возникновения юридических клиник
 и клинического юридического образования 66

- RESUME 69

CONTENTS

THEORY OF LAW AND STATE

Trofimov V. V. (Tambov) Conflict and cooperation
 as an objective basis of lawmaking process 5

Yugov A. A. (Yekaterinburg) Cratonorm: idea and explanation
 of the phenomenon 14

METHODOLOGY OF LAW

Glazyrin V. A. (Yekaterinburg) The grounds of sociology of law 22

CIVIL LAW AND PROCEDURE

Vabishchevich S. S. (Belarus, Minsk) Theoretical and practical aspects
 of execution of the obligation by the third party 29

ECONOMICS AND LAW

Variychuk E. K. (Voronezh) International legal aspects of thin capitalisation
 rules application in the Russian Federation 35

LABOUR AND SOCIAL LAW

Malinova A. G. (Yekaterinburg) Antinomies in bills of health protection
 of citizens and compulsory medical insurance 43

CRIMINAL LAW AND PROCEDURE

Pantyukhina G. A. (Yekaterinburg) Promotion of versions features
 during the crime investigations, committed by the criminal groups 45

LEGAL INTERPRETATION

Belykh S. V. (Yekaterinburg) Categories «law and order bases»
 and «morals» in the light of decisions of the supreme bodies
 of judicial authority of the Russian Federation 50

EXPERTISE

Durov A. I. (Yekaterinburg) Reform of the MIA: police or militia? 54

COMPARATIVE JURISPRUDENCE

*Morre H. (Netherlands, Hague), Roovers N. (Netherlands, Groningen),
 Karimov D. A. (Yekaterinburg)* Some peculiarities of the monarchical
 government in the Netherlands 60

PROBLEMS OF JUDICIAL SCIENCE AND EDUCATION

Polyakov M. B. (Moscow) History of occurrence of legal clinics
 and clinical legal education 66

RESUME 69

В. В. Трофимов*

КОНФЛИКТ И СОТРУДНИЧЕСТВО КАК ОБЪЕКТИВНАЯ ОСНОВА ПРАВООБРАЗОВАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА

Рассматривается проблема влияния конфликта и сотрудничества на содержание и характер правового регулирования. Проводится анализ сотрудничества и конфликта как типов социально-правового взаимодействия. Раскрываются закономерности, отражающие механизм формирования правовых правил, опосредующих конфликтный и солидарный типы социальных взаимосвязей.

Ключевые слова: право, правообразование, взаимодействие, конфликт, сотрудничество, система, функция, норма

Изучая право с позиций социологического подхода, осуществляя поиск его общественных оснований, необходимо обратиться к исследованию *социального взаимодействия*: универсально-исторического феномена жизни общества в целом, а также ее составной части и особой разновидности – «правовой жизни». Это кратко сформулированное положение означает, что функционально различные стороны социальной интеракции (взаимодействия), выступая в различных видах и образуя ипостаси правовой жизни (жизни людей, связанной с правом, первоначальными и производными, положительными и отрицательными, статическими и динамическими правовыми явлениями¹), определяют предмет устанавливаемых субъектом правотворчества правовых норм.

Роль социального взаимодействия не пассивна, она не сводится к предмету правового регулирования. Его роль активна, что позволяет рассматривать данный феномен как фактор объективного характера, который воздействует на решения, содержащиеся в правовых нормах, т. е. как фактор, определяющий содержание, характер и конечные цели правовых регуляторов. В определении границ социальной основы права мы волеиневолей наталкиваемся на деятельность людей, описываемую в терминах человеческой коммуникации, взаимодействия или общения индивидов между собой. Это глубинные деятельностно-коммуникативные корни социальной правовой жизни.

Разные правовые акты и правоотношения, характеризующие специфику и уровень правового развития общества и выражающие форму и степень развития социальной жизни, представляют собой упорядочение типов и способов фактических взаимодействий между индивидами как субъектами – участниками правового пространства. Правообразование, правотворчество, правореализация – это функции интегрированных в общее правовое пространство многочисленных взаимодействий между людьми по поводу как установления (поиска) взаимных «возможных» и «необходимых» действий (прототипов субъективных прав и обязанностей), так и легализации найденных образцов правового общения, а также реализации имеющихся механизмов и способов социально-правовой жизни.

Чтобы отчетливее представить себе картину правовой жизни и ее основополагающую часть – правообразование, необходимо утвердить в качестве аксиомы, что социальная (в том числе правовая) жизнь начинается с элементарного взаимодействия между индивидами, в процессе которого создаются прообразы социально-правовых стандартов, нормативов, служащих в качестве управляющих инструментов данных взаимоотношений.

* Трофимов Василий Владиславович – кандидат юридических наук, доцент кафедры истории государства и права Тамбовского государственного университета им. Г. Р. Державина (Тамбов). E-mail: iptgutv@mail.ru.

Природа общественного взаимодействия имеет социально-психологическую основу. Оно возникает на базе чувств, рождающихся у людей по отношению друг к другу. Набор этих чувств безграничен, однако можно выделить две большие группы: 1) конъюнктивные – разного рода сближающие людей, объединяющие их чувства (одна из сторон выступает как желаемый объект, по отношению к которому демонстрируется готовность к сотрудничеству); 2) дизъюнктивные – разъединяющие людей чувства (когда одна сторона выступает как неприемлемая, по отношению к которой не возникает желания к сотрудничеству). Интенсивность того и другого рода чувств может быть различной.

На основе этих групп социально-психологических контактов выделяются типы социальных взаимодействий. Наиболее распространено дихотомическое деление взаимодействий на два противоположных вида: кооперацию и конкуренцию. Авторы используют и другие термины: согласие и конфликт, приспособление и оппозиция, ассоциация и диссоциация и т. д. Принцип выделения различных видов взаимодействия ясен. В первом случае это позитивное взаимодействие, которое способствует организации совместной деятельности. Во втором – взаимодействие, «расшатывающее» совместную деятельность, представляющее собой определенное рода препятствие для нее (эту же классификацию использует А. Р. Ратинов²).

Кооперация, или кооперативное взаимодействие, означает координацию единичных сил участников (упорядочивание, комбинирование, суммирование). Кооперация – необходимый элемент совместной деятельности, порожденный ее особой природой. Что касается конкуренции, то здесь чаще всего анализ сконцентрирован на наиболее яркой ее форме – конфликте. Он может быть проанализирован при наличии адекватной понятийной схемы исследования. Она должна охватывать, как минимум, четыре характеристики конфликта: структуру, динамику, функции и типологию³. Выделение двух полярных типов взаимодействия играет важную роль в анализе социально-интерактивной основы правообразования.

Если вести речь о функциональной зависимости, связывающей части системы социального взаимодействия (интеракции), которые носят характер переменных величин (первая величина обозначается понятием «аргумент», или независимая переменная, а зависящая от нее – понятием «функция», или зависимая переменная⁴), то связь может иметь или отрицательную, или положительную направленность. Применительно к социально-правовому взаимодействию этим понятием в равной мере будут охватываться случаи как социального сотрудничества, сближения (кооперации), так и вражды, антагонизма, конфликта (конкуренции).

Феномен социального взаимодействия с точки зрения его значения по отношению к правообразовательному процессу представляет собой предельно-конечный онтологический момент в рамках контекста общественных отношений, тот базисный (первичный) уровень, на котором начинается жизнь той или иной социальной структуры, в том числе надстроечных правовых форм. Для понимания этих структур, их социальных оснований должны быть изучены и элементы того глубинного ряда, которым является интерактивная социальная среда. При анализе правообразования следует учитывать специфику социально-интерактивной функциональной связи, складывающейся между взаимодействующими субъектами, а также различные типы интеракции – отрицательный (конфликт) и положительный (согласие) – в соответствии с характером устанавливаемых правовых норм (императивные и диспозитивные, запрещающие, предписывающие и управомочивающие).

Качество социального практического взаимодействия всегда складывается в зависимости от «внутреннего механизма» отношения, определяющего в значительной мере общий результат взаимодействия. «Внутренний механизм» может проявляться в различных состояниях: от коллизии, конфликта, антагонизма, оппозиции, антитезиса, конкуренции до компромисса, сотрудничества, кооперации, организации. Эти состоя-

ния и составляют жизнь социума. В практике социального взаимодействия существуют две противоположные, альтернативные стратегии, которые обозначают выбор между парадигмой сотрудничества, гармонизации отношений, обеспечения личной и общей безопасности и парадигмой соперничества, противостояния, агрессии. Эти стратегии называют консенсализмом (лат. *consensio* – единогласие) и диссенсализмом (лат. *dis-sensio* – разлад, разногласие). Под консенсализмом понимается то, что П. А. Сорокин называл, следуя принятой в этике традиции, «неэгоистической творческой любовью», «творческим альтруизмом» (в социологии – «позитивная поляризация»), а под диссенсализмом – то, что социолог называл «индивидуальным и коллективным эгоизмом», основывающемся на вражде и ненависти (или «негативная поляризация»)⁵.

Консенсализм – это взаимодействие, приобретающее форму сотрудничества, партнерства или конструктивного соперничества, соревнования в достижении общих целей. Взаимодействие, в котором существует общность интересов его участников и где обязательным условием и результатом разрешения конфликтов является согласие. Консенсализм предстает в качестве практики конструктивного регулирования и поступательного развития отношений.

Диссенсализм – это взаимодействие в форме межчеловеческой агрессии, враждебного соперничества, конфронтации. Он допускает насилие как средство обеспечения личных и корпоративных интересов и игнорирует общечеловеческие интересы⁶.

Онтологически консенсализм и диссенсализм выступают как две диалектически противостоящие друг другу и дополняющие друг друга в индивидуальном сознании и общественной практике нравственные и политические парадигмы, регуляторы и двигатели поведения и поступков людей.

Следует признать, что обе парадигмы используются при объяснении того, что лежит в основе социального развития, что заставляет людей искать и находить новые пути и способы совместной жизнедеятельности в интересах обеспечения достойного образа жизни. Однако относительно того, какому из явлений (солидарности или конфликту) принадлежит ведущая роль в детерминации социальной жизни, мнения ученых расходятся.

Ю. И. Гревцов приводит две основные позиции: «Одни ученые (О. Конт, Т. Парсонс) полагали, что общественная структура, социальная жизнь вообще и ее развитие держатся только на согласии и солидарности. Причем солидарность, по их мнению, есть исключительно результат взаимодействия и сотрудничества... Г. Зиммель, Р. Дарендорф и др. подчеркивали, в частности, что общественная жизнь порождается и развивается через противостояние, враждебность, настороженность, которые ведут к социальному напряжению на том или ином участке социальной жизни»⁷.

Можно принять во внимание резонность обеих точек зрения. Стремление к сотрудничеству, компромиссу, партнерству и одновременно подверженность конфликту, разладу, противоборству – это две основные социальные альтернативы, в соответствии с которыми происходит развитие всей общественно-правовой системы. Присутствие в социальной системе двух противоположных, но взаимообуславливающих тенденций к гомеостазису⁸ и социальной энтропии⁹, с одной стороны, и система права (механизм правового регулирования) – с другой, находятся в детерминационной взаимосвязи, влияя друг на друга.

В процессе реализации различных социальных интересов формируются два основных типа взаимодействия: *конфликт* и *сотрудничество*. В первом случае речь идет о действиях, «расшатывающих» совместную деятельность. Здесь имеет место образование социально-интерактивной системы, состоящей из субъектов с полярными, антагонистическими интересами (конфликт может быть вызван, например, одновременным стремлением к исключительному обладанию каким-либо материальным объектом). Во втором случае мы говорим о действиях, способствующих организации совместной деятельно-

сти. Здесь имеет место солидарность, интеграция интересов субъектов ради достижения общей цели (например, объединение «усилий» и «капиталов» с целью развития коммерческого «предприятия»).

При анализе норм позитивного права, регулирующих отношения конфликта и сотрудничества, нельзя не увидеть закономерность, которая подчеркивает социально-интерактивную обусловленность правовых норм. Системы с конкурирующими интересами определяют качество императивности правовых норм, обеспечивающих социальное соперничество рамками «допустимо-должного»; системы с кооперирующимися интересами обуславливают качество диспозитивности правовых норм с перспективными границами «возможного».

В процессе исследования социальной обусловленности права остановимся на отношениях борьбы, соперничества, состязательства, или конфликта, порождающего особый тип правового регулирования, предназначенный для опосредования и упорядочения конфликтных отношений в социуме.

Под конфликтом обычно понимается противоборство двух или нескольких субъектов, обусловленное противоположностью (несовместимостью) их интересов, потребностей, систем ценностей или знаний. Конфликтолог Л. Козер предлагал понимать под конфликтом «борьбу за ценности и претензии на определенный социальный статус, власть и недостаточные для всех материальные и духовные блага; борьбу, в которой целями состоящих в конфликте сторон являются нейтрализация, нанесение ущерба или уничтожение соперника»¹⁰.

Социолого-правовой анализ конфликта предполагает раскрытие такой важной его черты, как «конструктивная функция». Теория обнаружения конструктивной (а в нашем случае применимо и понятие конструкторской или конструкторско-правовой) функции берет начало в работах Г. Зиммеля. Эта научная традиция связана также с именами Л. Козера, Р. Дарендорфа, М. Дойча¹¹. По их мнению, конфликт предотвращает стагнацию, стимулирует ход колебаний взаимодействий, выступает в роли медиатора, с помощью которого артикулируются проблемы, находятся их решения, служит основой изменений в системах взаимодействия. Более того, как отмечает Л. Козер, в «нецентрализованных группах и свободных обществах конфликт, направленный на разрешение трений между противниками, часто играет стабилизирующую и интегративную роль. Позволяя четкое и ясное выражение противоречащих требований, эти социальные системы получают возможность усовершенствовать свою структуру путем исключения трений. Множественные конфликты помогают им избавиться от источников внутреннего антагонизма и добиться сплоченности. Эти системы снабжают себя, путем институционализации конфликта, важным стабилизирующим механизмом... Внутригрупповой конфликт часто вдыхает новую жизнь в существовавшие нормы или приводит к возникновению новых. В этом смысле социальный конфликт выступает в роли механизма для установки норм, соответствующих новым условиям»¹².

Задача – не пропустить позитивную конструкторско-правовую роль конфликтных ситуаций, выявить механизм осуществления этой роли. Тем более что бесконфликтное существование является скорее утопией, чем реальностью. Конфликты не могут быть ни полностью исключены, ни даже подавлены надолго. С. С. Алексеев, оценивая характер «правовых ситуаций», обращает на это особое внимание. Он отмечает, что «как правило, это конфликт или положение во взаимоотношениях людей, грозящее конфликтом, с внешней стороны – спор, сшибка интересов, соперничество мнений и намерений. Причем в условиях цивилизации, когда волей и страстями людей начинают руководить жесткие индивидуальные интересы, особенно те, которые выражают императивы власти, собственности и идеологии, такого рода конфликтные ситуации становятся постоянно существующей сферой. Теми, по словам Иммануила Канта, проявлениями „необщительной общительности“, „постоянного антагонизма“... которые выражаются

в соперничестве, состязании, конкуренции и которые, нередко выплескиваясь в разрушительных проявлениях, в то же время имеют значение, как это ни поразительно, незаменимого стимула активности и энергии — основы общественного прогресса»¹³.

«В обстановке такой „конфликтной среды“, обостренной групповой и личностной борьбы, и потребовался своего рода противовес — ... право», которое «призвано внести в остросложные ситуации, характерные для общественной жизни в условиях цивилизации... нормативные начала, построенные на принципах гражданского мира, умиротворения, согласия, учета различных интересов, взаимных скоординированных уступок»¹⁴. Как справедливо замечает Ю. А. Тихомиров: «В позитивных и негативных притязаниях на правовой порядок, существующий или новый, заложены важные импульсы, которые общество не может оставить без внимания»¹⁵.

В другой работе ученый эту закономерность представляет более наглядно, подразделяя неформальные социальные отношения на две группы: «К первой группе относятся позитивные неформальные отношения, которые служат в перспективе источником правообразования, отражают солидарность и общность интересов, способствуют выбору вариантов правомерного поведения и легальному усмотрению — административному, судебскому и т. п. Обеспечивают достижение договоренности в русле статусов партнеров и применения законов и других правовых актов. Такие виды отношений могут либо переводиться в правовые, либо признаваться правом.

Вторая группа неформальных отношений охватывает те из них, которые являются негативными. Такие отношения отражают противоправные ценности и мотивы деятельности граждан, должностных лиц и служащих, предпринимателей... Речь, как видно, идет об одном из закрытых секторов правовой сферы. Подобные „теневые“ проявления права нужно тщательно изучать и заблаговременно предотвращать и решительно преодолевать»¹⁶.

Было бы верно дополнить, что часть этих негативных проявлений также отражается в позитивном (формальном) праве (в той его части, которая выполняет охранительные функции) и, таким образом, служит источником правообразования (источником конфликтного права).

Каждый конфликт имеет следующую структуру: участники (стороны) конфликта, условия протекания конфликта, образы конфликтной ситуации, возможные действия участников конфликта и исходы конфликтных действий (динамика конфликта). В случаях конфликтных ситуаций происходит фиксация определенных форм взаимодействия. Стандарты поведения достигают фиксированного уровня в процессе пересечения, чередования, повторения, изменения линий интеракции, опосредованных энергией участвующих лиц, каждое из которых имеет для «другого» значение качественного и количественного показателя, являясь и эквивалентом «другого», и эталоном, мерой действий оппонента.

Возникающие в ходе конфликтного взаимодействия императивы имеют социально-интерактивную природу, поскольку за каждым (или почти за каждым) из них мы можем найти взаимные акции и реакции участников, имевшие место прежде, в настоящем, а также подразумеваемые в будущем. По данной схеме могут быть рассмотрены и проанализированы конфликтные ситуации, возникающие в различных жизненных областях (сфере преступлений, экологии, семье, гражданском обороте и пр.), с точки зрения их соотношения с правовыми регуляторами, опосредующими данные сферы. Главный смысл императивных норм, негативных (ограничивающих) правовых средств — зафиксировать статус конфликтующих субъектов, определить четкую дистанцию между ними и тем самым обеспечить должную упорядоченность в этой системе взаимодействия и в то же время ее внутреннюю эффективность (полностью устранить конкуренцию невозможно, как невозможно уничтожить свободу воли отдельных субъектов). Отраслями и институтами права, регулируемыми конфликтные взаимоотношения, можно считать

уголовное право, нормы об административных правонарушениях, некоторые институты экологического, трудового, семейного, процессуального права, отдельные субинституты гражданского права и т. д.

Подобные ситуации влияют на оформление, развитие и институционализацию юридических элементов по мере институционализации и развития самих конфликтных ситуаций. По этому поводу В. С. Нерсисянц, подчеркивая положительное значение перевода социального конфликта в правовую форму, писал: «Юридизация конфликта... не подчиняет себе жизнь, не унифицирует разные интересы... а лишь выражает необходимые общие условия... для равного... справедливо согласованного... по общей норме внешнего проявления этих различий»¹⁷. Поэтому важно выявление и таких элементов правовых норм, какими являются конфликтные типы интеракции индивидов. Это позволит не только правильнее понимать природу правовых норм, но и своевременно открывать правотворческий процесс, решая вопросы создания правовых форм для тех или иных ситуаций социального конфликта ранее, чем его размеры достигнут чрезмерно негативной величины.

Противоположны конфликту согласие, сотрудничество, кооперация, солидарность. Их характер обусловлен рядом общих объективных причин, связанных прежде всего со стремлением людей жить без вражды, существовать друг с другом на мирных взаимовыгодных началах. Э. Дюркгейм писал: «Если мы и любим войну, то мы любим также и радости мира, а последние ценятся тем больше, чем более люди социализированы, то есть (поскольку оба слова равнозначны) цивилизованны»¹⁸. Процесс солидаризации осуществляется автоматически, благодаря тому только, что каждый преследует свои собственные выгодные для себя интересы.

Корпоративная среда — это нравственный правовой источник, который обеспечивает объединившихся и взаимодействующих на основе сотрудничества индивидов установленными правилами, а также способами их применения. Мирные отношения между людьми рождают свои правовые формы, средства, юридические конструкции, адекватные этим отношениям правовые институты, комплексы, элементы которых могут концентрироваться в различных правовых источниках. Все эти элементы составляют право, которое обеспечивает взаимосогласующиеся интересы участников правового обмена и приобретает базовые свойства и качества исходя из этой социальной солидарности.

Право, закрепляющее ситуации сотрудничества, является видимым символом социальной солидарности или корпорации индивидов. Она обнаруживает свое присутствие видимыми действиями. Имея силу, она сближает людей, часто приводит их в соприкосновение, умножает представляющиеся им случаи взаимосвязей. К тому же трудно однозначно сказать, производит ли она эти явления или, наоборот, сама от них происходит; сближаются ли люди от ее силы или же она сильна потому, что они близки между собой. Главное, чем солидарнее люди между собой, тем более они поддерживают разнообразные отношения друг с другом, и число этих «отношений, — определял Э. Дюркгейм, — пропорционально числу определяющих их юридических правил. Действительно, социальная жизнь повсюду, где она долго существует, неизбежно стремится принять определенную форму и организовать, а право — не что иное, как сама эта организация в ее наиболее устойчивом и точном выражении... Жизнь общества не может распространиться до какой-нибудь точки без того, чтобы юридическая жизнь не достигла того же пункта. Значит, мы можем быть уверены, что найдем отраженными в праве все существенные разновидности социальной солидарности»¹⁹.

Одно из главных ее следствий — воспроизведение основных форм социальной солидарности в виде позитивных (стимулирующих) правовых средств, которые находят закрепление в соответствующих правовых формах.

Если придерживаться строго структурно-функционального подхода²⁰, то для более полного исследования природы функции нужно найти соответствующий аргумент, кото-

рый, по сути, «заставляет» эту функцию работать и быть продуктивной. В качестве искомого X выступает социальная система, продуцирующая систему социального контроля, ориентированного не на «запреты» и «негативные санкции», а на «дозволения» и «позитивные санкции» — правовые инструменты, которые поддерживают бесконфликтный социально-правовой порядок. Явления, связанные с построением, развитием и совершенствованием этого порядка, охватываются понятием «позитивная правовая жизнь», которая представляет собой форму юридического бытия общества, выражается в позитивных проявлениях права, характеризует положительное отношение субъектов к праву и высокую степень удовлетворения их интересов²¹.

Правовые средства выбираются или отвергаются, во многом ориентируясь на цели правового регулирования, но этот процесс не может быть произвольным по той причине, что цели определяются исходя не только из субъективных представлений, но и из объективных закономерностей. Ответ на вопрос о том, почему в одних случаях законодатель вынужден ставить «правоограничивающие» и «репрессивные» цели, а в других — определять цели «правостимулирующие», «правоощряющие» и цели, в соответствии с которыми формируется «набор» правовых средств, настрой правовой системы, зависит от качеств социальной среды, ее предзаданности на воспроизводство правовых стандартов, организационных процедур, поведенческих моделей. «Право неразрывно связано с существованием человеческого сообщества, и, таким образом, условия возникновения права являются условиями социальными», «право изначально коммуникативно»²², т. е. основано на социальном взаимодействии. Поэтому при анализе права, правовых средств нужно исходить из природы социального взаимодействия²³.

Право — явление прежде всего социальное. Именно социальное действие необходимо для того, чтобы создавать и изменять юридические отношения. Социальные действия (взаимодействие участников правовой жизни), выражающие положительное сотрудничество, кооперацию, тесно связаны с такими отраслями позитивного права, как семейное, договорное, коммерческое, процессуальное право.

Таким образом, солидарность (сотрудничество) как положительный вид интеракции, связи между индивидами и социальными группами в рамках микро- и макросистем обуславливает сближение людей, их соприкосновение, а следовательно, и умножение представляющихся им случаев взаимосвязей. Естественно, происходит упорядочение, оформление пропорциональных солидарным взаимосвязям правил юридического характера. Причем большая их часть направлена на предоставление возможностей действовать свободно, без принуждения, поэтому в результате процесса солидарности (сотрудничества) индивидов возникают нормы либо рекомендательного, либо управомочивающего характера. Именно такие нормы составляют и должны составлять главную часть правовой системы. Корпоративное право, договор, вырастающие из положительной интеракции индивидов, — вот главный показатель цивилизованности правовой системы общества.

Как уже отмечалось, процесс солидаризации осуществляется автоматически, благодаря тому только, что каждый преследует собственные интересы, не посягая на интересы другого. Поскольку он самопроизволен, то нет нужды ни в каком принудительном аппарате ни для создания, ни для сохранения динамики данного типа. Для поддержания этих процессов нужен механизм другой направленности — поощрительно-стимулирующей.

Многообразные юридические инструменты представляют собой средства действия права, обусловленные самим ходом общественных взаимодействий. Положительное содержание этих юридических средств раскрывается через положительную природу социальной среды, из которой они происходят и которую они таким образом поддерживают. Это, естественно, не исключает моделирующей и, что особенно важно, легитимирующей функций, выполняемых субъектами правотворчества (правоустановления), т. е. учас-

тия компетентных органов власти в опосредовании возможных социальных ресурсов²⁴. Однако это участие в правообразовании должно быть в высшей степени органичным и целесообразным.

Солидарность (сотрудничество) между субъектами права обуславливает упорядочение, оформление пропорциональных солидарным взаимосвязям правил юридического характера. Большая часть этих правил направлена на предоставление возможностей действовать свободно, без принуждения, строить свое поведение на началах доброй совести (*bonae fidei*), в том числе ожидая в ответ на свои действия предоставления блага (преимущества) со стороны партнера (контрагента по ситуации положительного взаимодействия). Поэтому процесс солидарности (сотрудничества) имеет результатом нормы рекомендательного, управомочивающего характера и регулируется позитивными юридическими средствами (дозволениями, льготами, поощрениями, правовыми стимулами). Именно такие правовые нормы и средства составляют и должны составлять главную часть правовой системы. Это главный показатель (индикатор) надежности и цивилизованности внутренних и внешних механизмов правовой регуляции общественного организма. Думается, что данные правовые технологии активнее должны использоваться в современных условиях правового и государственного строительства. Видимое присутствие в системе права стимулирующего (позитивного) элемента – это залог его стабильности, правового развития и перспектив роста.

Следует согласиться с антропосоциологической трактовкой природы права, которую предлагает В. А. Бачинин: «У правовой системы имеется своя внутренняя энергетика и ритмика функционирования. Она, подобно живому существу, способна и бодрствовать, и дремать, быть разумной и безрассудной, суровой и жалостливой. И это все от того, что за ней стоят люди, переносящие на все, что они создают, черты и признаки своего образа и подобия. Одной из таких главных сущностных черт является транс-агрессивность. Способность человека переступать черту привычного или дозволенного двойственна и имеет как позитивное, так и негативное измерение»²⁵. Оба эти свойства определяют характер социальных ситуаций, агентами которых являются люди, так же как, в частности, стремление людей жить без вражды, существовать друг с другом на мирных взаимовыгодных началах обуславливает ситуации, выражаемые в терминах «согласие», «сотрудничество», «кооперация», «солидарность».

Двойственность (биполярность) социальной детерминанты правового развития (воспроизводства права) непосредственно отражается на двойственности (биполярности) системы правового регулирования, на системе ее методов и средств. «Разрешительный» тип правового регулирования, императивный метод, «охранительное начало» в праве, государственно-правовое принуждение – все это можно назвать закономерным следствием конфликтных отношений, ситуаций «вражды» и антагонизма. В свою очередь, «общедозволительная направленность» правового воздействия, диспозитивный метод, регулятивные механизмы, правовое убеждение и «признание как форма правового санкционирования» – правовые формы, объективно выражающие тип отношений социального сотрудничества, солидарности и партнерства. Это объективные законы социально-правовой жизни, социальные основы правообразовательного процесса.

¹ Малько А. В. Категория «правовая жизнь»: проблемы становления // Государство и право. 2001. № 5. С. 5–15; Малько А. В., Трофимов В. В. Теоретико-методологическое значение концепции «правовой жизни» // Государство и право. 2010. № 7. С. 5–13.

² Ратинов А. Р. Социально-психологические аспекты юридической теории и практики // Прикладные проблемы социальной психологии. М., 1983. С. 225–242.

³ Петровская Л. А. О понятийной схеме социально-психологического исследования конфликта // Теоретические и методологические проблемы социальной психологии. М., 1977. С. 128; Ковалев А. Г. Коллектив и социально-психологические проблемы руководства. М., 1978; Ершов А. А. Социально-психологические аспекты конфликтов // Социальная психология и социальное планирование. Л., 1973.

⁴ Яковлев А. М. Теоретические проблемы социологии права // Проблемы социологии права. Вильнюс, 1970. Вып. 1. С. 26–34.

⁵ Социальная стратификация российского общества. М., 2003. С. 113.

⁶ Там же. С. 113–114.

⁷ Гревцов Ю. И. Социология права. СПб., 2001. С. 193.

⁸ Понятие, выражающее стремление системы к сохранению внутреннего и внешнего равновесия (между частями системы, между последней и средой) без изменения ее свойств и связей (Резник Ю. М. Введение в социальную теорию: Социальная системология. М., 2003. С. 194).

⁹ Мера внутренней неопределенности и неупорядоченности социальной системы, проявляющаяся в случайном или заданном распределении статусов и позиций между людьми; максимальная энтропия в социальной системе означает ее неспособность к преобразованиям, а следовательно, беспорядок и повышенную конфликтность (Там же. С. 174, 504).

¹⁰ Цит. по: Кудрявцев В. Н. Юридический конфликт // Государство и право. 1995. № 9. С. 9.

¹¹ Цит. по: Теоретические и методологические проблемы социальной психологии. С. 139.

¹² Цит. по: Дойч М. Разрешение конфликта: (конструктивные и деструктивные процессы) // Социально-политический журн. 1997. № 1. С. 209.

¹³ Алексеев С. С. Право: Азбука. Теория. Философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 220–222.

¹⁴ Там же. С. 258.

¹⁵ Тихомиров Ю. А. Право официальное и неформальное // Журн. рос. права. 2005. № 5. С. 84.

¹⁶ Тихомиров Ю. А. Право и саморегулирование // Журн. рос. права. 2005. № 9. С. 88.

¹⁷ Юридический конфликт: процедуры разрешения. М., 1995. С. 55.

¹⁸ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии. М., 1991. С. 19.

¹⁹ Там же. С. 66.

²⁰ О возможностях применения структурно-функционального подхода при исследовании правовых явлений см., например: Яковлев А. М. Теоретические проблемы социологии права. С. 26–34.

²¹ «Позитивная правовая жизнь» рассматривается в современной юридической литературе в дихотомии с «негативной правовой жизнью», образующих в комплексе «правовую жизнь» общества. В этом подходе наблюдается логика объемного рассмотрения правовых явлений, всегда содержащих в себе явно или незримо два полюса («плюс» и «минус»), две тенденции («положительную» и «отрицательную») (Малько А. В. Политическая и правовая жизнь России. М., 2000. С. 35–36; Михайлов А. Е. Разнообразие правовой жизни // Правовая жизнь в современной России: теоретико-методологический аспект. Саратов, 2005. С. 194–240).

²² Поляков А. В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход: курс лекций. СПб., 2003. С. 189, 204.

²³ Как верно замечает В. А. Сапун, жизнеспособность теории правовых средств зависит от того, насколько логично она будет увязана с другими аспектами исследования правовой материи (Сапун В. А. Теория правовых средств и механизм реализации права. СПб., 2002. С. 14).

²⁴ «Ресурсы, — по словам Э. Гидденса, —... представляют собой структуральные свойства социальных систем, возникающие и воспроизводимые в процессе человеческой деятельности, в ходе социального взаимодействия... Ресурсы — это средства, с помощью которых осуществляется власть как рутинная составляющая поведения в процессе социального воспроизводства» (Гидденс Э. Устроение общества: очерк теории структуризации. М., 2003. С. 57).

²⁵ Бачинин В. А. Антропосоциологические проблемы права: методология и эмпирия // Правоведение. 2001. № 3. С. 31.

А. А. Югов*

КРАТОНОРМА: ИДЕЯ И ОБОСНОВАНИЕ ФЕНОМЕНА

На основе ранее опубликованных разработок о сущности и содержании публичной власти сформулировано понятие кратологической нормы (кратонормы) как обязательного правила, исходящего от институтов и органов официальной публичной власти. Определены и описаны основные функции и признаки кратонормы. Показана социальная ценность учения о кратонорме с учетом того, что публичная власть функционирует во всех сферах общественной жизни.

Ключевые слова: публичная власть, универсализм, мера, кратонорма, учение о кратонорме, социальная ценность

Во все времена и во всех сферах деятельности человек воспринимал и продолжает воспринимать мир через измерение. Чем полнее и глубже проникновение в сущность явлений, тем более верными и дифференцированными становятся эталоны, образцы и стандарты соответствующих единиц измерения, которые используются в качестве нормы разумного и правильного понимания и объяснения действительности. Так, исторически сложившимися мерами определения системности и упорядоченности в конкретных областях повседневной жизни выступают метрическая система мер как единая и универсальная система физических величин в естественных науках; метр в мелодии и стихосложении как мера заданной упорядоченности, размера и такта в музыке и поэзии; правовая норма как исходящая от государства мера предустановленного порядка в развитии общественных отношений; «метр избирательный» в структуре формирования представительной власти как определенная законом мера величины числа голосов, необходимая для получения избирательным объединением хотя бы одного места в парламенте или другом выборном представительном учреждении.

Объективная закономерность познания развития мира во всех измерениях через выявление разнообразия мер сущего и использование этого свойства для упорядочения общественной жизни исходя из представлений о должном и лучшем особенно активно и полно используется в политической и юридической практике для нормирования статуса и нормотворческой деятельности институтов и органов публичной власти в силу того, что публичные властеотношения охватывают самые важные стороны социальной жизни и проникают во все «поры» общественных отношений.

Известно, что публичная власть как система осознанного и волевого взаимодействия и противодействия субъектов общественной жизни и как институциональное и целенаправленное проявление их намерений и устремлений, воплощенных в формально определенных предписаниях и велениях, характеризуется наличием нормотворческой функции.

Главная задача нашего исследования заключается в том, чтобы раскрыть понятие и содержание такого феномена, как кратонорма, представляющего собой меру нормированного поведения и действия во всех сферах функционирования публичной власти. Изначально важно обратить внимание на то, что все серьезные исследователи говорили о нормотворческой функции власти как имманентно присущем ей свойстве. Так, по мнению известного социолога Е. Вятра, «...общее определение власти должно включать следующие элементы: 1) не менее двух партнеров, 2) приказ осуществляющего власть, 3) подчинение того, над кем осуществляется власть, и 4) общественные нормы,

* Югов Анатолий Александрович – кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права УрГЮА (Екатеринбург). E-mail: kp@mail.ru.

устанавливающие, что отдающий приказы имеет на это право, а тот, кого эти приказы касаются, обязан подчиниться приказам осуществляющего власть»¹. Как видно из приведенного фрагмента, и «приказ» осуществляющего власть, и «общественные нормы», устанавливающие право на издание этого приказа, выступают обязательными составляющими власти и указывают на ее нормотворческую функцию. Примечательно, что в этом глубоко научном определении власти отчетливо прослеживается объективный (это общественные нормы, устанавливающие право власти) и субъективный (правомерная возможность властвующего издать приказ и обязанность корреспондирующей стороны подчиниться этому приказу) аспекты феномена права на публичную власть.

Практика свидетельствует, что нормотворческая функция присуща каждой форме публичной власти, поскольку все институты и органы публичной власти в процессе осуществления своей компетенции разрабатывают и принимают определенные правила поведения, устанавливают принципы и иные обязательные для исполнения догматические требования. Эти нормативные требования и предписания, содержащие меру поведения или действия, не могут быть сведены только к совокупности известных современной юридической теории и практике правовых норм, так как не только являются результатом функционирования государственных институтов и органов, что указывало бы на их природу как традиционных правовых норм, но и представляют собой предписания, закрепленные и негосударственными публично-властными структурами. Правовые же нормы, которые чаще всего рассматриваются как формально определенные правила поведения, установленные государством и им охраняемые, будут лишь одной из составных частей данной системы нормативных требований.

Поэтому есть основания утверждать, что все нормы, созданные всеми институтами и органами всех форм публичной власти, представляют собой особого рода социальные публично-властные феномены, которые можно обозначить термином «кратологические нормы». Основное назначение этих кратонорм заключается в том, чтобы обеспечивать разумную и рациональную организацию и развитие общественных связей, зависимостей и отношений посредством их упорядочения, организации и системного регулирования на основе чувства меры и здравого смысла. Причем применяются они во всех сферах, где имеют место публичные властеотношения. Если даже допустить, что все устанавливаемые институтами и органами публичной власти нормы, принципы и другие правила поведения – исключительно правовые, то и тогда это уже будет новое качество понимания правовой нормы, когда она представляет собой суперкрупную, макрообъемную и большемерную форму социального регулирования общественных отношений, т. е. объективируется как качественно новое явление.

В историческом плане кратонормы как сформировавшаяся и самостоятельная мера нормативного регулирования системы человеческих отношений появляются как результат длительного развития идеи социального (идеального) регулирования общественной жизни. Последняя имеет ряд стадий развития. В догосударственном обществе, где отсутствовало противопоставление права нормам морали, религии и иным социальным регуляторам, действовали мононормы². На следующем историческом этапе, когда главным субъектом официальной власти стало государство, ведущее место занимали правовые нормы, обособленные от иных социальных регуляторов. На третьем этапе исторического развития, когда государство перестает быть самодовлеющим субъектом социального регулирования и публичной власти, создаются объективные предпосылки для становления качественно нового уровня нормативного регулирования общественных отношений через систему кратонорм как нового инструмента публично-властной организации социальной жизни, в которой нормы права уже не занимают безраздельно господствующего положения.

Итак, кратонорма – это, прежде всего, результат реализации нормотворческой функции публичной власти, а ее социальное и аксиологическое значение заключается в том,

что она (кратонорма) представляет собой эффективный инструмент использования редчайших возможностей феномена «меры» в сфере функционирования публичной власти. Это лишний раз доказывает, что категория «мера» обладает универсальными и непревзойденными свойствами, позволяющими использовать ее в нормативном и мероопределенном регулировании общественных отношений, что особенно отчетливо и масштабно наблюдается в практике организации и функционирования публичной власти в процессе установления публично-властными институтами и органами правил, стандартов и принципов действия и поведения участников социальной жизни.

В контексте мерности миропонимания и телеологического воздействия на социальную практику кратонорму следует рассматривать как самостоятельное средство социально-нормативного регулирования общественных отношений, которое в системе сбалансированного, гармоничного и «измеренного» мира служит основой рациональной, научно обоснованной и успешно функционирующей системы управления обществом и государством, гарантирует их прогрессивное развитие.

Как форма проявления меры кратонорма обладает возможностью обеспечивать выработку и принятие оптимальных публично-властных решений; позволяет объективировать внешние формы выражения содержания кратологической воли носителей публичной власти; служит средством сбалансирования потребностей и интересов участников публично-властной деятельности; способна ограничивать или, наоборот, расширять пределы деятельности субъектов общественной жизни; гармонизирует общественные явления и процессы и тем самым стабилизирует устойчивое развитие существующей системы отношений; может подавлять всеволие в деятельности властных субъектов; выступает критерием целесообразности и обоснованности деятельности всех участников общественной жизни, в том числе самих субъектов публичной власти, устанавливающих эти нормы.

Конечно, кратонорма – понятие собирательное, даже идеальное и в некотором смысле абстрактное, поскольку нет какого-либо отдельного властвующего субъекта, издающего эту норму, но в то же время это и вполне реально существующая форма ценностно-нормативной ориентации общества, состоящая из общих признаков всех норм, производимых публично-властными структурами; комплексная и системная совокупность требований, предъявляемых публичной властью к поведению и действию участников общественной жизни. Как таковая она не может не вызывать неподдельный теоретический интерес и имеет достаточно серьезное практическое значение.

Учение о кратонорме позволяет охватить и осмыслить общие и отличительные признаки всех норм, исходящих от публично-властных институтов и органов, т. е. и правовых норм, и норм общественных организаций, и норм других субъектов публичной власти, что позволяет глубже проникнуть в сущность политической природы публичной власти.

Анализ показывает, что все попадающие в категорию кратонорм общеобязательные правила и принципы, исходящие от публично-властных структур, имеют общие признаки и в то же время представляют собой не совпадающие по содержанию социальные регуляторы. Общее проявляется в том, что они выступают мерой свободы личности и других субъектов социальной жизни, имеют регулятивный характер, служат средством активного воздействия на людей, им свойственна общая цель в виде утверждения общечеловеческих ценностей, они действуют в одном поле социальных связей. При этом кратонормы различаются между собой по источнику происхождения, масштабу охвата регулируемых общественных отношений, степени воздействия на общественные отношения, обеспечительным мерам и т. д.

Кратонорма как система совокупных нормосодержащих возможностей публичной власти превосходит регулятивную силу каждой отдельно взятой правовой нормы или нормы общественной организации, поскольку выраженная в ней энергия публичной

власти обладает бóльшим масштабом и бóльшей глубиной проникновения в сферу социального регулирования общественных отношений, а потому способна расширить границы того влияния, которым располагает в настоящее время цивилизованное общество в его усилиях по обеспечению стабильности, порядка и разрешению конфликтов. По масштабу и объему регулируемых отношений, по силе мер принуждения кратонорма занимает господствующее положение в общей системе ценностно-нормативной ориентации современного общества, доминирует над такими видами норм, как правовые нормы, технические нормы, эстетические нормы.

Важно обратить внимание на то, что круг прав и обязанностей, закрепляемых кратонормами, т. е. всей совокупностью нормативных установлений всех публично-властных институтов и органов, по сравнению с правовыми нормами или другими отдельными видами иных социальных норм более полно и всесторонне характеризует статус личности в современном обществе. Говоря о широте охвата кратонормами большого круга общественных отношений, уместно отметить, что в последнее время все чаще высказывается утверждение о том, что «право есть только минимум требований, предъявляемых обществом к лицу»³. В отличие от этого публичная власть во всем разнообразии ее форм предъявляет к члену современного общества через кратонормы гораздо более широкий спектр требований и устанавливает обязательные для исполнения и соблюдения правила.

Это дает основания для еще одного вывода, позволяющего определить особую социально-политическую природу кратонорм как комплексной и синтетической формы публично-властного управления. Суть вывода в том, что с помощью кратонорм в обществе обеспечивается кратопорядок, т. е. устойчивое, разумное и справедливое развитие социальных институтов и социальных отношений на основе правил, создаваемых публичной властью.

Данное положение указывает, что хотя кратонорма, конечно, имеет много общего с правовой нормой, будучи тоже мерой свободы между личностью и обществом, однако отличается от нее иным масштабом, другим форматом меры и собственной «системой координат» для определения принудительной силы, обеспечивающей исполнение этих норм. Например, нормы общественных организаций, не являясь правовыми нормами в общепризнанном понимании этого феномена, имеют признаки кратологических норм, содержащиеся в них требования и веления зачастую носят не рекомендательный, а обязательный характер и защищены теми средствами, которыми располагает корпоративная публичная власть институтов гражданского общества.

Изложенные признаки кратонорм убедительно доказывают, что кратонорма выполняет роль универсального «метра», позволяющего воздействовать на общественные отношения и поведение людей; она может быть зафиксирована в воспринимаемых человеком параметрах и, следовательно, существует как явление объективной действительности. На это же указывают и функции, которые выполняет кратонорма. В числе этих функций можно выделить следующие:

во-первых, кратонорма позволяет комплексно отражать и осознавать объективные процессы, протекающие в сфере организации и функционирования публичной власти;

во-вторых, кратонорма дает возможность создать формально определенный универсальный эталон должного и разумного бытия и поведения людей на основе обязательных для исполнения кратологических установлений;

в-третьих, кратонорма представляет собой многозначный вид регулятивно-преобразующего воздействия на все жизненно важные сферы общественной жизни и в этом смысле является крупным, а возможно, и самым крупным, элементом инфраструктуры социального регулирования;

в-четвертых, кратонорма — исключительно широкое и особое средство удовлетворения естественной потребности людей в упорядочении и рационализации системы взаи-

модействия и взаимоотношений субъектов социального бытия: человека и гражданина, органов государства, органов местного самоуправления, институтов гражданского общества и т. д.;

в-пятых, кратонорма как сложносоставной и комплексный феномен в сфере социально-нормативной ориентации общества обеспечивает всестороннее влияние на формирование и развитие общества;

в-шестых, кратонорма выполняет важную коммуникативную функцию, обеспечивая взаимодействие между правовыми нормами, нормами общественных организаций, техническими нормами и другими видами нормативных регуляторов;

в-седьмых, как и всякая мера нормативного порядка вещей и общественной жизни, кратонорма исключает произвол официальных властных структур и гарантирует свободу личности и свободу общества в целом. В этом также, безусловно, одно из ее основных назначений.

Органическое взаимодействие всех указанных функций и составляет специфическое содержание кратонормы.

Кратологическая норма как продукт формализованной и четко организованной деятельности публично-властных структур, подобно правовой норме (в отношении которой уже было сказано, что она является разновидностью кратонормы), обладает рядом специфических признаков. Среди них в качестве важнейших выделим следующие:

1) кратологические нормы как результат осмысленной интеллектуальной деятельности людей-участников публичных властеотношений обладают способностью целенаправленно изменять окружающий человека мир, создают новые условия для эффективного развития положительных тенденций в общественной жизни. В этом заключается их созидательно-творческий потенциал;

2) кратологические нормы отражают сущность официальной и легитимной публичной власти, несут в себе требование обязательности публично-властных управленческих решений и направлены на регулирование значимых общественных отношений, что придает стабильность и устойчивость всем социальным институтам современного общества;

3) кратологические нормы устанавливаются компетентными субъектами публичной власти, которые обладают правом нормотворчества в пределах своей юрисдикции на основе и в соответствии с Конституцией Российской Федерации и законодательством. Они есть внешнее проявление волевого начала публичной власти.

Признание за субъектами публичной власти права на установление кратонорм позволяет разрешать нередко непростую в российской юриспруденции проблему определения характера и вида обязательных правил поведения, создаваемых органами публичной власти. Например, закрепляемые муниципальными органами общие правила поведения по формальным признакам не всегда могут быть признаны правовыми нормами⁴. Введение же в научный оборот и юридическую практику категории «кратонорма» дает основание говорить, в частности, о муниципальных кратологических нормах. Следовательно, имеют право на существование плебисцитные кратологические нормы (нормы институтов народного голосования), кратонормы общественных объединений и других институтов гражданского общества и т. д. применительно к основным формам публичной власти;

4) кратологические нормы выступают как социальный инструмент регулирования определенных общественных отношений, воздействие которого на адресатов поддерживается мерами принуждения. Это не только государственное принуждение, свойственное правовым нормам, но и различные средства негосударственного насильственного влияния. Так, в процессе использования и претворения в жизнь кратологических норм, исходящих от институтов гражданского общества, т. е. кратонорм органов корпоративной публичной власти, возможно применение такой принудительной меры, как исключение человека из рядов политической партии по правилам внутрипартийной жизни,

закрепленным в уставе партии. Наличие в содержании кратонорм потенциального принуждения гарантирует реализацию имеющихся в них предписаний;

5) кратологическая норма обладает формальной определенностью. Это проявляется в том, что прежде всего эти нормы объективируются и доводятся до адресатов через имеющие обязательное значение и нормативно установленную форму управленческие решения. В свою очередь эти решения разрабатываются и принимаются в соответствии со строго регламентированными процедурами. Наконец, нормативные акты, в которых содержатся данные нормы, имеют обязательные реквизиты, позволяющие их идентифицировать. Как правило, такие решения проходят еще и процедуру государственной регистрации.

В итоге можно сказать, что кратонорма – это обладающее собственными признаками общеобязательное правило поведения, установленное управомоченными институтами и органами публичной власти. Образно говоря, кратонорма – «дитя» публичной власти.

В широком смысле нормотворческая функция публичной власти не ограничена тем, что публично-властные структуры разрабатывают и принимают кратологические нормы. Нормативное воздействие участников-субъектов публичной власти имеет место во всех сферах общественной жизни и по различным направлениям, оказывая мощное воздействие в том числе на способы и формы осуществления самой публичной власти. В результате учение о кратонорме позволяет предметно говорить о способах нормирования организации и функционирования самой публичной власти. При этом разнообразие таких способов вполне объяснимо тем, что публичная власть охватывает исключительно широкий спектр общественных отношений, а результаты ее функционирования чрезвычайно значимы и серьезны для каждого человека и общества в целом. В ряду таких способов важно назвать:

1) разработку, использование и освоение общесоциальных и социально ориентирующих ценностных понятий и категорий, таких как кратонорма, кратопорядок, кратологическое управление и др. Или определение и разграничение понятий «орган публичной власти», с одной стороны, и «институт публичной власти» – с другой;

2) генерирование, обоснование и внедрение эвристических теорий и концепций, дающих выход новым возможностям в сфере действия публичной власти. Так, концепция «выборного права», согласно которой нормативно установленными правомочиями, т. е. выборными правами, в процессе осуществления официальной публичной власти обладают не только граждане в статусе избирателей, но и все другие участники выборов, например политические партии, органы государственной и муниципальной власти, существенно расширяет научно-теоретическую базу дальнейшего развития представительной системы и всей системы российской демократии;

3) создание, поддержание и обновление юридических конструкций. Очень перспективной представляется задача формирования современного научного представления о юридической конструкции феномена «права публичной власти» с выделением в его структурном содержании трех основных правомочий: а) права прямого (естественного) осуществления публичной власти, реализуемого через институты прямой демократии; б) права применения прерогатив публичной власти на основе представительства, осуществляемого через органы опосредованной демократии, например через представительные органы государственной власти или представительные органы местного самоуправления; в) права участия в реализации публичной власти, которое объективируется через такие правовые институты, как государственная служба, муниципальная служба или институты общественного представительства, в частности через совещательные советы и вспомогательные комиссии при руководителях органов государственной или муниципальной власти;

4) конституирование институтов публичной власти и определение их правового статуса. Основными направлениями нормирования процесса осуществления публичной вла-

сти в этой сфере должны быть: закрепление порядка подготовки и проведения всенародного (народного) голосования, модернизация способов выявления и закрепления политической воли участников институтов прямой демократии, создание технологических схем разработки и принятия правовых актов и определения их юридической силы;

5) установление системы и структуры органов публичной власти, их компетенции. Представляется, что настало время закрепить в конституционно-правовых нормах (а еще лучше – в тексте самой Конституции РФ) всю систему органов публичной власти. Надо учесть, что Конституция говорит не только об органах государственной власти, но и об органах местного самоуправления, а новейшие теоретические изыскания позволяют утверждать, что в системе органов официальной публичной власти на современном этапе развития российской демократии можно выделить пять видов органов публичной власти: а) органы публичной государственной власти, б) органы публичной муниципальной власти (власти местного самоуправления), в) органы институтов гражданского общества, в том числе постоянно действующие органы политических партий, профессиональных союзов, г) органы международно-правовой (наднациональной или надгосударственной) публичной власти, д) органы производственной демократии, например забастовочные комитеты;

6) выработку и нормативно-правовую регламентацию принципов осуществления публичной власти, среди которых первое место должно принадлежать таким закрепленным в преамбуле Конституции РФ принципам, как идея добра, идея гуманизма, идея демократии, идея господства права, в силу того, что эти фундаментальные философские идеи были одобрены большинством граждан Российской Федерации во время всероссийского референдума 12 декабря 1993 г. как соответствующие мировоззрению российского народа;

7) формирование моральных и юридических запретов на потенциальные случаи незаконного захвата власти, для чего необходимо продолжить исследования по определению юридической ответственности за бездействие власти или неправомерное ее использование, конкретизировать научные представления о конституционной ответственности, в том числе и прежде всего об ответственности государства и его органов; усилить внимание к проблеме санкций за нарушение конституционных норм как обязательных правил, установленных публичной властью;

8) регламентацию процессуальных форм осуществления публичной власти, в частности установление порядка разработки и принятия нормативных актов, содержащих юридически значимые предписания. Бесспорные достижения новейшей российской политической практики в этом направлении, выразившиеся в разработке и принятии значительного числа регламентов и порядков, обеспечивающих юридически выдержанные процессуальные формы реализации компетенции органами власти, не снимают задачу совершенствования теории конституционно-процессуальной деятельности⁵;

9) создание системы скоординированных и комбинированных взаимоотношений между участниками публичных властеотношений, в том числе между субъектами различных форм публичной власти или между всеми ветвями государственной власти. В практическом отношении здесь особенно актуальны теоретические усилия, обосновывающие решающую роль Президента РФ по обеспечению согласованного функционирования и взаимодействия всех органов публичной власти и институтов прямой демократии.

Рассмотренные понятие кратологической нормы, ее признаки и общие условия, влияющие на процесс функционирования публичной власти, дают конкретное представление об основах учения о кратонорме, но не являются исчерпывающими. Имеются и другие, пока еще не изученные, аспекты процесса создания кратологической нормы. Поскольку рациональный процесс создания содержания и формы будущего нормативного акта есть залог и гарантия качества нормативных правил и их созидательной

силы, необходимо именно здесь приложить максимум усилий по совершенствованию ситуации, которая в настоящее время характеризует порядок разработки и принятия таких видов кратонорм, как правовые акты, нормы общественных организаций и т. д.

На наш взгляд, первостепенное значение имеет базовая теория нормопроектного процесса, дающая представление о стадиях разработки и принятия кратологического акта, причем таких, которые были бы общими для всех форм публичной власти. Представляется, что наиболее приемлем вариант, когда в процессе разработки и принятия кратологического акта выделяются и разграничиваются следующие основные стадии.

1. Преднормопроектная стадия: идет процесс формирования проекта кратологического акта. Он начинается с зарождения идеи о разработке будущего нормативного акта и завершается составлением первичного варианта нормопроекта и обосновывающих целесообразность его принятия материалов.

2. Стадия нормопроектной инициативы. Она представляет собой систему организационных и иных, в том числе правовых, процедур по внесению проекта кратологического акта в нормотворческий орган публичной власти или систему процедур вынесения нормопроекта на голосование в соответствующем институте публичной власти.

3. Стадия интерполяции, т. е. период, в течение которого управомоченные субъекты обсуждают, корректируют и совершенствуют текст нормопроекта, вносят в него изменения и поправки, утверждают окончательный вариант будущего кратологического акта и принимают решение об опубликовании.

4. Стадия имплементации – «вживание» уже принятого в окончательном варианте нормопроекта, ставшего в результате этого действующим кратологическим актом, в существующую систему нормативных публично-властных решений и осуществление мер по адаптации кратологического акта к изменяющейся социально-экономической и политической ситуации.

Выделенные нами стадии нормопроектного процесса можно рассматривать как основные и обязательные для разработки и принятия всех актов всех институтов и органов публичной власти, в которых содержатся кратонормы.

Хочется надеяться, что гипотеза о кратонорме как большемерной и крупномасштабной форме публично-властного регулирования общественных отношений будет способствовать более успешному исполнению и соблюдению правил, исходящих от институтов и органов официальной и законной власти, а также реализации идеалов свободного демократического общества, основанного на признании общечеловеческих ценностей.

¹ Вятр Е. Социология политических отношений. М., 1979. С. 161.

² Теория государства и права / отв. ред. В. Д. Перевалов. М., 2004. С. 324.

³ Новгородцев Н. И. Право и нравственность. М., 2005. С. 371.

⁴ См., например: Соловьев С. Г. Система фундаментальных понятий муниципального права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1998. С. 13.

⁵ Подробнее см.: Саликов М. С. Предмет конституционно-процессуального права // Рос. юрид. журн. 2000. № 1; Полин А. А. Конституционный процесс: проблемы и категории // Журн. рос. права. 2004. № 1.

В. А. Глазырин*

ОБОСНОВАНИЕ СОЦИОЛОГИИ ПРАВА

Невозможно, чтобы правилу следовал
только один человек и всего лишь однажды.
Л. Витгенштейн

Раскрываются сложившиеся в науке подходы к пониманию методологических оснований правовой социологии и излагается авторская концепция.

Ключевые слова: социология права, методология, методы, связи, отношения, право, социальная структура, социальный статус, социальный институт, неформальное право, социальные деструкции, конфликт

Исследовательская проблема статьи может быть представлена в виде вопроса, возможно ли социологическое изучение права? Надо признать, что пока в научной литературе этот вопрос остается дискуссионным¹, что обуславливает цель работы — раскрыть методологические основания социологии права как одной из научных областей познания права.

Перед тем как приступить к реализации этой цели, сделаем два предварительных замечания.

Во-первых, сегодня скепсис относительно возможности и нужности социологии права следует отнести к пережиткам прошлого в развитии научных исследований в области права. Надо осознать, что никто не может запретить социологам заниматься изучением правовых явлений, правовой сферы общества, так же как невозможно установить табу для юристов и представителей других наук на проведение социологически направленных изысканий права и закона.

Во-вторых, современная отечественная социология права существует в нескольких ипостасях: юридическая социология права как исследовательское направление в юриспруденции (заявляют юристы²), социологическая социология права как отрасль социологии (настаивают социологи³) и социология права как межпредметная область познания права, возникшая на стыке юриспруденции и социологии⁴. Получается, что существует не одна, а три социологии права. Не слишком ли много? Наличие трех социологий права можно назвать казусом правовой социологии, который, фиксируя сложившееся положение вещей в социологии права, тем не менее не является показателем того, что она находится в каком-то непреодолимом научно-исследовательском тупике.

Возникновение казуса социологии права связано с тем, что право — это сложный, многогранный объект познания, что в науке сложились различные подходы к правопониманию, с особенностями профессиональной подготовки юристов и социологов, их исследовательским опытом и отчасти «мундирными» соображениями тех и других. Директивный способ преодоления казуса социологии права неуместен, так как научно-исследовательские проблемы в приказном порядке не решаются, поэтому надо прервать перетягивание «одеяла» социологии права от юриспруденции к социологии и обратно и сосредоточиться на приумножении ее потенциала во всех проявлениях. Это, конечно, противоречивый путь развития социологии права, но в нем содержится перспектива для большей интеграции социолого-правового знания.

* Глазырин Валерий Алексеевич — доктор социологических наук, доцент, профессор кафедры философии и социологии УрГЮА (Екатеринбург). E-mail: glazur@olympus.ru.

Методологические основания социологии права подразделяют на четыре группы. Первую из них составляет общий исследовательский континуум, определяющий социологическое видение и подход к изучению права. Это познавательный континуум «общество и право». Вторая группа включает «онтологические» основания социологии права, третья – «гносеологические»⁵. Четвертая группа состоит из определения социологии права, ее объекта и предмета.

«Общество и право» как познавательный континуум изучения права в социологии права

Своеобразие социологии права в изучении права определяется тем, что она изучает право в рамках познавательного континуума «общество и право»⁶. Несмотря на очевидную простоту этого исходного положения, оно тем не менее задает главные параметры социолого-правовых исследований, обуславливает понимание других методологических оснований социологии права.

Признание континуума «общество и право» исследовательским форматом социологического изучения права означает, что в правовой социологии: а) право рассматривается как социальный феномен; б) социум и социальные отношения исследуются сквозь призму права, закона; в) правовые ценности, нормы, институты анализируются в их отношении к универсуму общественных ценностей, социальных норм и институтов; г) социолого-правовые разработки сориентированы на изучение функциональных, структурных, каузальных, прямых и обратных, комплементарных и конфликтных и других связей социума и права / закона.

В зависимости от целей исследования соотношение «общество и право» может модифицироваться. Так, у Э. Дюркгейма оно было представлено как «общественная солидарность и право», М. Вебер показал его как отношение «легитимный порядок и субъективные значения максим правопорядка индивидов», Т. Парсонс и Н. Луман преобразовали его в соотношение «социетальная система и право», а П. Бурдьё – в «социальное пространство и юридическое поле».

Исследования права в правовой социологии могут быть теоретическими и эмпирическими, теоретико-познавательными и прикладными, проводиться на макро- и микроуровнях организации общества, исходить из предпосылок социоцентризма или антропоцентризма.

«Онтологические» основания социологии права

Прежде всего, говоря об «онтологических» методологических основах социологии права, нужно отметить, что познавательный континуум «общество и право» фокусирует внимание исследователей на объяснении права как социального явления.

Положение, что право есть социальное образование (феномен), – одно из начальных методологических оснований социологии права. Это обусловлено предположением, что многие сущностные стороны права не могут быть осознаны должным образом вне социального контекста его существования и объяснения его социальной сути, понимания, что право возникает, функционирует и изменяется в обществе.

В истории юридической и социальной мысли утверждение права как социального феномена общее для всех социологически ориентированных исследователей права. Так, в дореволюционной России к ним относились «юристы-социологи», такие известные ученые, как С. М. Муромцев, Н. М. Коркунов, М. М. Ковалевский, Н. А. Гредескул, Л. И. Петражицкий, П. А. Сорокин, Б. А. Кистяковский.

Социологию права не надо обвинять в социологизме как в чем-то предосудительном. Объяснение права как социального феномена входит в сферу исследовательских интересов правовой социологии. Это вовсе не означает, что изучение права в других ракурсах невозможно, не нужно и недопустимо.

Другое методологическое основание социологии права – *положение о различии между правовыми и фактическими общественными отношениями*. В научном наследии правовой социологии подобное различие отразилось в предложенном Е. Эрлихом во втором десятилетии XX в. положении о «праве в книгах (кодексах)» и «праве в жизни». Оно получило достаточно широкое распространение в США среди сторонников «правового реализма»⁷. Близко по смыслу к различию фактических и правовых отношений различие эмпирической и нормативной значимости порядка, которое проводит М. Вебер⁸. О несовпадении в понимании правовой реальности в юриспруденции и социологии пишет Ж. Карбонье⁹.

Одним из аспектов соотношения фактических отношений и правоотношений является анализ формальных юридических норм, правил, институций в их сопоставлении с неформальной (фактической) социальной структурой норм, институтов в различных социальных системах¹⁰. Эти две области могут вполне органично дополнять друг друга, а могут конфликтовать.

Возникновение различий, разногласий, противоречий, конфликтов между правовыми и фактическими общественными отношениями в значительной мере обусловливается социальной структурой общества, разницей в социальном (статусном) положении индивидов и групп. Социально-статусная система общества в каждой своей «клеточке» продуцирует воспроизводство прав / обязанностей и ролевых ожиданий в условиях ограниченности ресурсов и сложившихся социокультурных представлений и стандартов. Продукт этого социального производства не ограничивается ценностями и институциями юридино-правового толка. В обществе возникают как формальные, так и неформальные нормы и институты, рациональные и стихийные установления, правила, учрежденные властью, и те, происхождение которых с нею не связано, нормы как следствие осознанного выбора, и те, которые сложились методом проб и ошибок.

Формальные статусные позиции прописаны и зафиксированы в официальных нормативных документах. В формальном статусе вроде бы все формально, но в системе социальных связей он вполне может «обрасти» некоторым неформальным потенциалом. Часто это сугубо символический, репутационный капитал, но не только. В условиях рангового различия статусных позиций неофициальный потенциал формального статуса может быть использован обладателями высокостатусных позиций в их особых интересах, например для удержания достигнутого ими социального положения, создания дополнительных неофициальных условий для карьерного роста, усиления контроля над подчиненными, образования различных социальных сетей (коммуникации, позиций, влияния, прав / обязанностей, «кодексов чести»), основанных на личных связях, неформальных договоренностях. Воспроизводство неформального потенциала формальных статусов может образовать устойчивый тренд и превратиться в легитимный, встать вровень с формальными полномочиями. Все это происходит тогда, когда социальные акторы начинают воспринимать неформальный капитал как своего рода *право* лиц, занимающих высокие официальные статусные позиции. Это «неформальное право»¹¹ нередко приводит к росту зависимости «нижестоящих» перед «вышестоящими», дезавуированию (в той или иной мере) статусных возможностей первых вторыми, складыванию теневых, коррупционных отношений в социуме, включая систему права / юстиции, расширению их масштаба и усилению их роли в обществе.

Круговорот статусных прав и обязанностей в обществе не ограничивается примером «выхода» официальных полномочий за рамки формального статуса. Нельзя исключить возможность проявления противоположной тенденции, когда (при определенных обстоятельствах, исторических условиях) неформальные нормы и статусы могут стать основой для создания новой легитимной общественной системы и ее официальной юридино-правовой структуры.

Следующее методологическое основание социологии права – *изучение права в качестве социального института*. Этот аспект осмыслен как необходимый под влиянием в первую очередь дюркгеймовской интерпретации юридической социологии, его понимания значимости изучения институтов в социологии, а также развития институциональных исследований в социальных науках.

При изучении права как социального института отмечается, что оно является видом социальных институтов, частью институциональной структуры социума, порождено социальными потребностями и выполняет ряд нужных обществу функций. Подчеркивается институциональная черта права, что его действенность обеспечивается государственными институтами, включая принуждение к исполнению правовых предписаний и наложение санкций за их нарушение.

Действие правовых институтов может оказаться дисфункциональным, не обеспечивать должным образом права и свободу граждан, социальный порядок, превратиться в имитационную правовую систему¹², абсурдные законы¹³.

Фактом общественной жизни являются юридические (социоюридические) конфликты. Их познание относится к вопросам, методологически конституирующим социологию права. Исследовательская проблематика изучения юридических конфликтов обширна, отметим лишь вопрос о юридизации социальных конфликтов как социально приемлемом способе их институциональной канализации в обществе.

Конфликтность отношений в обществе обуславливает возникновение суда (судопроизводства) как цивилизованного института разрешения конфликтов. Понимание судебной системы как социоинституционального явления, структурного образования не только юридической системы, но и социума позволяет отнести ее изучение к кругу базовых (методологически значимых) вопросов социологии права, когда с известной долей условности можно было бы сказать, что «каков суд, таково и право» этой страны, общества¹⁴.

Социальная действительность такова, что в ней присутствуют различные социальные патологии (деструкции), негативные девиации. Изучение патогенеза в социуме, структуры социальных патологий, их функционального значения в обществе важно для более полного и точного понимания связей в системе «общество и право». Поэтому *познание социальных отклонений и патологий (в частности, изучение преступности)* включается в перечень методологических оснований социологии права.

Еще одно методологическое основание социологии права – *изучение субъективно-правового мира индивидов*, поскольку «право – это составная часть способа представлять себе реальность» (К. Гирц). Важность данного основания заключается в трех моментах. Во-первых, у исследователей возникает возможность зафиксировать бытие права в том виде, в каком оно существует в «головах» различных людей, увидеть, как изменяются их представления о праве в течение времени. Во-вторых, отношение граждан к институтам права и государства – важный аспект вопроса о легитимности государственно-правовой системы, власти и управления. В-третьих, изучение личностных оценок индивидов различных правовых явлений, норм, институтов имеет значение для исследования роли права / закона в мотивации их поведения.

Познание социотворческой функции права – следующее методологическое основание социологии права, подвигающее исследователей к изучению инновационного потенциала права в обществе. Блестящим примером рассмотрения социотворческой функции права является веберовский анализ западноевропейского города¹⁵.

В совокупности научные основания социологии права, формируя ее исследовательскую нишу в изучении правовой реальности, образуют ее «онтологическую» методологическую основу. «Онтология» правовой социологии не должна рассматриваться как застывшая схема; мир «социума и права» подвижен, поэтому должны развиваться и научные представления о нем.

«Гносеологические» основания правовой социологии

В научной литературе можно выделить четыре подхода к изложению социолого-правовой «гносеологии». Первый – вопрос о методологии познания права подменяется изложением методики и техники проведения социологических исследований в сфере права¹⁶. Второй – проблема правопознания заслоняется обзором исследовательских направлений и концепций в социологии права¹⁷. Третий может быть представлен высказыванием Ж. Карбонье: «Сразу... оговорим, что... от юридической социологии не следует ожидать ничего сверхоригинального. Не случайно ее не раз определяли как применение социологического метода к изучению права. Методы юридической социологии те же, что и у общей социологии»¹⁸. Четвертый ориентирован на развернутое изложение социологической методологии познания права. Сторонники этого подхода среди российских авторов: юристы Ю. И. Гревцов, В. В. Лапаева и социолог В. А. Бачинин.

По мнению Ю. И. Гревцова, методологические установки социологии права характеризуются: 1) выделением в ее структуре теоретического и эмпирического уровней социолого-правового анализа; 2) желательностью и полезностью использования приемов и способов точных наук при изучении права; 3) устойчивостью ориентации на правило, в соответствии с которым деятельность субъектов общественных (правовых) отношений определяет динамику общества, изменяет его институты и структуру; 4) пониманием того, что факт официального принятия юридической нормы не рассматривается в качестве достаточного, тем более единственного определяющего условия действия права в обществе; 5) вниманием и интересом как к приемам и способам, позволяющим выделять объективные характеристики правовых явлений, устойчивые закономерности природы действия права в современном обществе, так и к усилиям, направленным на объяснение роли носителей прав и свобод в их возникновении, использовании и защите¹⁹.

Как считает В. В. Лапаева, современное состояние и уровень развития социолого-правовых исследований говорит о том, что наиболее плодотворно социология права может развиваться как юридическая дисциплина²⁰. Поэтому методологию правовой социологии она рассматривает в плоскости юридической науки и подчеркивает, что правовая социология конституируется либертарно-юридической теорией правопонимания²¹. Анализ права в системе социальных связей, отмечает она, может осуществляться по трем основным направлениям, составляющим три аспекта предмета социологии права: 1) влияние общественных отношений на право; 2) обратное влияние права на общественные отношения; 3) механизм взаимодействия правовых и неправовых факторов в рамках социальной системы²².

У В. А. Бачинина социологическая методология познания права состоит из трех блоков: описания общих черт социологического сознания, выделения уровней социологического исследования права и принципов социологического познания права, – что позволило автору раскрыть различные ракурсы научно-исследовательского потенциала правовой социологии²³.

Отметим, что анализ отношения «общество и право» позволяет выделить и описать методологические стратегии познания права правовой социологии. Пожалуй, главные из них – это методологии «от общества к праву», «от права к обществу», «и право, и общество».

В рамках методологии «от общества к праву» социокультурные стороны и моменты социальной реальности рассматриваются как «доминирующие», «ведущие», «определяющие» и в каком-то смысле «первичные» по отношению к правовым аспектам социума. Общество рассматривается как независимая, а право – как зависимая переменная социальной системы. Общество, характер социальных отношений и социальные изменения обуславливают параметры и перемены правовой системы. В этой методологической

схеме право понимается в качестве части социума, его структурно-функционального образования.

Методология «от права к обществу» зеркально отражает предыдущую методологию. Здесь право рассматривается как не независимая, а социокультурная часть социальной системы – как зависимая переменная общества. За правом признается статус «первичного» условия и фактора, упорядочивающего и регулирующего социальные отношения. Право понимается в качестве сущностного и системообразующего компонента общества. Провозглашается идея, что общество (в известной мере) таково, какова его правовая система. Данная методология является способом познания общества и социальных отношений сквозь призму правовых норм и институтов как социальных феноменов. Она ориентирует исследователей на раскрытие социотворческого потенциала права, а также предполагает понимание права движущей силой общественной эволюции.

Методология «и право, и общество» исходит из того, что современное общество основывается на органической связи его социокультурных и правовых структурных компонентов. Другими словами, общество – это именно социоправовая реальность. Такую методологию можно считать синтезом двух рассмотренных методологий. В этой стратегии правопознания вопрос о «первичности / вторичности», «доминировании / зависимости» в отношениях между социокультурными и правовыми сторонами общественной системы, употребляя гегелевский язык, подвергается снятию. Методология правопознания «и право, и общество» направлена на скрупулезное изучение взаимообусловленных социальных процессов: правовенных свойств социума, его социальной потребности в праве и социотворческой функции права, его социоинновационных и социорегулирующих возможностей. Социальные и правовые изменения в рассматриваемой методологии представляются как процесс и результат взаимосвязанных трансформаций социокультурных и правовых элементов социальной системы.

Выделенные методологии социологии права не только обосновываются логико-аналитическим способом, но и имеют историко-научные корни. Методология «от общества к праву» на заре социологии права широко применялась Г. Спенсером, Л. Гумпловичем, Г. Тардом. Первые идеи методологии «от права к обществу» были сформулированы Г. Мэнном. У Э. Дюркгейма она получила развернутое обоснование. Методология «и право, и общество» в практике социолого-правовых исследований используются не так часто, как бы того хотелось. Примером ее продуктивного применения считается социология права М. Вебера²⁴.

Объект, предмет и определение социологии права

Безусловно, к ключевым методологическим аспектам социологии права относятся понимание ее объекта, предмета и ее определение. Не претендуя на окончательные формулировки по этим вопросам, отталкиваясь от содержания материала данной работы, под объектом познания правовой социологии будем понимать право как социальное явление (феномен). Ее предмет составляет знание о свойствах, качествах, устойчивых связях, отношениях (закономерностях) права как социального явления. Используя понимание исходного познавательного континуума социологии права «общество и право», объекта и предмета правовой социологии, учитывая, что всякая дефиниция всегда в чем-то ограничена, неполна, социологию права можно определить как область научных знаний, изучающих общие и особенные социальные качества (свойства) права, механизмы и закономерности взаимодействия общества как социальной системы и права, являющегося частью этой системы.

Сделаем вывод. Рассмотренные методологические основания позволяют говорить, что главное в проблемной области социологии права концентрируется вокруг вопросов изучения права как социального феномена и исследования взаимодействия социокультурных и правовых элементов общественной системы.

Изучение методологических оснований социологии права должно быть продолжено с целью как развития этого научного направления, так и умножения научных возможностей постижения права в целом.

¹ См., например: *Бачинин В. А.* Социология. Академический курс. СПб., 2004. С. 491–530; *Гревцов Ю. И.* Социология права. СПб., 2001. С. 11–28; *Лапаева В. В.* Социология права. М., 2008. С. 7–54; Юридическая социология. М., 2000. С. 1–18.

² См., например: *Лапаева В. В.* Указ. соч. С. 7–30; *Нерсисянц В. С.* Предисловие редактора // *Лапаева В. В.* Социология права. М., 2004. С. IX–XI; *Саидов А. Х.* Социология права как наука и учебная дисциплина // *Право и политика.* 2007. № 1. С. 133–138.

³ См., например: *Глазырин В. А.* Правовая парадигма в социологии (опыт социологического воображения) // *Право и закон: философско-социологические исследования: коллективная моногр.* Екатеринбург, 2008. С. 98–107; *Тадевосян Э. В.* Социология права и ее место в системе наук о праве // *Государство и право.* 1998. № 1. С. 46–53; Тезаурус социологии: тематический слов.-справ. М., 2005. С. 343–345.

⁴ *Казимирчук В. П., Кудрявцев В. Н.* Современная социология права. М., 1995. С. 3, 14.

⁵ Термины «онтология» и «гносеология» заключены в кавычки, так как здесь они не используются в их привычном философском смысле. В «онтологии» рассматриваются ключевые компоненты структуры континуума «общество и право», а в «гносеологии» раскрываются основные исследовательские стратегии изучения отношения «общество и право».

⁶ *Глазырин В. А.* Три принципа социологического изучения права (теоретический этюд) // *Право и закон: философско-социологические исследования: коллективная моногр.* С. 89–94.

⁷ *Ллойд Д.* Идея права. М., 2002. С. 226–258.

⁸ *Вебер М.* Избранные произведения. М., 1990. С. 638.

⁹ *Карбонье Ж.* Юридическая социология. М., 1986. С. 154–175, 281.

¹⁰ См., например: *Будылин С. Л.* Верховный суд против «отцов-основателей». Парадоксы конституционного права в США и выводы для России // *Рос. юстиция.* 2007. № 2. С. 66–71; *Фукуяма Ф.* Великий разрыв. М., 2008.

¹¹ См., например: *Бачинин В. А.* Неправо (негативное право) как категория и социальная реалья // *Государство и право.* 2001. № 5. С. 37–49; *Сото Э. де.* Иной путь: Экономический ответ терроризму. Челябинск, 2008; *Тихомиров Ю. А.* Право официальное и неформальное // *Журн. рос. права.* 2005. № 5. С. 80–87.

¹² *Алексеев С. С.* Философия права. М., 1998. С. 44.

¹³ *Карбонье Ж.* Указ. соч. С. 291–292.

¹⁴ См., например: *Барсукова С.* Неформальные практики формального судопроизводства. На примере арбитражной системы России // *Свободная мысль.* 2008. № 11. С. 33–48; *Зорькин В. А.* Конституция и права человека в XXI веке. К 15-летию Конституции Российской Федерации и 60-летию Всеобщей декларации прав человека. М., 2008.

¹⁵ *Вебер М.* История хозяйства. Город. М., 2001. С. 360–386.

¹⁶ См., например: *Право и социология.* М., 1973; *Суслов Ю. А.* Конкретные исследования и развитие социологии права. Л., 1983.

¹⁷ *Тимашев Н. С.* Развитие социологии права и ее сфера // *Беккер Г., Босков А.* Современная социологическая теория в ее преемственности и изменении. М., 1961. С. 479–508.

¹⁸ *Карбонье Ж.* Указ. соч. С. 210.

¹⁹ *Гревцов Ю. И.* Указ. соч. С. 20–21.

²⁰ *Лапаева В. В.* Указ. соч. С. 18.

²¹ Там же. С. 23–27.

²² Там же. С. 29–30.

²³ *Бачинин В. А.* Основы социологии права и преступности. СПб., 2001. С. 7–21.

²⁴ *Глазырин В. А.* Определение права в социологии Макса Вебера // *Журн. социологии и социальной антропологии.* 2005. № 3. С. 59–70.

С. С. Вабищевич*

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ТРЕТЬИМ ЛИЦОМ

Рассматриваются отдельные правовые конструкции, опосредующие участие третьих лиц в исполнении обязательств: возложение исполнения обязательства должника на третье лицо, исполнение обязательства по инициативе третьего лица. Анализируется место возложения исполнения обязательства на третье лицо в системе смежных правовых конструкций (перевод долга, зачет встречного требования); определяется правовая природа отношений, возникающих в связи с добровольным исполнением обязательства должника третьим лицом.

Ключевые слова: исполнение обязательства, должник, кредитор, третье лицо, перевод долга, взаимозачет, имущество, однородность обязательств

В связи с качественным и количественным усложнением экономических отношений личный характер обязательства уступил место имущественному содержанию, в результате чего «обязательство... само сделалось объектом оборота»¹. Однако оборот обязательств означает не передачу требований и долгов, а перемену активного и (или) пассивного субъекта обязательственного правоотношения посредством использования таких институтов гражданского права, как делегация, активная или пассивная цессия.

В интересах участников экономического оборота Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК) закрепил также возможность исполнения обязательства не самим должником, а третьим лицом, т. е. лицом, не являющимся стороной обязательства, в рамках которого должник принял на себя подлежащую исполнению обязанность. Управомочивающие нормы ст. 313 ГК устанавливают, во-первых, право должника передать исполнение третьему лицу, во-вторых, право третьего лица удовлетворить требование кредитора без согласия должника.

Рассмотрим первый вариант участия третьих лиц в исполнении обязательства. В результате возложения исполнения обязательства на третье лицо обязанность, возникшую, например, на основании договора, исполняет не сторона договора, а третье лицо, т. е. должник и лицо, совершающее фактические действия в пользу кредитора, не совпадают. Подобное несоответствие может быть и в результате перевода долга (ст. 391 ГК), в связи с чем сравнительный анализ и поиск отличий указанных конструкций приобретает научный и практический смысл.

Перевод долга осуществляется посредством заключения договора, в соответствии с которым прежний должник переносит свою обязанность (элемент обязательства) на другое лицо – нового должника, который в свою очередь принимает эту обязанность на себя, а также обязуется перед прежним должником исполнить ее в пользу кредитора. Следовательно, правовая суть перевода долга – изменение субъектного состава обязательства, т. е. замена первоначального должника. Передача исполнения третьему лицу не влечет изменения субъектного состава договорного обязательства, а это означает, что обязанным перед кредитором по-прежнему остается должник, третье лицо лишь фактически исполняет его обязанность – полностью или частично. В связи с этим вполне закономерно представляются положения ст. 403 ГК о том, что по общему правилу за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьими лицами, на которых оно было возложено, ответственность несет должник, в частности процен-

* Вабищевич Светлана Степановна – кандидат юридических наук, доцент кафедры частного права Российского государственного социального университета (Беларусь, Минск). E-mail: vcc@tut.by.

ты, предусмотренные ст. 395 ГК, взыскиваются не с этих лиц, а с должника, на тех же основаниях, что и за собственные действия. Исключение из этого правила установлено, например, ст. 866 ГК.

Как отмечалось, перевод долга – это договор. Можно ли рассматривать возложение исполнения обязательства на третье лицо как договор между этим лицом и должником? Поскольку конститутивный признак договора как разновидности двусторонней (взаимной) сделки – это совпадение волеизъявления сторон в требуемой форме, возникает вопрос: требуется ли для возложения должником исполнения обязательства на третье лицо согласие последнего? В соответствии с распространенной в юридической литературе точкой зрения чаще всего такой способ исполнения обязательства применяется при так называемых транзитных поставках, субподряде, субаренде, субкомиссии, перевозках грузов в прямом и смешанном сообщении². Более того, в п. 3 ст. 706 ГК содержится прямая отсылка к п. 1 ст. 313 ГК. Особенностью перечисленных ситуаций является то, что третье лицо, исполняя обязанность должника перед кредитором, одновременно исполняет свою обязанность перед должником, вытекающую из заключенного между ними договора. Например, по договору субподряда субподрядчик, исполняя обязанности генподрядчика (должника) перед заказчиком (кредитором), вытекающие из договора подряда, одновременно исполняет свои обязанности перед генподрядчиком (кредитором), возникшие на основе договора субподряда, действуя при этом также в качестве должника.

Как показывает правоприменительная практика, возложение исполнения обязательства на третье лицо возможно и на основании соглашения, из которого следует согласие третьего лица исполнить обязательство за должника. Кроме того, должник может обратиться к третьему лицу с предложением осуществить исполнение его (должника) обязательства, однако в этом случае третье лицо в соответствии с общими правилами о заключении договора имеет право, а не обязанность принять такое предложение, даже будучи должником отправителя письма³. Следовательно, в основе исполнения обязательства должника третьим лицом лежит соглашение между указанными субъектами, что характерно, как отмечалось выше, для перевода долга. Однако перевод долга возможен только при условии предварительного или последующего согласия кредитора, что не требуется при возложении исполнения обязательства на третье лицо. Более того, в силу п. 1 ст. 313 ГК кредитор не имеет права отказаться от принятия исполнения третьим лицом, поскольку «возложение исполнения на третье лицо имеет абстрактный характер, т. е. его действительность не связана с наличием и действительностью отношений, объясняющих, почему вдруг третье лицо согласилось исполнить обязательство за должника»⁴. В этом случае необходимо также соблюдать требования п. 1 ст. 313 ГК о личном исполнении обязательства должником, когда это вытекает из законодательства, условий обязательства или его существа.

Исполнение обязательства третьим лицом следует отличать также от одностороннего прекращения обязательств зачетом однородного требования. Условия, при которых допустим взаимозачет требований, перечислены в ст. 410 ГК. Так, требования, прекращаемые зачетом, должны быть: 1) встречными, 2) однородными, а 3) срок обязательства, которое идет в зачет (встречное обязательство), должен наступить либо быть не указанным или определенным моментом востребования.

Встречная направленность зачитываемых требований означает, что должник как инициатор зачета направляет свое требование непосредственно против кредитора – должника по встречному обязательству. При исполнении обязательства третьим лицом встречные обязательства отсутствуют.

Приведем пример, помещенный Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации в обзор судебной практики, посвященный зачету. Акционерное общество обратилось в арбитражный суд с иском о взыскании с кооператива платы за поставленный товар.

Ответчик иск не признал, сославшись на прекращение обязательства по оплате товара зачетом встречного однородного требования. В судебном заседании было установлено, что до возбуждения производства по делу кооперативом (ответчиком) был заключен договор займа с предпринимателем. Предприниматель, получив сумму займа и имея денежное требование к акционерному обществу (истцу), возложил на это общество исполнение своего обязательства по возврату займа займодавцу (п. 1 ст. 313 ГК), о чем сообщил письмом кооперативу. Кооператив по договору должен был оплатить акционерному обществу поставленный товар, но, полагая, что у него с наступлением срока возврата займа появилось право требования возврата суммы займа с акционерного общества, направил последнему письмо о зачете встречного однородного требования, в результате чего, по мнению ответчика, его обязательство по оплате полученного товара прекратилось (ст. 410 ГК).

Арбитражный суд доводы ответчика о зачете обоснованно отклонил, а иск удовлетворил. При этом было указано, что возложение исполнения обязательства не представляет собой перемены лица в обязательстве, ибо не является переводом долга (ст. 391 ГК). У акционерного общества (истца) не возникло обязательства перед кооперативом (ответчиком). Лицом, обязанным возвратить заем кооперативу, продолжает оставаться предприниматель (заемщик). Основания для прекращения обязательства по оплате товара зачетом у кооператива отсутствуют, так как у него нет встречного требования к акционерному обществу⁵.

Однородность обязательств означает, что и основное, и встречное требования имеют однородные основание (договор, причинение вреда, неосновательное обогащение) и предмет (деньги, определенный товар и т. д.), т. е. речь идет о юридической и предметной однородности, хотя в последнем случае допускается возможность несовпадения сумм зачитываемых обязательств (ст. 410 ГК). Подобное требование к обязанности должника, исполняемой третьим лицом, и возможной обязанности третьего лица перед должником ГК не предъявляет, впрочем, как и требование о наступлении срока исполнения. Еще одно отличие возложения исполнения обязательства на третье лицо от зачета встречных требований заключается в том, что во втором случае имеет место односторонняя сделка, т. е. достаточно заявления одной стороны (должника).

Таким образом, возложение исполнения обязательства на третье лицо — это самостоятельная правовая конструкция в системе обязательственного права, для реализации которой необходимо соглашение между должником и третьим лицом (единственный признак, присущий одновременно и переводу долга — одному из вариантов перемены лиц в обязательстве). В то же время фактические действия третьего лица, совершенные в точном соответствии с исходным обязательством, приводят к полному или частичному прекращению этого обязательства посредством исполнения, что является естественным основанием прекращения обязательства. На достижение таких же правовых последствий направлен зачет встречного требования как способ прекращения обязательств по волеизъявлению одной из сторон. Аналогичные правовые последствия — также единственный признак, сближающий передачу исполнения обязательства должника третьему лицу и взаимозачет.

Второй вариант исполнения обязанности должника третьим лицом, предусмотренный нормой п. 2 ст. 313 ГК, направлен на защиту интересов самого третьего лица: третье лицо, подвергающееся опасности утратить свое право на имущество должника (право аренды, залога и др.) вследствие обращения кредитором взыскания на это имущество, может за свой счет удовлетворить требование кредитора без согласия должника.

Отличительная черта данного способа исполнения обязательства — отсутствие необходимости получить предварительное согласие или последующее одобрение не только кредитора, но и должника: к третьему лицу переходят права кредитора по обязательству в соответствии со ст. 382—387 ГК. При этом норма п. 2 ст. 313 ГК закрепляет лишь

одно основание для реализации рассматриваемого права третьего лица – опасность утратить свое право на имущество должника – и в качестве примеров приводит право залога и право аренды. Однако право залога по общему правилу, как следует из п. 2 ст. 345 ГК, при прекращении по основаниям, установленным законодательством, права собственности на предмет залога или права хозяйственного ведения, сохраняется. Согласно п. 1 ст. 617 ГК переход права собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления, пожизненного наследуемого владения) на сданное в аренду имущество к другому лицу не является основанием для изменения или расторжения договора аренды. Применительно к положению ст. 617 ГК окружной суд Москвы указал, что данное положение ГК не запрещает изменять или прекращать договор аренды по предусмотренным законом или договором иным основаниям, чем переход права собственности на арендованное имущество к другому лицу, в том числе с учетом интересов нового собственника. По мнению суда, опасность для третьего лица утратить право на имущество должника связана уже с самим фактом обращения взыскания на это имущество⁶.

В то же время рискует потерять свое имущество третье лицо, выступившее залогодателем, т. е. передавшее свое имущество в залог для обеспечения исполнения обязательства должника (п. 1 ст. 335 ГК), учредитель унитарного предприятия при обращении взыскания на имущество, принадлежащее должнику – унитарному предприятию (п. 5 ст. 113 ГК).

В случаях, когда опасность утратить право на имущество должника отсутствует, предъявленное к последнему требование кредитора третье лицо может удовлетворить лишь с согласия должника либо при условии последующего одобрения. В частности, этот вывод применим к совершению дарения посредством исполнения за одаряемого его обязанности перед третьим лицом, возможность которого допускается п. 1 ст. 572 ГК.

Правовая природа отношений, возникающих в связи с добровольным исполнением обязательства должника третьим лицом, не имеет единой квалификации в юридической литературе. Более того, в большинстве случаев подобный вопрос в принципе не поднимается. Так, по мнению А. Е. Суханова, применительно к п. 2 ст. 313 ГК РФ «речь следует вести не об исполнении обязательства третьим лицом, а об одной из форм замены участвующего в нем кредитора»⁷.

М. В. Кротов, рассматривая вопрос об участии третьих лиц в обязательстве, удовлетворение требований кредитора третьим лицом за его счет без согласия должника также расценивает как перемену лиц в обязательстве⁸, однако на следующей странице, разбирая вопрос о перемене лиц в обязательстве, указывает, что «в отличие от участия третьих лиц в исполнении обязательства, где кредитор и должник *не выбывают из обязательства* (выделено мной. – С. В.), возможны случаи, когда происходит замена кредитора или должника. Такие ситуации именуется переменой лиц в обязательстве»⁹.

Вывод о том, что исполнение обязательства должника третьим лицом в собственном интересе влечет замену кредитора, хоть и не напрямую, но следует из рассуждений М. И. Брагинского. Однако далее ученый приводит не соответствующий сути описанных в п. 2 ст. 313 ГК отношений пример: «...когда в качестве третьего лица выступает субарендатор складского помещения, т. е. то лицо, которое пользуется этим помещением, состоя в обязательственных отношениях с арендатором... невнесение арендной платы арендодателю может повлечь за собой необходимость освобождения арендуемого помещения не только арендатором, но и субарендатором»¹⁰. Дело в том, что в комментируемом М. И. Брагинским п. 2 ст. 313 ГК в качестве основания удовлетворения требования кредитора третьим лицом без согласия должника названа опасность утраты третьим лицом права на имущество должника вследствие обращения кредитором взыскания на это имущество (выделено автором), а в приведенном примере речь идет о досрочном прекращении договора аренды и, как следствие, договора субаренды и не более того.

В другой работе М. И. Брагинский отмечает, что *последствием* удовлетворения требований кредитора третьим лицом без согласия должника служит суброгация¹¹, хотя указанный термин в норме ГК (имеется в виду п. 2 ст. 313 ГК) и не используется. В свою очередь, суброгация «страховщику прав кредитора к должнику, ответственному за наступление страхового случая» названа в ст. 387 ГК в числе обстоятельств перехода прав кредитора к другому лицу на основании закона, т. е. суброгация рассматривается как разновидность уступки требования, а норма п. 2 ст. 313 ГК указывает на применение норм о переходе прав к описанной в нем ситуации. Однако далее М. И. Брагинский со ссылкой на работу Е. Годэмэ пишет о необходимости разграничения цессии и суброгации по следующему в числе прочих (форма и ответственность) критерию: «При цессии цессионарий стремится приобрести право, принадлежащее cedentu, а при суброгации – вывести должников из обязательства, при этом приобретение права представляет собой способ, к которому прибег его приобретатель»¹². К сожалению, за рамками этих рассуждений остается вопрос о природе отношений между кредитором и третьим лицом.

В. А. Белов рассматривает отношения, складывающиеся в связи с исполнением обязательства третьим лицом в соответствии с п. 2 ст. 313 ГК, в качестве одного из договоров, направленных на перемену участников существующих относительных гражданских правоотношений, а именно договора уступки долга (цессии долга, пассивной цессии или интерцессии), определяя последний как «соглашение, по которому одна сторона (новый должник) принимает на себя обязанность перед другой стороной (кредитором) произвести исполнение определенного обязательства за третье лицо (должника), в то время как кредитор освобождает или обязуется освободить от обязанности старого должника»¹³. Фактически речь идет о договорном обязательстве между кредитором и третьим лицом, имеющим собственный интерес в исполнении обязательства должником. Следует признать, что никаких оснований для такого вывода норма п. 2 ст. 313 ГК не дает. Не случайно в ней содержится указание на применение к отношениям, складывающимся при исполнении обязательства третьим лицом, нормы ст. 382–387 ГК. В частности, ст. 387 ГК посвящена переходу прав кредитора на основании закона, т. е. основанием такого перехода служит указание ГК, а именно п. 2 ст. 313 ГК, но не соглашение, в соответствии с которым «кредитор освобождает или обязуется освободить от обязанности старого должника». Более того, если основанием исполнения обязательства третьим лицом признать соглашение между ним и кредитором, то первоначальный смысл рассматриваемой нормы – защита интереса третьего лица – будет утрачен.

Представляется, что в рассматриваемом случае возникает относительное правоотношение между кредитором и третьим лицом на основании сложного юридического состава: предшествующие действия третьего лица, в частности заключение договора с должником; намерение кредитора обратить взыскание на имущество, являющееся предметом указанного договора; законодательное признание за третьим лицом субъективного права за свой счет удовлетворить требование кредитора без согласия должника, которое (право) выступает встречным предоставлением за опасность утратить свое право на имущество должника; предложение предоставления третьим лицом. Следовательно, у кредитора возникает обязанность принять исполнение, предложенное третьим лицом.

Как отмечалось выше, исполнение обязательства должника третьим лицом в собственном интересе влечет замену кредитора, в связи с чем должник вправе зачесть против требований третьего лица свое встречное требование к первоначальному кредитору с соблюдением правил ст. 412 ГК.

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 240–241.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / отв. ред. О. Н. Садиков. М., 1998. С. 562.

³ Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой / под общ. ред. В. А. Белова. М., 2009. С. 654.

⁴ Там же. С. 656.

⁵ Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований: Информ. письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 декабря 2001 г. № 65 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой. С. 658–659.

⁷ Гражданское право: учеб.: в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд. перераб. и доп. М., 2002. Т. 2. Полутом 1. С. 35.

⁸ Гражданское право: учеб.: в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 5-е изд. перераб. и доп. М., 2001. Т. 1. С. 523.

⁹ Там же. С. 524.

¹⁰ Гражданское право. Общая часть: курс лекций / отв. ред. О. Н. Садиков. М., 2001. С. 599.

¹¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения: в 5 кн. 2-е изд., испр. М., 1999. Кн. 1. С. 476.

¹² Там же. С. 477.

¹³ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть: учеб. М., 2002. С. 455.

Е. К. Варийчук*

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ПРИМЕНЕНИЯ ПРАВИЛ «ТОНКОЙ КАПИТАЛИЗАЦИИ» В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Рассматриваются российские правила «тонкой капитализации» в свете международных налоговых соглашений России. Автор анализирует положения о недискриминации, закрепленные в Модельной конвенции ОЭСР и российских налоговых соглашениях, российскую арбитражную практику по вопросу применения национальных норм о «тонкой капитализации», а также отдельные положения нового российского Типового соглашения об избежании двойного налогообложения.

Ключевые слова: «тонкая капитализация», недискриминация, Модельная конвенция, переквалификация процентов в дивиденды, сестринский заем

Финансирование компании, пожалуй, один из самых актуальных вопросов при осуществлении любого вида предпринимательской деятельности. В принципе существует только два способа финансирования: посредством собственного или заемного капитала, но чаще используются оба¹. Выбор того или иного способа зависит от конкретных условий осуществления предпринимательской деятельности, от различных экономических и юридических факторов. Налоговые риски играют в вопросах финансирования компании, особенно компании-участника международного холдинга, весьма важную роль.

Финансирование компании из собственного капитала, как правило, влечет за собой получение дивидендов. Зачастую в случае выплаты дивидендов компании-резиденту иностранного государства они еще до распределения будут обложены налогом на прибыль на уровне выплачивающей компании, а затем уже в качестве дивидендов, полученных иностранной компанией-акционером, — налогом на прибыль у источника (так называемое двойное экономическое налогообложение)². Более того, в случае отсутствия соответствующего международного соглашения об избежании двойного налогообложения существует также риск двойного юридического налогообложения, например когда одни и те же дивиденды, полученные резидентом иностранного государства от российской компании, будут обложены как налогом у источника в России, так и налогом в иностранном государстве³.

Финансирование с помощью заемного капитала, напротив, чаще всего не влечет двойного экономического налогообложения, так как доход в форме процентных платежей облагается налогом только на уровне займодавца. Более того, процентные платежи по долговому обязательству учитываются в качестве расходов для целей налогообложения прибыли и уменьшают налоговую базу заемщика, а следовательно, и сумму подлежащего уплате в бюджет налога на прибыль⁴.

Возможности налогового планирования, обусловленные использованием заемного капитала, широко известны финансовым органам во всем мире. Фискальные соображения побуждают государства закреплять в своих национальных правовых системах специальные правила, ограничивающие привлечение заемного капитала для целей финансирования компании, — так называемые правила «недостаточной» или «тонкой капитализации». В настоящее время они в различных вариантах приняты в большинстве стран ЕС (Германии, Италии, Бельгии, Болгарии, Дании, Франции, Голландии, Испании, Чехии

* Варийчук Елена Константиновна — аспирант кафедры финансового права юридического факультета Воронежского государственного университета (Воронеж). E-mail: lenav85@mail.ru.

и др.), США, Австралии, Японии и пр.⁵ Российский Налоговый кодекс также уделяет пристальное внимание проблемам «тонкой капитализации» (ст. 269 НК РФ).

Согласно п. 2 ст. 269 НК РФ отнесение процентов по долговым обязательствам к расходам может быть ограничено, если контролируемый заем более чем в три раза (для банков и организаций, занимающихся исключительно лизинговой деятельностью, — более чем в 12,5 раза) превышает размер собственного капитала. Заем считается контролируемым в следующих случаях: 1) российская организация имеет непогашенную задолженность по долговому обязательству перед иностранной организацией, прямо или косвенно владеющей более чем 20 % уставного (складочного) капитала (фонда) этой российской организации; 2) российская организация имеет непогашенную задолженность перед российской организацией, признаваемой аффилированным лицом указанной выше иностранной организации; 3) такое аффилированное лицо и (или) непосредственно эта иностранная организация выступают поручителем, гарантом или иным образом обязуются обеспечить исполнение долгового обязательства.

Нетрудно заметить, что российские правила «тонкой капитализации» применяются исключительно в случаях наличия иностранного элемента — контролируемой задолженности перед иностранной компанией, участвующей в капитале российского заемщика (либо перед ее российским аффилированным лицом). Очевидно, что это свидетельствует о различии в налоговом регулировании деятельности российских компаний, не причастных к иностранному капиталу, и российских компаний с иностранным участием⁶. Именно поэтому правила, установленные НК РФ, зачастую вступают в противоречие с положениями ст. 24 международных налоговых соглашений РФ (о недискриминации).

Недискриминация

(ст. 24 Модельной конвенции ОЭСР и международных налоговых соглашений РФ)

Международные договоры РФ имеют приоритет перед нормами национального законодательства. Если международным договором РФ, содержащим положения, касающиеся налогообложения и сборов, установлены иные правила и нормы, чем в НК РФ, то применяются правила и нормы международных договоров РФ (ст. 15 Конституции РФ, ст. 7 НК РФ).

Россия является участницей более 70 международных соглашений об избежании двойного налогообложения. Указанные соглашения основаны, как правило, на периодически обновляемой Модельной конвенции ОЭСР⁷, реже — на Модельной конвенции ООН⁸. Российское Типовое соглашение об избежании двойного налогообложения 1992 г., как и заменившее его Типовое соглашение 2010 г., в целом также основаны на положениях Модельной конвенции ОЭСР⁹.

Модельная конвенция ОЭСР содержит ст. 24, посвященную вопросам недопущения дискриминации в налоговых отношениях. При рассмотрении проблем «тонкой капитализации» особый интерес представляют пп. 4 и 5 указанной статьи.

Пункт 4 ст. 24 (введен в Модельную конвенцию ОЭСР в 1977 г.) гласит: «За исключением случаев, когда применяются положения пункта 1 статьи 9, пункта 6 статьи 11 или пункта 4 статьи 12, проценты, роялти и другие выплаты, производимые предприятием одного договаривающегося государства резиденту другого договаривающегося государства, для целей определения налогооблагаемой прибыли такого предприятия подлежат вычетам на тех же условиях, как если бы они выплачивались резиденту первого упомянутого государства». Таким образом, п. 4 ст. 24 закрепляет, что проценты по долговому обязательству, выплачиваемые, к примеру, российским заемщиком займодавцу-резиденту Австрии, подлежат вычету из налоговой базы российского заемщика на тех же условиях, как если бы проценты выплачивались другой российской компании. Отметим, однако, что указанное правило о недискриминации действует лишь в случае займов *at arm's length* («на уровне вытянутой руки»), т. е. если размер

займа и процентных платежей соответствует рыночным. Данное ограничение предусмотрено самим п. 4 ст. 24 путем указания, в частности, на ст. 9 Модельной конвенции (об ассоциированных предприятиях).

Не менее важную роль при рассмотрении вопросов «тонкой капитализации» играет п. 5 ст. 24 Модельной конвенции ОЭСР. Он устанавливает: «Предприятия одного договаривающегося государства, капитал которых полностью или частично принадлежит или контролируется, прямо или косвенно, одним или несколькими резидентами другого договаривающегося государства, не должны подвергаться в первом упомянутом государстве любому налогообложению или любому связанному с ним требованию, иному или более обременительному, чем налогообложение и связанные с ним требования, которым подвергаются или могут быть подвергнуты другие подобные предприятия первого упомянутого государства». Значит российская организация с иностранным участием не должна подвергаться иному или более обременительному налогообложению или связанному с ним требованию, чем российская организация без иностранного участия.

Необходимо отметить, что большинство российских международных соглашений, действующих в настоящее время, содержат положения о недискриминации, соответствующие пп. 4–5 ст. 24 Модельной конвенции ОЭСР. В силу того что указанные нормы являются нормами международных договоров, они приоритетны по сравнению с нормами НК РФ, в том числе со ст. 269, ограничивающей учет процентов в виде расходов в случае наличия контролируемой задолженности.

Интересно, что Комментарий к Модельной конвенции ОЭСР уделяет особое внимание возможности применения национальных правил «тонкой капитализации» в свете заключенных международных соглашений об избежании двойного налогообложения. Согласно Комментарию положения Модельной конвенции не препятствуют стране заемщика применять национальное законодательство о «тонкой капитализации», однако такое законодательство должно применяться недискриминационно, т. е. для ситуаций, затрагивающих как займодавцев-резидентов иностранных государств, так и займодавцев-резидентов применяющего законодательства о «тонкой капитализации» государства (указанное требование о недискриминации не распространяется на займы, предоставленные «не на уровне вытянутой руки»)¹⁰.

Таким образом, по Модельной конвенции ОЭСР и Комментарию к ней для того, чтобы национальные правила «тонкой капитализации» были применимы без каких-либо ограничений, они должны распространять свое действие на займы, предоставляемые как иностранными компаниями, так и компаниями-резидентами государства, применяющего законодательство о «тонкой капитализации», причем вне зависимости от наличия или отсутствия иностранного капитала в капитале российского заемщика (т. е. такие правила не должны нарушать пп. 4–5 ст. 24 Модельной конвенции ОЭСР). Представляется, что в настоящее время российские правила «тонкой капитализации» указанному требованию не соответствуют.

Следует также отметить, что российские правила «тонкой капитализации» имеют много общего с немецкими правилами в редакции до 2001 г.¹¹ Немецкие правила ограничивали вычет процентов для целей налогообложения прибыли в случае займов, предоставленных иностранными компаниями, и вызывали немало дискуссий. Впоследствии действие немецких норм «тонкой капитализации» было распространено и на займы, предоставляемые резидентами Германии, т. е. нормы были приведены в соответствие со стандартами о недискриминации. Данное изменение немецкого законодательства было, однако, вызвано влиянием не столько международного, сколько европейского налогового права, а именно решением Суда ЕС по делу Lankhorst-Horst¹². Остается добавить, что *de jure* деятельность Суда ЕС не имеет для российского законодательства никакого правового значения.

Позиция российских арбитражных судов по вопросу применения правил «тонкой капитализации»

Учет процентных платежей в качестве расходов для целей налогообложения прибыли. Как было указано, большинство международных соглашений об избежании двойного налогообложения РФ, действующих в настоящее время, содержат положения, соответствующие пп. 4–5 ст. 24 Модельной конвенции ОЭСР. Вместе с тем отдельные налоговые соглашения России (например, с Германией, Бельгией, Голландией) дополнены протоколами, которые специально оговаривают неограниченный вычет процентов.

Ярким примером является п. 7 Протокола к Соглашению между РФ и ФРГ об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество от 29 мая 1996 г.: «...Суммы процентов, которые выплачивает компания, являющаяся резидентом одного договаривающегося государства и в которой участвует резидент другого договаривающегося государства, подлежат неограниченному вычету при исчислении налогооблагаемой прибыли этой компании в первом упомянутом государстве, независимо от того, выплачиваются ли эти суммы процентов банку или другому лицу, и независимо от срока действия ссуды. Такой вычет, однако, не может превышать сумм, которые согласовывались бы независимыми предприятиями при сопоставимых условиях...»

Нормы протокола, по сути, повторяют положения пп. 4–5 ст. 24 налогового Соглашения между Россией и Германией, следовательно, их цель – гарантировать неприменение российских норм о «тонкой капитализации» к займам, предоставляемым российским компаниям немецкими резидентами.

Интересно, что наличие в протоколе указания на неограниченный вычет процентов ранее было основным аргументом российских судов для принятия решения в пользу налогоплательщика. Рассматривая дела о контролируемой задолженности перед иностранными организациями, суды, как правило, говорили о приоритете международных соглашений перед нормами национального права, а затем обращались непосредственно к нормам протоколов соответствующих соглашений¹³. По нашему мнению, указанный подход с юридической точки зрения обоснован. Положения протокола, в том числе о неограниченном вычете процентов, являются *lex specialis* по отношению к нормам соглашения, поэтому при разрешении конкретного дела суду достаточно обратиться к специальной норме, закрепленной в протоколе, анализировать общую норму (ст. 24 Соглашения) нет необходимости. Вместе с тем следует подчеркнуть, что при наличии в международном соглашении норм о недискриминации, соответствующих ст. 24 Модельной конвенции ОЭСР, вычет процентов по долговым обязательствам не должен ставиться в зависимость от заключения дополнительного протокола.

В связи с этим особенно важно отметить, что на протяжении последнего года российскими арбитражными судами было рассмотрено несколько дел, затрагивающих выплату процентов компаниям-резидентам тех государств, налоговые соглашения с которыми содержат статьи о недискриминации, при условии, что протоколы к указанным соглашениям дополнительно не оговаривают неограниченный вычет процентов (Венгрия, Кипр, Финляндия)¹⁴. Постановления российских судов по данным делам были вынесены в пользу налогоплательщиков. Проценты, выплаченные российскими заемщиками иностранным займодавцам, были разрешены к учету в виде расходов для целей налогообложения прибыли в полном объеме. Решения судов были основаны на непосредственном применении статей о недискриминации, содержащихся в международных соглашениях.

Переквалификация процентов, выплачиваемых российским заемщиком, в дивиденды. Согласно п. 4 ст. 269 НК РФ положительная разница между процентами по дол-

говому обязательству и предельными процентами, принимаемыми к вычету для целей налогообложения прибыли в соответствии с правилами «тонкой капитализации», приравнивается в целях налогообложения к дивидендам, уплаченным иностранной организацией, в отношении которой существует контролируемая задолженность, и облагается налогом на прибыль у источника.

Модельная конвенция ОЭСР не содержит каких-либо указаний относительно возможности переквалификации процентов, выплачиваемых по долговым обязательствам, в дивиденды. Так называемые *constructive dividends* (проценты, рассматриваемые как дивиденды в соответствии с национальным законодательством о «тонкой капитализации») не упомянуты ни в п. 3 ст. 10, ни в п. 3 ст. 11 Модельной конвенции ОЭСР, закрепляющих дефиниции дивидендов и процентов соответственно. Вместе с тем согласно Комментарию к Модельной конвенции ОЭСР переквалификация процентных платежей в дивиденды допустима в строго определенных случаях: тогда, когда выплата процентов поставлена в зависимость от успеха экономической деятельности заемщика¹⁵. Допустимость переквалификации процентных платежей — один из спорных вопросов международного налогового права¹⁶.

Мнения российских государственных органов по вопросу переквалификации процентов по долговым обязательствам в дивиденды разнятся. Финансовые органы, как правило, ссылаются на российские правила «тонкой капитализации» и говорят о допустимости переквалификации процентов в дивиденды в ситуациях с контролируемой задолженностью перед иностранной организацией. Так, в письме от 14 мая 2010 г. Министерство финансов РФ указало на допустимость переквалификации процентных платежей, выплачиваемых компании-резиденту Кипра, в дивиденды¹⁷. В письме, в частности, отмечалось, что подобные проценты подпадают под понятие «доход от иных корпоративных прав» ст. 10 российско-киприотского налогового соглашения (о дивидендах). Добавим, что данное письмо Министерства финансов РФ носит информационный характер и не препятствует российским судам следовать иному подходу при решении вопроса о применении национальных правил «тонкой капитализации».

В одном из постановлений 2009 г. ФАС Северо-Западного округа не согласился с точкой зрения налоговых органов о допустимости переквалификации процентов по долговым обязательствам в дивиденды¹⁸. Аргументация суда состояла в следующем. На уровне международных соглашений могут устанавливаться дефиниции, отличающиеся от дефиниций, содержащихся в нормах национального законодательства, в частности дефиниции дивидендов и процентов; проценты по долговым обязательствам, в том числе подлежащие переквалификации по национальному законодательству о «тонкой капитализации», не указаны в ст. 10 соответствующего соглашения об избежании двойного налогообложения. Значит, они охватываются понятием «проценты» (ст. 11 соглашения об избежании двойного налогообложения).

Представляется, что если следовать Комментарию к Модельной конвенции ОЭСР, в переквалификации процентов в дивиденды в указанном случае нужно было отказать на ином основании: подобная переквалификация допустима, но ограничена требованиями о недискриминации, закрепленными, как правило, в ст. 24 международных налоговых соглашений. Значит, применение российских правил «тонкой капитализации» (в том числе переквалификация процентов в дивиденды) было бы возможно в случае, если бы они распространялись на займы, предоставляемые как иностранными, так и российскими займодавцами независимо от наличия или отсутствия иностранного капитала в капитале российского заемщика¹⁹. Однако не следует забывать, что п. 4 ст. 24 Модельной конвенции ОЭСР и заключаемых на ее основе налоговых соглашений предоставляет защиту от дискриминации лишь в случае займов *at arm's length*. Таким образом, если налоговый орган докажет факт предоставления займа «не на уровне вытянутой руки», применение национальных правил «тонкой капитализации», в частности переквалификацию процентов в дивиденды, следует признать допустимым.

Займы, предоставленные российскому заемщику иностранной сестринской компанией. Пункт 2 ст. 269 НК РФ закрепляет три случая, когда задолженность считается контролируемой и может стать причиной ограничения вычета процентов из налоговой базы заемщика. Перечень является закрытым. Его буквальное прочтение приводит к выводу, что займы, предоставленные российскому заемщику иностранной сестринской компанией, под действие п. 2 ст. 269 не подпадают. В соответствии с этим пунктом ограничение вычета процентов для целей налогообложения прибыли может иметь место, если у российской организации есть непогашенная задолженность перед *российской* организацией, признаваемой аффилированным лицом иностранной организации, прямо или косвенно владеющей более чем 20 % уставного (складочного) капитала (фонда) российского заемщика. Задолженность российской компании перед *иностранной* организацией, признаваемой аффилированным лицом иностранной организации, прямо или косвенно владеющей более чем 20 % уставного (складочного) капитала (фонда) российского заемщика, в ст. 269 НК РФ не предусмотрена. Таким образом, финансирование российской компании посредством займов, полученных от иностранной сестринской компании, осталось за пределами поля зрения законодателя.

Пример: австрийская материнская компания имеет дочерние компании в России и Нидерландах. Голландская компания предоставляет заем российской компании. Возникающая таким образом у российской организации задолженность *de jure* не будет считаться контролируемой, так как не подпадает под критерии, указанные в п. 2 ст. 269 НК РФ.

Необходимо отметить, что позиция российских государственных органов по данному вопросу не однозначна. Так, Министерство финансов РФ в письме разъясняет, что иностранная материнская компания имеет возможность прямо или косвенно участвовать в управлении, контроле и имуществе как российской, так и иностранной дочерних организаций, а следовательно, задолженность российской компании перед иностранной компанией-сестрой следует признать контролируемой и осуществлять расчет предельной суммы процентов, признаваемых расходом для целей налогообложения налогом на прибыль, в соответствии с правилами, установленными п. 2 ст. 269 НК РФ²⁰. Очевидно, что указанная позиция основана на так называемом принципе *substance over form* («содержание превалирует над формой») и нацелена на ограничение возможностей налогового планирования, предоставляемых п. 2 ст. 269 НК РФ. Вместе с тем представляется, что подобная точка зрения не соответствует современному российскому законодательству и, кроме того, в целом не находит поддержки в российской арбитражной практике.

Российские арбитражные суды придерживаются, как правило, буквального прочтения п. 2 ст. 269 НК РФ и не допускают произвольного расширения действия российских правил «тонкой капитализации». Так, в недавнем постановлении, касающемся сестринского займа, арбитражный суд Московского округа отменил решения нижестоящих судов и поддержал позицию налогоплательщика²¹. В данном деле российское общество с ограниченной ответственностью имело задолженность перед венгерской компанией, причем обе организации были дочерними по отношению к киприотской организации. По мнению налоговых органов и апелляционного суда, такая задолженность являлась контролируемой, поскольку материнская компания оказывала влияние на принятие тех или иных решений дочерними организациями, в том числе о предоставлении финансовой помощи. Несмотря на то что долговое обязательство возникло *de jure* между российской и венгерской компаниями, денежные средства для займа предоставлялись *de facto* киприотской материнской компанией, их перераспределение между дочерними организациями носило технический характер²². Арбитражный суд Московского округа (кассационная инстанция) не согласился с подобным подходом. Суд, в частности, указал, что перечень оснований для признания задолженности контролируемой, содержащийся в п. 2 ст. 269, является закрытым, расширительному толкованию не подлежит. По

нашему мнению, названная позиция в большей мере соответствует п. 2 ст. 269 НК РФ. Поскольку задолженность российской компании перед *иностранной* сестринской компанией не приведена в списке ситуаций, образующих контролируруемую задолженность, действие российских норм о «тонкой капитализации» на подобные займы распространяться не должно.

Новое российское Типовое соглашение об избежании двойного налогообложения и правила «тонкой капитализации». Новое Типовое соглашение об избежании двойного налогообложения и о предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы и имущество принято Правительством РФ в феврале 2010 г. С одной стороны, указанное соглашение, заменившее ранее действовавшее типовое соглашение 1992 г., в большей степени соответствует сегодняшней версии Модельной конвенции ОЭСР. С другой стороны, оно содержит дополнительные нормы, направленные на ограничение налогового планирования и злоупотреблений в налоговой сфере, что может значительно затруднить деятельность холдинговых структур.

Новое Типовое соглашение предусматривает в том числе значительные изменения, касающиеся допустимости применения национальных правил «тонкой капитализации». В частности, его ст. 24 не запрещает договаривающемуся государству применять положения своего законодательства, касающегося понятий «недостаточная капитализация» и «контролируемые иностранные компании». Таким образом, если международные налоговые соглашения РФ будут изменены в соответствии со ст. 24 Типового соглашения, российские правила «тонкой капитализации» будут применяться без каких-либо ограничений, причем независимо от положений о недискриминации.

Интересно, что подобная оговорка о неограниченном применении национальных норм о «тонкой капитализации» уже содержится в некоторых налоговых соглашениях России, например с Бразилией и Португалией.

Следует также подчеркнуть, что ст. 10 нового российского Типового соглашения закрепляет понятие дивидендов, отличное от данного в Модельной конвенции ОЭСР. Согласно Типовому соглашению понятие «дивиденды» охватывает в том числе доходы (в частности, в виде процентов), на которые распространяется режим налогообложения доходов от акций в соответствии с налоговым законодательством, касающимся «недостаточной капитализации», того договаривающегося государства, резидентом которого является компания, выплачивающая дивиденды. Нетрудно заметить, что указанное нововведение соответствует рассмотренной позиции Министерства финансов РФ, по которой проценты, переклассифицированные в дивиденды по национальному законодательству о «тонкой капитализации», подпадают под ст. 10 международных налоговых соглашений РФ.

Недавние решения российских арбитражных судов свидетельствуют об активном применении норм международных налоговых соглашений РФ. В частности, основываясь на положениях ст. 24 международных налоговых соглашений, суды неоднократно подтвердили право налогоплательщиков на неограниченный вычет процентов по долговым обязательствам для целей налогообложения прибыли и отказали в переклассификации процентных платежей в дивиденды. Кроме того, в силу решений арбитражных судов займы, предоставленные российским заемщикам иностранными сестринскими компаниями, не попадают под действие российских правил «тонкой капитализации» и могут быть учтены в качестве расходов для целей налогообложения прибыли без каких-либо ограничений. Вместе с тем необходимо отметить, что финансирование посредством заемного капитала всегда связано с определенным риском. Российские финансовые органы зачастую придерживаются подхода *substance over form* («содержание превалирует над формой») и активно применяют российские

правила «тонкой капитализации». Кроме того, необходимо принимать во внимание положения нового российского Типового соглашения. Если международные налоговые соглашения РФ будут изменены в соответствии с требованиями российского Типового соглашения, это приведет к неограниченному применению национальных правил «тонкой капитализации». Напомним, однако, что изменение международного договора всегда предполагает наличие воли обеих сторон.

¹ Rohatgi. Basic international taxation. New Delhi, 2007. P. 214.

² Ibid. P. 215. См. также: Полежарова Л. В. Тонкая капитализация: механизмы применения и методы противодействия // Налоговая политика и практика. 2008. № 4.

³ Там же.

⁴ Полежарова Л. В. Указ. соч.

⁵ Bauer. Unterkapitalisierungsregelungen in Europa – eine Analyse // StuW. 2009. № 2. S. 163–183.

⁶ Жигина А. А. Тонкий подход к «тонкой капитализации» // Налоговед. 2009. № 11. С. 52.

⁷ OECD Model Tax Convention 2008 (Kees van Raad. Materials on international and EC tax law. Leiden, 2009).

⁸ United Nations Model Double Taxation Convention 2001 (Kees van Raad. Op. cit.).

⁹ О заключении межправительственных соглашений об избежании двойного налогообложения доходов и имущества: Постановление Правительства РФ от 28 мая 1992 г. № 352; О заключении межгосударственных соглашений об избежании двойного налогообложения и о предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы и имущество: Постановление Правительства РФ от 24 февраля 2010 г. № 84 // ИПС «Гарант».

¹⁰ OECD Commentary on the Model Convention 2008. Art. 9. Par. 3; Art. 24. Par. 74 (Kees van Raad. Op. cit.).

¹¹ Vogel, Lehner. DBA Kommentar. München, 2008. S. 1735.

¹² Lankhorst-Hohorst Case, ECJ 12.12.2002. Rs. C-324/00, IStR 2003. P. 55. См. также: Suhbier-Hahn. Ein Überblick über die Neuerungen im deutschen Steuerrecht // SWI 2004. S. 128 (132ff).

¹³ Постановление ФАС Московского округа от 26 мая 2008 г. № КА-А40/4279-08-П // ИПС «Гарант». См. также: Tax Alert (Unlimited deduction of expenses for CIT under DTTs) // URL: <http://www.pglaw.ru>.

¹⁴ Постановление ФАС Московского округа от 13 июля 2010 г. № КА-А40/7211-10; Постановление ФАС Московского округа от 23 сентября 2009 г. № КА-А40/9453-09-2; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23 сентября 2009 г. № А26-6967/2008 // URL: <http://www.arbitr.ru>.

¹⁵ OECD Commentary on the Model Convention 2008. Art. 10. Par. 15(d), 25 (Kees van Raad. Op. cit.).

¹⁶ See Lang. Unterkapitalisierung // Aktuelle Entwicklungen im internationalen Steuerrecht: das neue Musterabkommen der OECD. Wien, 1994. P. 138; Achatz. Unterkapitalisierung und Wirtschaftliche Doppelbesteuerung // Praxis des internationalen Steuerrechts: Festschrift für Helmut Loukota zum 65. Geburtstag; Wien, 2005. P. 3.

¹⁷ Письмо Министерства финансов РФ от 14 мая 2010 г. № 03-08-05 // ИПС «Гарант».

¹⁸ См., например: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23 сентября 2009 г. № А26-6967/2008 // URL: <http://www.arbitr.ru>.

¹⁹ OECD Commentary on the Model Convention 2008 Art. 9. Par. 3; Art. 24. Par. 74 (Kees van Raad. Op. cit.).

²⁰ Письмо Министерства финансов от 27 ноября 2009 г. № 03-08-05.

²¹ Постановление ФАС Московского округа от 13 июля 2010 г. № КА-А40/7211-10 // ИПС «Гарант».

²² Там же.

А. Г. Малинова*

ПРОТИВОРЕЧИЯ В ЗАКОНОПРОЕКТАХ ОБ ОХРАНЕ ЗДОРОВЬЯ ГРАЖДАН И СТРАХОВОЙ МЕДИЦИНЕ

Выявляются противоречия между нормами трех федеральных законов, регулирующих отношения, связанные с охраной здоровья граждан и страховой медициной. Предлагаются способы устранения этих противоречий.

Ключевые слова: охрана здоровья граждан, обязательное страхование гражданской ответственности медицинских организаций перед пациентами, обязательное медицинское страхование, ответственность за причинение вреда здоровью, противоречия между нормами, дефект оказания медицинской помощи, профессиональная ошибка

Проект закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — законопроект об охране здоровья граждан) содержит ряд норм, противоречащих другим нормам данного закона или нормам законов «Об обязательном страховании гражданской ответственности медицинских организаций перед пациентами» (далее — законопроект о страховании гражданской ответственности) и «Об обязательном медицинском страховании», также находящихся на стадии разработки.

Особого внимания с этих позиций заслуживают вопросы ответственности за причинение вреда здоровью граждан при оказании медицинской помощи и его страхового возмещения. Очевидно, что законопроект об охране здоровья граждан, если вести речь о страховой медицине, должен действовать совместно с названными законами, регулирующими страхование в сфере медицины (вступают в силу с 1 января 2011 г.). Чтобы эти законы были наиболее эффективны, необходима согласованность содержащихся в них норм. Однако в законопроекте об охране здоровья граждан есть как внутренние противоречия, так и нестыковки с уже упомянутыми законопроектами о медицинском страховании.

Во-первых, существует противоречие между определениями понятий «частная медицинская практика» и «частная медицинская организация». Так, в п. 11 ст. 2 законопроекта об охране здоровья граждан указывается, что «к медицинским организациям также относятся индивидуальные предприниматели, занимающиеся частной медицинской практикой», а в п. 1 ст. 65 утверждается обратное: «Частная медицинская практика — это осуществление медицинской деятельности индивидуальными предпринимателями, имеющими право на медицинскую деятельность, *вне медицинских организаций...*»

Во избежание двойственности в определении субъекта ответственности нужно внести поправку в п. 1 ст. 65 названного законопроекта: после слов «имеющими право на медицинскую деятельность» убрать слова «вне медицинских организаций». Это необходимо, поскольку в п. 7 ст. 1 законопроекта о страховании гражданской ответственности указывается, что «потерпевший — пациент, жизни или здоровью которого был причинен вред при получении медицинской помощи в медицинской организации».

Во-вторых, в законопроектах применяются разные подходы к определению причин нанесения вреда здоровью при оказании медицинской помощи, подлежащего возмещению за счет средств страхования.

Так, в законопроекте об охране здоровья граждан все виды причин нанесения вреда здоровью при оказании медицинской помощи сводятся к одной, а именно к «профес-

* Малинова Анна Григорьевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права УрГЮА (Екатеринбург). E-mail: grpravo@usla.ru.

сиональной ошибке при оказании медицинской помощи»: в п. 3 ст. 93 устанавливается, что «ущерб, причиненный жизни и здоровью граждан *в результате профессиональной ошибки* при оказании медицинской помощи, подлежит возмещению за счет средств страхования, осуществляемого на основании отдельного Федерального закона».

В свою очередь в п. 4 ст. 16 законопроекта о страховании гражданской ответственности ошибка работников медицинской организации определяется только как результат добросовестного заблуждения, кроме нее перечисляются еще семь типов причин, которые могут быть и преднамеренными.

Вообще, в законопроектах о страховании гражданской ответственности и об охране здоровья граждан используется неединообразная, несогласованная терминология, когда речь идет о гражданской ответственности медицинской организации по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни или здоровью пациентов. Например, в п. 1 ст. 6 законопроекта о страховании гражданской ответственности речь идет о такой причине, как «дефект оказания медицинской помощи» (с подробной детализацией конкретных типов причин), в то время как в законопроекте об охране здоровья граждан данное понятие не упоминается, а в качестве причины указывается только «профессиональная ошибка» (без детализации). Такая терминологическая несогласованность в текстах законов чревата юридическими коллизиями. Ведь от того, какие именно причины будут установлены Комиссией, зависят не только страховые выплаты, но и юридический смысл последующих регрессных исков и т. д.

В связи с этим целесообразно внести изменения в законопроект об охране здоровья граждан: текст ст. 93 полностью заменить, взяв за образец п. 4 ст. 16 законопроекта о страховании гражданской ответственности, т. е. в п. 1 ст. 93 дать определения понятий «дефект оказания медицинской помощи» и его видов, а в пп. 2 и 3 термин «профессиональная ошибка» заменить на термин «дефект оказания медицинской помощи». Это необходимо, поскольку и в проекте ФЗ «Об обязательном медицинском страховании» термин «профессиональная ошибка» не употребляется, а речь идет только о «дефектах в оказании медицинской помощи» (так, в п. 6 ст. 36 говорится: «Экспертиза качества медицинской помощи осуществляется в целях выявления нарушений в оказании медицинской помощи, включая оценку правильности выбора медицинской технологии, степени достижения запланированного результата, установления причинно-следственных связей выявленных дефектов в оказании медицинской помощи»).

В заключение отметим, что на данные законопроекты откликнулись. В частности, в Санкт-Петербурге 8 октября 2010 г. была проведена общероссийская конференция «Частная медицина и реформа здравоохранения», на которой встретились представители науки и практики из разных областей: медицины, юриспруденции, страхового дела. Обсуждение было весьма плодотворным, содержащим экспертные оценки, учет которых будет способствовать совершенствованию текстов чрезвычайно важных для нашего общества законов.

Г. А. Пантюхина*

ОСОБЕННОСТИ ВЫДВИЖЕНИЯ ВЕРСИЙ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, СОВЕРШЕННЫХ ОРГАНИЗОВАННЫМИ ПРЕСТУПНЫМИ ГРУППАМИ

Рассматриваются вопросы выдвижения версий при расследовании преступлений, совершенных организованными формированиями. Именно в успешном преодолении сложных следственных ситуаций ведущая роль принадлежит версионному процессу.

Ключевые слова: версии, организованная преступность, тактика, борьба с преступностью

Решение проблем борьбы с организованной преступностью остается одной из важнейших задач общества и государства. Проведение социально-политических и экономических преобразований в нашей стране в значительной мере осложняется ростом организованных криминальных формирований и их серьезными структурными и функциональными изменениями.

Основное содержание борьбы с организованной преступностью, наиболее опасной разновидностью антиобщественных проявлений, – управление этим особым видом социальной деятельности, требующее, как и любая специальная функция, упорядоченных коллективных действий сотрудников правоохранительных органов для достижения стоящих перед ними целей, путем постановки задач, выбора оптимальных направлений их решения и эффективного руководства их реализацией.

В условиях роста организованной преступности первостепенное значение приобретает совершенствование криминалистической теории, следственной и судебной практики, особенно по вопросам расследования и раскрытия преступлений, совершенных организованными преступными группами и сообществами.

Раскрытие и расследование таких преступлений представляют собой сложную и многогранную деятельность по преодолению информационных, тактико-психологических и иных существенных трудностей, возникающих по подавляющему большинству уголовных дел.

В успешном разрешении сложных следственных ситуаций ведущая роль принадлежит версионному процессу, состоящему из двух неразрывно связанных между собой функциональных частей: выдвижения версий и их проверки. По делам рассматриваемой категории наиболее острые проблемные ситуации возникают в процессе установления виновности лидеров организованных преступных групп и сообществ в создании и руководстве этими криминальными формированиями, в обнаружении преступных доходов, способов и мест их укрытия, а также в выявлении латентных связей с коррумпированными чиновниками в государственных и правоохранительных органах.

В криминалистике сформулировано множество определений термина «версия». Согласно одному из них – это обоснованное предположение субъекта расследования, позволяющее дать вероятное объяснение исходным данным и вероятностно установить неизвестные обстоятельства, имеющие значение по делу. Таким образом, объясняющая и устанавливающая функции версии имеют внешне противоположные векторы, хотя и направлены на достижение единой цели. В теории моделирования под версией обычно понимается идеальная информационно-логическая модель, несмотря на то что понятия

* Пантюхина Галина Александровна – кандидат юридических наук, доцент кафедры правовой психологии и судебных экспертиз УрГЮА (Екатеринбург). E-mail: Galina-Pantuykhina@yandex.ru.

модели и версии нетождественны друг другу, поскольку имеются не только идеальные, но и материальные, не только логические, но и макетно-копирующие модели и т. д., однако есть одно важное объединяющее их свойство — возможность получения новых сведений об объекте исследования.

Одна из особенностей выдвижения версий по делам о преступлениях, совершенных организованными преступными группами и сообществами, состоит в трудностях перехода от общей (стратегической) версии о совершении общественно опасного деяния организованными преступными формированиями (первый этап) к менее общей версии о причастности к преступлению определенного криминального объединения (второй этап), а затем к специфической версии об участии в данном деянии конкретных лиц (третий этап). Так, по уголовному делу по факту разбойного нападения на пункт обмена валюты «Орбита» КБ «Свердлсоцбанка» исходя из первичного анализа события преступления была выдвинута общая версия о совершении преступления каким-либо организованным преступным формированием. Затем после создания следственно-оперативной группы и проведения по намеченному плану оперативно-розыскных мероприятий удалось установить причастность к преступлению банды Попова — Репина, а позднее получить доказательства участия в 23 эпизодах преступной деятельности 14 членов этого организованного криминального формирования. Подобная трехэтапная последовательная конкретизация версионного процесса характерна для всех изученных нами уголовных дел, расследование которых происходило в проблемных ситуациях.

Вторая особенность версионного процесса заключается в трудностях проверки уже выдвинутых версий в отношении организаторов и руководителей преступных объединений. Как правило, в делах оперативного учета и других негласных материалах органов дознания содержатся хотя бы фрагментарные данные о хорошо законспирированной верхушке криминальной вертикали. Однако использовать эти сведения, а тем более «привязать» их к конкретному преступлению очень сложно.

Реализовать эти негласные данные и применять их в процессе доказывания по уголовным делам в соответствии с ч. 2 ст. 11 Закона РФ «Об ОРД» удается редко, в основном по криминальным формированиям насильственной направленности. Анализ уголовных дел и дел оперативного учета убедительно свидетельствует об этом. Только по 23 из изученных 200 уголовных дел следователям, обладающим достаточной оперативно-розыскной информацией, сосредоточенной в делах оперативного учета, удалось доказать причастность к совершению преступления организаторов (лидеров) организованных преступных групп, хотя многие из них принимали непосредственное участие в наиболее серьезных эпизодах криминальной деятельности, в том числе в расправах над своими конкурентами. Так, Курдюмов, глава организованной преступной группировки, не только подготовил убийство в Венгрии другого «преступного авторитета» Широкова и руководил им, но и выехал туда для его непосредственного исполнения. Только после преодоления острых проблемных и конфликтных ситуаций, выяснения многих вспомогательных фактов (промежуточных обстоятельств) стало возможным привлечь Курдюмова к уголовной ответственности. По данным Свердловской областной прокуратуры, по многим делам оперативного учета, в которых подробно задокументирована преступная деятельность ряда руководителей коммерческих организаций, не удается доказать их вину процессуальными данными уголовных дел.

Третья особенность версионного процесса связана с большим значением поисковых и розыскных версий по делам исследуемой категории. В связи с существенным недостатком доказательств и трудностями использования результатов оперативно-розыскной деятельности в процессе доказывания следователи на фактической базе негласных данных выдвигают версии обеих указанных разновидностей. При этом поисковые версии строятся главным образом для выявления источников (носителей) доказательственной информации, а розыскные версии — для установления местонахождения уже известных

следствию скрывшихся преступников либо для обнаружения денежных средств, имущества и иных ценностей, подлежащих конфискации.

Проверку поисковых и розыскных версий необходимо проводить с максимальной осторожностью, чтобы не расшифровать негласные источники оперативно-розыскной информации, поскольку информация о местопребывании разыскиваемых или данные о свидетелях и других источниках доказательств известны лишь крайне ограниченному кругу людей. Однако трудности проверки и получения полезной информации по розыскным и поисковым версиям, выдвигаемым по уголовным делам о преступлениях, совершенных организованными криминальными формированиями, несравненно более значительны, чем по другим категориям дел. Это обусловлено, прежде всего, межрегиональными и трансрегиональными связями, постоянным финансированием со стороны латентных направителей и благодарных заказчиков, заранее подготовленными документами и «убежищами», хорошо законспирированными источниками (носителями) криминалистически значимой информации, преступным профессионализмом скрывающихся членов организованных преступных групп и сообществ, другими негативными факторами. Так, из восьми членов банды Курдюмова, в течение нескольких лет находящейся в федеральном и межрегиональном розыске, к настоящему времени задержан лишь один (Долматов).

Что касается не менее сложной проверки поисковых версий, то многие уголовные дела, возбужденные по ст. 210 УК РФ, буквально разваливаются в суде по различным причинам, в том числе из-за крайне ограниченного круга носителей криминально значимой информации, расширить которое в ходе предварительного следствия и оперативно-розыскной деятельности, несмотря на предпринятые усилия, не удается.

Разумеется, есть и много положительных примеров расследования уголовных дел о преступлениях, совершенных организованными криминальными формированиями, особенно если они расследуются своевременно созданной и хорошо укомплектованной следственно-оперативной группой.

Характерным примером выполнения общих задач расследования следственно-оперативной группой является разоблачение преступников, совершивших серию бандитских нападений на бензовозы на трассе Екатеринбург – Нижний Тагил – Серов. Следствием и оперативными работниками была выдвинута комплексная следственно-оперативная версия о совершении преступлений организованной преступной группой. Проведенные по делу оперативно-розыскные мероприятия позволили установить личность одного из участников этой группы по горизонтали. После допросов и других неотложных следственных действий ранее не судимый С. был освобожден, и в отношении его была избрана мера пресечения – подписка о невыезде. Одновременно за ним было установлено наблюдение, которое позволило выявить его многочисленные преступные связи и ближайшее окружение. Полученная оперативная информация дала возможность успешно провести проверку перспективной версии, задержать подозреваемых, изъять часть похищенного, получить другие доказательства по делу. Следствием проанализирована имеющаяся по делу информация и исходя из этого выдвинута комплексная (следственно-оперативная) версия о причастности к совершению преступления сотрудников правоохранительных органов. Это позволило расширить спектр версий. В ходе производства оперативно-розыскных мероприятий установлена причастность к этим преступлениям двух сотрудников милиции Нижнего Тагила. Последующая проверка версий подтвердила собранную разведывательную информацию. Однако следователям и оперативным работникам удалось ее реализовать только после ряда тактических операций, направленных на разоблачение организованного преступного формирования путем профессионального использования существующих между преступниками острых противоречий (конфликтов), негласного применения технических средств и взаимодействия различных ведомств в условиях самой острой конспирации.

Следует особо отметить, что версии представляют собой не только логико-познавательный механизм, обладающий сложной эвристической структурой, но и метод, тесно связанный с процессом планирования, который наиболее эффективно способствует оптимизации и упорядочению процесса раскрытия и расследования преступлений.

В сложном и многоэтапном процессе раскрытия и расследования преступлений, как правило, происходит последовательное и постепенное собирание доказательств, позволяющих трансформировать маловероятные знания в знания высоковероятные, а затем и в достоверные выводы по делу. Чтобы быстрее перейти от вероятностных знаний к достоверным, используется гипотетический метод исследования, а, как известно, версия – это разновидность частной гипотезы, имеющей практическое применение. Согласно ст. 73 УПК РФ в следственной деятельности построение версий и их проверка являются важнейшими инструментами криминалистического метода познания события и других обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Для того чтобы выдвинуть версию, следователь и другие субъекты криминалистической деятельности должны иметь фактические основания (фактическую базу версий), именно поэтому версия и является обоснованным предположением (выводом). Чем больше информационный объем фактической базы версий и чем надежнее, обоснованнее построенные на ее основе версии, тем выше степень их вероятности. В фактическую базу версий входят как доказательства и оперативные данные, так и любые другие сведения, в том числе слухи. Разумеется, в этом случае требуется особо скрупулезная и всесторонняя их проверка.

Однако перспективность построенных следователем (оперативным работником) версий зависит не только от их фактической базы, которая является важным, но не единственным компонентом структуры версии. Второй компонент – это теоретическая база версии. Если в содержание фактической базы входят сведения, полученные в рамках рассматриваемого дела и относящиеся только к его конкретным обстоятельствам, то к теоретической базе относят информацию, полученную из многочисленных источников, находящихся за пределами (рамками) конкретного уголовного дела, таких, как криминалистические, оперативно-справочные, розыскные учеты информационных центров, картотеки и коллекции экспертно-криминалистических подразделений МВД, логические и фактические презумпции, криминалистические характеристики преступлений, многочисленные научные и фактические обобщения, личный и коллективный опыт и т. п. Кроме того, в процесс построения версий, особенно в наиболее сложных (типичных) проблемных ситуациях, нередко включается и такой творческий компонент, как внезапные интуитивные озарения, которые незаменимы при крайне незначительной (ничтожной) исходной информации, содержащейся в фактической базе версии.

В связи с информационной неопределенностью по делу следователь (оперативный работник) выдвигает несколько версий, отражающих весь спектр фактических возможностей. В процессе проверки ошибочные версии опровергаются (фальсифицируются), а подтверждающиеся версии становятся достоверным знанием (выводом). В тех случаях, когда по делам исследуемой категории имеются значительные, хотя и недостаточные для однозначного вывода исходные данные, число версий может быть чрезвычайно мало, но процесс не должен сводиться к выдвиганию только одной версии. Невыдвижение всех возможных версий, как и субъективная приверженность одной из них, исключительно опасно для объективного, полного и всестороннего расследования¹.

Анализ особенностей процесса выдвижения версий по делам рассматриваемой категории дает возможность сделать следующие выводы.

1. Возбуждение уголовных дел по оперативно-розыскным данным позволяет следователю на самом раннем «доследственном» этапе изучить поступившие к нему материалы, решить вопрос о возбуждении дела, выдвинуть следственные версии, составить

план расследования и дать задание органам дознания о дополнительном проведении оперативно-розыскных мероприятий.

2. В процессе расследования особое значение имеют выдвижение и проверка так называемых стратегических следственных версий, выходящих за рамки расследуемых конкретных преступлений и направленных на выявление руководителей организованных преступных групп и сообществ, коррумпированных чиновников государственных учреждений и сотрудников правоохранительных органов².

3. Эффективная проверка многочисленных и трудноисследуемых версий по делам рассматриваемой категории возможна лишь при самом тесном взаимодействии органов следствия и дознания, особенно при проведении расследования его наиболее оптимальной организованной формой – следственно-оперативной группой.

¹ Овсянников И. Выдвижение и проверка следственных действий // Законность. 1998. № 8.

² Пантюхина Г. А. Организованная преступность Уральского региона (теоретические и практические аспекты). Екатеринбург, 2004.

С. В. Белых*

КАТЕГОРИИ «ОСНОВЫ ПРАВОПОРЯДКА» И «НРАВСТВЕННОСТЬ» В СВЕТЕ РЕШЕНИЙ ВЫСШИХ ОРГАНОВ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Раскрываются содержащиеся в ст. 169 Гражданского кодекса РФ категории «основы правопорядка» и «нравственность», которые в силу своей неопределенности создавали и создают возможность произвольного правоприменения данной нормы ГК РФ. Это приводило к несоразмерному ограничению прав и свобод субъектов предпринимательского права, особенно налоговыми органами РФ. Но с принятием отдельных решений высших органов судебной власти РФ ситуация несколько изменилась.

Ключевые слова: основы правопорядка, правопорядок, основы конституционного строя, нравственность, антисоциальные сделки

В соответствии со ст. 169 Гражданского кодекса РФ сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна. Основными категориями, определяющими действительность сделки, в данном случае являются «основы правопорядка» и «нравственность».

Прежде всего надо отметить, что под «правопорядком» в «Юридическом энциклопедическом словаре» понимается определенное состояние регулируемых правом общественных отношений, характеризующееся реальным уровнем соблюдения законности, обеспечения и реализации субъективных прав, соблюдения юридических обязанностей всеми гражданами, органами и организациями с применением к правонарушителю мер государственного принуждения и восстановлением нарушенных субъективных прав. Это одна из основных составных частей общественного порядка¹.

В свою очередь нравственность — особая форма общественного сознания и вид общественных отношений; один из основных способов регуляции человека в обществе с помощью норм. В отличие от простых обычаев или традиций нравственные нормы получают идейное обоснование в виде идеалов добра и зла, должного, справедливости и т. п.²

Категории «основы правопорядка» и «нравственность» использовались и используются в ряде законов Российской Федерации (ст. 55 Конституции РФ, ст. 167 Семейного кодекса РФ), где употреблены также синонимы первого понятия: «публичный порядок», «основы конституционного строя», которые в ст. 169 ГК РФ отсутствуют.

Надо заметить, что наименование ст. 169 ГК РФ не соответствует ее содержанию. Согласно названию статьи недействительна сделка, совершенная «с целью, противной основам правопорядка и нравственности», однако в силу ее содержания для ничтожности сделки достаточно, чтобы она противоречила «основам правопорядка или нравственности». И хотя логичнее признать необходимым наличие противоречия основам и правопорядка, и нравственности, приоритет следует отдать содержанию статьи.

Содержащиеся в ст. 169 ГК РФ категории «основы правопорядка» и «нравственность» в силу своей неопределенности создавали и создают возможность произвольного правоприменения статьи, что приводит к несоразмерному ограничению прав и свобод субъектов предпринимательского права, особенно налоговыми органами РФ, несмотря на отдельные решения высших органов судебной власти РФ по этой проблеме.

* Белых Сергей Владимирович — кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права УрГЮА (Екатеринбург). E-mail: belykh@mail.ur.ru.

В частности, 8 июня 2004 г. Конституционный Суд РФ вынес определение № 226-О³, в котором высказал свою позицию относительно указанных категорий: «понятия „основы правопорядка“ и „нравственность“, как и всякие оценочные понятия, наполняются содержанием в зависимости от того, как их трактуют участники гражданского оборота и правоприменительная практика, однако они не являются настолько неопределенными, что не обеспечивают единообразное понимание и применение соответствующих законоположений. Статья 169 ГК РФ указывает, что квалифицирующим признаком антисоциальной сделки является ее цель, т. е. достижение такого результата, который не просто не отвечает закону или нормам морали, а противоречит — заведомо и очевидно для участников гражданского оборота — основам правопорядка и нравственности. Антисоциальность сделки, дающая суду право применять данную норму Гражданского кодекса Российской Федерации, выявляется в ходе судопроизводства с учетом всех фактических обстоятельств, характера допущенных сторонами нарушений и их последствий».

Арбитражный суд Московской области и вышестоящие судебные инстанции признали заключенные ОАО „Уфимский нефтеперерабатывающий завод“ (заявитель. — С. Б.) сделки ничтожными и заведомо противоречащими основам правопорядка и нравственности, поскольку они являлись мнимыми и совершались с целью неуплаты налогов нефтеперерабатывающими предприятиями, т. е. суды, принимая решения, действовали на основании статьи 169 ГК РФ в системной связи с его статьей 170 и, следовательно, не исходили из произвольного толкования статьи 169, — они указали конкретные основания признания сделок антисоциальными и, соответственно, ничтожными. Понятие же „мнимая сделка“ заявителю не представляется неопределенным, как не оспаривается им и тот факт, что уклонение от налогов — цель, заведомо противная основам правопорядка и нравственности.

Таким образом, материалами дела — вопреки утверждению заявителя — не подтверждается, что вследствие неопределенности содержащихся в ст. 169 ГК Российской Федерации понятий могли быть нарушены его конституционные права».

К сожалению, в приведенном определении указанные понятия так и не были раскрыты. Суд оставил право на их трактовку за участниками гражданского оборота и правоприменителями, поскольку посчитал, что категории «основы правопорядка» и «нравственность» не являются настолько неопределенными, чтобы не обеспечивать единообразное понимание и применение соответствующих законоположений.

10 апреля 2008 г. Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении № 22⁴ в связи с возникающими в судебной практике вопросами, вызванными применением ст. 169 ГК РФ, и в целях обеспечения единообразия подходов к их разрешению дал необходимые разъяснения: «При определении сферы применения статьи 169 ГК РФ судам необходимо исходить из того, что в качестве сделок, совершенных с указанной целью, могут быть квалифицированы сделки, которые не просто не соответствуют требованиям закона или иных правовых актов (статья 168 ГК РФ), а нарушают основополагающие начала российского правопорядка, принципы общественной, политической и экономической организации общества, его нравственные устои. К названным сделкам могут быть отнесены, в частности, сделки, направленные на производство и отчуждение определенных видов объектов, изъятых или ограниченных в гражданском обороте (соответствующие виды оружия, боеприпасов, наркотических средств, другой продукции, обладающей свойствами, опасными для жизни и здоровья граждан, и т. п.); сделки, направленные на изготовление, распространение литературы и иной продукции, пропагандирующей войну, национальную, расовую или религиозную вражду; сделки, направленные на изготовление или сбыт поддельных документов и ценных бумаг.

Таким образом, для применения статьи 169 ГК РФ необходимо установить, что цель сделки, права и обязанности, которые стороны стремились установить при ее соверше-

нии, либо желаемое изменение или прекращение существующих прав и обязанностей (статья 153 Кодекса) заведомо противоречили основам правопорядка и нравственности. При этом цель сделки может быть признана заведомо противной основам правопорядка и нравственности только в том случае, если в ходе судебного разбирательства будет установлено наличие умысла на это хотя бы у одной из сторон.

Судам необходимо учитывать, что сделки, совершенные с целью, заведомо противной основам правопорядка и нравственности, могут прикрываться иными сделками, которые формально не нарушают требований законодательства.

В данных случаях к сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом существа сделки применяются относящиеся к ней правила (пункт 2 статьи 170 ГК РФ), в силу чего притворная сделка квалифицируется как ничтожная исключительно по статье 170 ГК РФ, а прикрываемая сделка при наличии к тому оснований может быть квалифицирована по статье 169 кодекса».

В итоге далеко не каждое нарушающее правопорядок действие служит основанием для признания сделки недействительной, поскольку нарушение должно быть грубым и затрагивать не правопорядок в целом, а его основы. Сделка должна посягать на наиболее существенные права и интересы: имущественные, личные, политические, трудовые, финансовые, семейные и т. п. К подобным правонарушениям, совершенным в форме сделки, относятся, в первую очередь, уголовно наказуемые действия: сделки, совершенные с целью уклонения от уплаты налогов, противозаконные сделки с валютными ценностями, наркотиками, оружием и т. п.

По своему содержанию, как верно заметил Д. И. Дедов, «постановление Пленума ВАС РФ от 10 апреля 2008 г. стопроцентно направлено в пользу налогоплательщиков. Теперь суды, рассматривающие споры из административных, налоговых и иных публичных правоотношений, могут прибегать к взысканию всего полученного (причитавшегося) по сделке в доход РФ в соответствии со ст. 169 ГК РФ в качестве исключительной меры и специального последствия недействительности ничтожной сделки.

Пленум также признал, что за рамки полномочий налогового органа выходит требование о применении предусмотренных ст. 169 ГК РФ последствий недействительности сделки, которое обосновывается тем, что данная сделка совершена с целью уклонения от уплаты налогов. Ведь взыскание в бюджет всего полученного (причитавшегося) по сделке не является мерой, направленной на обеспечение поступления налогов в полном объеме. В этих целях налоговый орган вправе, руководствуясь ст. 170 ГК РФ, предъявить требование о признании сделок налогоплательщика недействительными как сделок, совершенных лишь для вида, без намерения создать соответствующие им правовые последствия (мнимые сделки), либо с целью прикрыть другую сделку (притворные сделки)»⁵.

Таким образом, Пленум ограничил пределы действия ст. 169 ГК РФ, впервые обозначил круг антисоциальных сделок.

Вместе с тем в постановлении предусмотрено, что не каждое нарушение закона нужно считать нарушением основ правопорядка. Однако исчерпывающего перечня таких основ правопорядка, нарушение которых могло бы повлечь применение ст. 169 ГК РФ, в его тексте не имеется. В нем не была отражена позиция, встречавшаяся ранее в некоторых судебных решениях, согласно которой основами правопорядка следует считать нормы Конституции РФ, а нарушением основ правопорядка — любое нарушение конституционных положений. Позиция Пленума по этому вопросу представляется вполне аргументированной, так как Конституция РФ является актом, обладающим высшей юридической силой, базой для всех нормативных правовых актов РФ, вследствие чего в любой норме того или иного документа можно найти конституционные основы, что способствует излишне широкому правоприменению ст. 169 ГК РФ.

Соотношение основ правопорядка с нормами нравственности, а также содержание норм нравственности в контексте применения ст. 169 ГК РФ давно вызывает дискуссии. К сожалению, этот вопрос так и не нашел отражения в указанном постановлении Пленума ВАС РФ. В то же время ВАС РФ косвенно высказался о том, что нарушение норм нравственности является основанием недействительности сделки не само по себе, а в совокупности с нарушением основ правопорядка. По тексту постановления Пленума категории «основы правопорядка» и «нравственность» постоянно употребляются вместе.

Не в меру жесткие последствия, закрепленные в ст. 169 ГК РФ, исключить смог бы только законодатель. Положительной надо признать попытку ВАС РФ смягчить их и дать арбитражным судам возможность не применять ст. 169 ГК РФ в отдельных случаях. Между тем данное разъяснение законодательства по инициативе судебной власти, пусть даже в лице Пленума ВАС РФ, не может не вызвать настороженность.

¹ Юридический энциклопедический словарь / под ред. А. Я. Сухарева. М., 1984. С. 278.

² Большой энциклопедический словарь. 2-е изд., перераб. и доп. М.; СПб., 2000. С. 755.

³ СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Вестн. Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 5.

⁵ Роль правовых позиций Высшего Арбитражного Суда РФ в правоприменительной практике: интервью с Дедовым Дмитрием Ивановичем, судьей Высшего Арбитражного Суда РФ, доктором юридических наук // Арбитражное правосудие в России. 2008. № 5. URL: <http://www.garant.ru/article/6603> (2008. 3 мая).

А. И. Дуров*

РЕФОРМА МВД: ПОЛИЦИЯ ИЛИ МИЛИЦИЯ?

10 сентября 2010 г. в Уральском институте экономики, управления и права состоялся «круглый стол», на котором обсуждался проект федерального закона «О полиции». Законопроект вызвал жаркую дискуссию участников «круглого стола». Статья является продолжением этой дискуссии, своего рода приглашением к дальнейшему широкому обсуждению данной темы.

Ключевые слова: милиция, полиция, реформа

В январе 2010 г. Президент РФ Д. А. Медведев на расширенной коллегии МВД РФ объявил о реформе системы МВД. В рамках реформы в центральном аппарате МВД РФ (в порядке самореформирования, что уже ущербно, так как отсутствует объективность в самооценке и нет заинтересованности в кардинальных изменениях) был разработан проект федерального закона «О милиции».

Летом 2010 г. Президент РФ предложил переименовать милицию в полицию, а законопроект представить на всенародное обсуждение. 7 августа 2010 г. был создан сайт zakonoproekt2010.ru, и законопроект ФЗ «О полиции» был представлен на суд общественности.

Это несомненное достоинство данного нововведения, выходящее за рамки процесса реформирования МВД, а именно реальное всенародное обсуждение через Интернет жизненно важно для общества и государства законопроекта. Необходимо отметить, что граждане активно включились в дискуссию: уже в течение первой недели количество комментариев превысило 8000, а всего (обсуждение длилось до 15 сентября 2010 г.) поступило более 20 тыс. предложений.

Отношение населения к предлагаемым нововведениям неоднозначно. В какой-то мере его можно оценить по одному из высказываний: «Закон, который сделает всех граждан виноватыми». Многие справедливо считают, что документ «сырой», недоработанный, противоречивый, стилистически безграмотный. Вместе с тем большинство замечаний конструктивны, многие из них заслуживают внимания. Учитывая большое число поступивших предложений, можно сделать предварительные выводы: во-первых, гражданам небезразлична судьба законопроекта и идет его всенародное обсуждение; во-вторых, по итогам дискуссии можно четко определить, что именно не устраивает граждан в проекте нового закона и как он должен измениться (при условии, что авторы законопроекта действительно прочтут комментарии и кардинально перепишут проект).

Главная проблема, которая волнует население, пугающе проста: люди требуют заново определить, для чего нам всем нужна «милиция / полиция». Здесь необходимо уточнить вопрос: для кого нужна «милиция / полиция», чьи интересы она будет обслуживать, отстаивать, т. е. или полиция только для государства, или полиция для общества? Если преобладает государственный интерес, то следствием станут жесткая централизация структуры полиции, оторванность ее от местных властей. Доминирование же общественного начала приведет к более тесному взаимодействию системы МВД с населением и местной властью, но в то же время усилит ее децентрализацию. Эти два противоположных процесса (централизации и децентрализации), раздирающих систему МВД, сопровождают ее на протяжении всей ее истории.

* Дуров Андрей Иванович – кандидат юридических наук, доцент, декан юридического факультета Уральского института экономики, управления и права (Екатеринбург). E-mail: durov_a@mail.ru.

До Октябрьской революции Министерство внутренних дел представляло собой жестко централизованную систему — опору царизма и его орудие. Для постоянного контроля за населением была создана и постоянно совершенствовалась широко разветвленная сеть чиновников МВД. Так, в начале XX в. постановлением Совета министров устанавливалось, говоря современным языком, штатное расписание для полицейского аппарата: один городской на 400 жителей, полицейский надзиратель на 10 городских, участковый пристав с помощником и письмоводителем на 10 000 жителей¹.

После отречения от престола императора Николая II победители не смогли устоять от соблазна «свести счеты» с представителями бывшей презираемой ими власти. Первыми подверглись уничтожению полицейские учреждения страны. 11 марта 1917 г. был упразднен Департамент полиции, а 6 апреля 1917 г. — отдельный корпус жандармов. Но российское буржуазное государство не смогло обойтись без «органов» и недели. Уже 11 марта 1917 г. постановлением Временного правительства была учреждена «гражданская милиция» (т. е. переименование полиции в милицию осуществили не большевики, а Временное правительство. Соответственно отмечать День милиции следовало бы не 10 ноября, а 11 марта — по дате ее образования).

Советский период деятельности милиции характеризовался определенной цикличностью, сменяемостью процессов централизации и децентрализации. Децентрализация милиции как вооруженного народа, нацеленного на борьбу с преступностью в первые годы советской власти, сменилась усилением центрального аппарата. Наивысшей централизации милицейский аппарат достиг в период культа личности И. В. Сталина, когда МВД было объединено с НКВД, а позднее переименовано в Министерство государственной безопасности.

Процесс децентрализации милиции имел место в период хрущевской «оттепели», когда были предприняты кардинальные меры по установлению контроля за деятельностью милиции со стороны не только вышестоящих ведомственных структур, но и партийных и советских органов. Был восстановлен принцип «двойного подчинения» милиции: по вертикали — соответствующему вышестоящему ведомственному органу и по горизонтали — Совету народных депутатов соответствующего уровня. В более поздний период вновь произошел возврат к жестко централизованной системе МВД, принцип «двойного подчинения» милиции стал носить во многом лишь декларативный характер.

Очередной процесс децентрализации милиции произошел с распадом СССР и образованием самостоятельного Российского государства. Принятая в 1993 г. Конституция РФ заложила демократические начала всех сфер жизнедеятельности общества, в том числе правоохранительной системы. Так, в ч. 1 ст. 132 Конституции РФ прямо указано, что органы местного самоуправления самостоятельно «осуществляют охрану общественного порядка, а также решают иные вопросы местного значения». Это положение развивает и Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», который относит охрану общественного порядка к вопросам местного значения уровня муниципальных районов и городских округов.

Для усиления взаимодействия милиции с местными органами власти был принят ряд указов Президента России: «О милиции общественной безопасности (местной милиции) в Российской Федерации», «О поэтапном формировании муниципальных органов охраны общественного порядка», «О проведении в ряде муниципальных образований эксперимента по организации охраны общественного порядка органами местного самоуправления» и т. д.

Однако главным событием того периода стало принятие 18 апреля 1991 г. профильного закона «О милиции». Значение закона определил один из его разработчиков Ю. П. Соловей, отмечавший, что Закон поднял правовой статус милиции до подобающего ее социальной роли уровня нормативного акта высшей юридической силы². «Закон, —

поддерживает его С. И. Игонькина, – представляет собой первый законодательный акт в истории России, решающий вопросы правоохранительной деятельности с учетом общедемократических принципов»³.

В связи с этим необходимо отметить, что длительное время в бывшем Советском государстве правовую основу организации и функционирования милиции составляли правительственные и ведомственные нормативные акты: Инструкция по организации Советской Рабоче-Крестьянской милиции (утверждена НКВД и НКЮ РСФСР 12 октября 1918 г.), Положение «О Рабоче-Крестьянской милиции» (Декрет ВЦИК и СНК РСФСР от 10 июня 1920 г.), Положение о рабоче-крестьянской милиции (постановление СНК СССР от 25 мая 1931 г.)⁴.

Лишь в 1973 г. по данному вопросу был принят первый акт представительного органа: указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 июня 1973 г. «Об основных обязанностях и правах советской милиции по охране общественного порядка и борьбе с преступностью». В тот же день постановлением Совета Министров СССР было утверждено Положение о советской милиции⁵. Интересно отметить, что это Положение в течение 12 лет оставалось неопубликованным для всеобщего сведения.

В 1988 г. началась работа по подготовке проекта закона о советской милиции, которая поручением ЦК КПСС от 22 июля 1988 г. была возложена на МВД и Минюст СССР. Почти через три года, 6 марта 1991 г., Закон СССР «О советской милиции»⁶ был принят. Параллельно шла разработка российского варианта закона о милиции, который противопоставлялся союзному законопроекту и имел первоначальное название «О муниципальной милиции».

18 апреля 1991 г. был принят Закон РСФСР «О милиции»⁷. В ст. 1 милиция определялась как система государственных органов исполнительной власти, призванных защищать жизнь, здоровье, права и свободы граждан, собственность, интересы общества и государства от преступных и иных противоправных посягательств. В ст. 7 Закон разделял милицию на криминальную милицию и милицию общественной безопасности (местную милицию).

Анализ данного нормативного правового акта и сложившейся правоприменительной практики того периода позволяет сделать вывод о тесном взаимодействии местных властей и органов внутренних дел (милиции), что безусловно позитивно сказывалось на борьбе с преступностью. Так, законодательно были закреплены направления взаимодействия органов внутренних дел с местной властью. В частности, было установлено, что местные органы:

определяют задачи, разрабатывают комплексные программы борьбы с преступностью и определяют иные меры по соблюдению законности и правопорядка на территории муниципального образования (ст. 37 Закона РФ «О милиции», ст. 6 действовавшего в то время Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» 1995 г.⁸);

дают согласие на назначение на должность начальника территориального органа внутренних дел и утверждают в должности начальников милиции общественной безопасности (местной милиции) соответствующих городских, районных органов внутренних дел, участковых инспекторов милиции (п. 6 ст. 7 и п. 8 ст. 9 Закона «О милиции»);

создают за счет собственных бюджетов дополнительную штатную численность милиции общественной безопасности (пп. 5, 6 ст. 9 Закона «О милиции»);

создают необходимые условия для работы милиции: предоставляют служебные помещения, средства связи, оказывают коммунальные услуги, обеспечивают сотрудников милиции жилой площадью, выделяют места в дошкольных учреждениях детям сотрудников милиции и др. (ст. 30, 31 Закона «О милиции»);

осуществляют контроль за деятельностью милиции общественной безопасности, заслушивают отчеты начальников городских, районных органов внутренних дел о состоянии охраны общественного порядка на обслуживаемой территории (ст. 37 Закона «О милиции», п. 5 ст. 5 Указа Президента РФ «О милиции общественной безопасности (местной милиции) в Российской Федерации»⁹);

накладывают в пределах своей компетенции административные взыскания на граждан и должностных лиц за совершенные ими административные правонарушения¹⁰;

принимают меры, связанные с проведением собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций, организацией спортивных, зрелищных и других массовых общественных мероприятий (указ Президиума Верховного Совета СССР от 28 июля 1988 г. «О порядке организации и проведения собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций в СССР», Указ Президента РФ от 25 мая 1992 г. «О порядке организации и проведения митингов, уличных шествий, демонстраций и пикетирования», ст. 6 ФЗ «Об общих принципах...» 1995 г.¹¹);

участвуют в пределах своей компетенции в обеспечении безопасности дорожного движения: обустройстве и содержании дорог, транспортных магистралей, находящихся в их ведении и т. д. (ст. 5, п. 4 ст. 6 ФЗ «О безопасности дорожного движения»¹²);

осуществляют в случае стихийных бедствий, экологических катастроф, эпидемий, эпизоотий, пожаров, массовых нарушений общественного порядка предусмотренные законом меры по спасению людей, защите их жизни и здоровья, сохранению материальных ценностей, поддержанию правопорядка, а также образуют органы (штабы) по ликвидации подобных чрезвычайных ситуаций и решению иных вопросов гражданской обороны (ст. 20 Закона РСФСР «О чрезвычайном положении», ст. 19 ФЗ «О пожарной безопасности», Указ Президента РФ «Вопросы гражданской обороны Российской Федерации»¹³);

привлекают граждан, общественные объединения, предприятия и учреждения к решению вопросов охраны правопорядка и осуществлению общественной безопасности.

Вместе с тем Закон «О милиции» не был лишен определенных недостатков, и это признавали и сами разработчики законопроекта. В частности, Ю. П. Соловей отмечал, что с учетом сложившейся на тот период непростой обстановки законодательствовать приходилось «крупным помолом», принося в жертву качество нормативных правовых актов. Однако все это не умаляло значения данного Закона, направленного, по образному выражению Ю. П. Соловья, на «департизацию, демилитаризацию, демифологизацию, деуниверсализацию милиции»¹⁴. Закон дал толчок процессам децентрализации милиции, ориентировал ее работу на тесное взаимодействие и сотрудничество с населением и местной властью.

Сегодня существует обратная тенденция – централизация милиции. Предлагаемый проект федерального закона «О полиции» является ярким подтверждением такого процесса. Законопроект определяет полицию как составную часть единой централизованной системы федерального органа исполнительной власти, не имеющую контроля ни со стороны общества, ни со стороны местной и даже региональной власти.

Несмотря на то что основная цель законопроекта, как говорится в пояснительной записке к нему, – закрепление партнерской, а не доминантной модели взаимоотношений полиции и общества, тщательный анализ документа говорит об обратном.

Уже первое знакомство с текстом законопроекта наводит на мысль о том, что он готовился в спешке. Об этом свидетельствуют расплывчатые, если не сказать юридически некорректные, формулировки. Взять хотя бы одну из заявленных целей – «усиление антикоррупционной составляющей». Важнейшее требование к любому нормативному акту с точки зрения антикоррупционной экспертизы – четкость формулировок, не допускающая двоякого толкования и необоснованного расширения дискреционных полномочий исполнительной власти. Более того, четкость формулировок – один из

непременных атрибутов закона с точки зрения Европейского Суда по правам человека, который неоднократно указывал в своих постановлениях (в том числе по жалобам из России), что двоякий смысл правовой нормы неизбежно порождает нарушения прав человека и злоупотребления со стороны органов власти (в частности, об этом говорится в постановлениях ЕСПЧ по делам «Власов против Российской Федерации» (жалоба № 78146/01), «Джавадов против Российской Федерации» (жалоба № 30160/04), «Крюс-лен против Франции» и пр.).

О неоднозначных и оценочных формулировках действующего Закона «О милиции» (например, о «достаточных основаниях полагать») уже сказано и написано очень много. Однако в проекте ФЗ «О полиции» сталкиваемся со знакомой нормой о том, что сотрудник полиции вправе войти в жилое помещение при наличии «достаточных оснований полагать» и т. д.

Разработчики законопроекта, конечно, в ряде случаев попытались конкретизировать некоторые полномочия полиции. Правда, при этом получились странные юридические конструкции. Так, в ч. 2 ст. 9 говорится: «Полиция должна стремиться к тому, чтобы действия ее сотрудников *при всей своей строгости и решительности* были обоснованными и понятными для граждан». С обоснованностью вопросов нет. Но что такое «строгость и решительность»? Это новый принцип деятельности полиции? Почему тогда он не включен в перечень принципов (гл. 2 законопроекта)? Не получится ли так, что все действия полицейских (в том числе откровенно противозаконные) будут списываться на их «строгость и решительность»?

Насчет того, что действия сотрудников полиции будут понятны гражданам, тоже большие сомнения, ведь служебное удостоверение полицейский должен будет предъявлять, если только это не является «невозможным или неуместным» (ч. 4 ст. 9). И эта юридическая формула – тоже из старого милицейского закона. Только используется она в настоящее время применительно к оружию и физической силе, а не к удостоверениям (ст. 12 Закона «О милиции»: «При применении физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия сотрудник милиции обязан предупредить о намерении их использовать, предоставив при этом достаточно времени для выполнения требований сотрудника милиции, за исключением тех случаев, когда промедление в применении физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия создает непосредственную опасность жизни и здоровью граждан и сотрудников милиции, может повлечь иные тяжкие последствия или когда *такое предупреждение в создавшейся обстановке является неуместным или невозможным*»). Формулировка, которая кажется вполне логичной в контексте ст. 12 действующего Закона, в законопроекте «О полиции» выглядит странной. С одной стороны, вроде бы понятно, когда неуместно предъявлять удостоверение (например, при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий). С другой стороны, *понятно ли?* Не будет ли эта формулировка толковаться слишком широко? Уж не хотели ли авторы законопроекта приравнять служебное удостоверение к спецсредствам? И вообще, чем неуместность отличается от невозможности? Может быть, законодателю все же следует прописать случаи неуместности / невозможности предъявления полицейским служебного удостоверения?

И уж совсем туманно право полиции «беспрепятственно *знакомиться* (? – А. Д.) в организациях (каких? – А. Д.) с *необходимыми* (кто и как будет определять такую необходимость? – А. Д.) материалами, документами, статистическими данными и иными сведениями» (п. 5 ст. 13 законопроекта). Всякие «антикоррупционные» комментарии здесь излишни.

Что касается еще одной благой идеи – освободить полицию от несвойственных ей функций – то на первый взгляд перечень полицейских функций действительно сократился. Заслуживает внимания то, что теперь все полномочия полиции должны быть

установлены исключительно в данном федеральном законе; они не могут быть «распылены» по другим актам, в том числе подзаконным. Но эта идиллия иллюзорна. Читаем п. 11 ст. 2, где перечислены основные направления деятельности полиции: «Оказание помощи гражданам, федеральным органам государственной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, иным государственным органам (далее – государственные органы), органам местного самоуправления, общественным объединениям, а также организациям независимо от формы собственности (далее – организации), должностным лицам этих органов и организаций (далее – должностные лица) в защите их прав и законных интересов». Это положение развивается в последующих нормативных положениях: «Полиция в пределах своих полномочий оказывает содействие государственным органам, органам местного самоуправления, общественным объединениям и организациям в обеспечении защиты прав и свобод граждан, законности, правопорядка и общественной безопасности» (п. 3 ст. 10); «полиция при выполнении возложенных на нее настоящим Федеральным законом обязанностей может использовать возможности (? – А. Д.) государственных органов в порядке, определенном законодательством Российской Федерации» (п. 2 ст. 10). В совокупности эти три нормы дают полиции практически неограниченные возможности посредством взаимодействия с другими государственными органами (в целях оказания им «помощи» и «содействия» в обмен на использование их «возможностей») участвовать в различного рода контрольно-надзорных, проверочных, оперативно-розыскных и прочих мероприятиях, достаточно далеких от функций полиции, прописанных в законе. И вновь, заметим, налицо отсылка к «порядку, определенному законодательством» (т. е. другими законами).

Все сказанное позволяет сделать вывод, что так называемая реформа милиции с преобразованием ее в «полицию» не породит качественно нового института, а станет лишь очередным «косметическим ремонтом» старого с последующим усилением централизации и бюрократизации, отдалением от общества, так как системные проблемы в законопроекте не решены. Но работа над ним продолжается и, быть может, законодательные пороки (мы указали далеко не на все) будут устранены.

¹ Лучинин А. В. Очерки истории органов внутренних дел Российского государства. Екатеринбург, 2001.

² Соловей Ю. П. Правовое регулирование деятельности милиции в Российской Федерации. Омск, 1993. С. 97.

³ Игонькина С. И. Милиция в механизме современного Российского государства: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 80.

⁴ Вестн. НКВД. 1918. № 23. С. 1–4; СУ РСФСР. 1920. № 79. С. 371; СЗ СССР. 1931. № 33. С. 247.

⁵ Вестн. Верховного Совета СССР. 1973. № 2. С. 309; СЗ СССР. 1985. Т. 10. С. 237.

⁶ Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1991. № 12. Ст. 319.

⁷ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 563.

⁸ СЗ РФ. 1995. № 35. Ст. 3506.

⁹ САПП РФ. 1993. № 7. Ст. 562.

¹⁰ Раздел III Кодекса РСФСР об административных правонарушениях.

¹¹ Ведомости Верховного Совета СССР. 1988. № 31. Ст. 504; Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 22; СЗ РФ. 1995. № 35. Ст. 3506.

¹² СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4873.

¹³ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 22. Ст. 773; СЗ РФ. 1994. № 35. Ст. 3649; СЗ РФ. 1996. № 22. Ст. 2671.

¹⁴ Соловей Ю. П. Указ. соч. С. 379.

Х. Морре*
Н. Роверс**
Д. А. Каримов***

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ МОНАРХИЧЕСКОГО ПРАВЛЕНИЯ В НИДЕРЛАНДАХ

В современной российской науке анализ монархической формы правления встречается разве что в учебниках по конституционному праву зарубежных стран, где он ограничивается описанием существующего порядка в отдельных государствах. В работах советского периода, посвященных государственно-правовым вопросам Нидерландов, статус монархии исследуется не полностью, на основе не всех актов. В соавторстве с нидерландскими юристами была подготовлена статья, в общем виде анализирующая черты монархической формы правления в Королевстве Нидерландов.

Ключевые слова: Нидерланды, монархия, форма правления

Нидерландская монархия — явление не столь древнее, нежели российская, шведская или британская. Однако ее можно назвать одной из самых сбалансированных в смысле сосуществования королевской власти и демократического политического режима. Такое положение сложилось в силу того, что с момента образования Конфедерации (Республики Соединенных провинций) в связи с подписанием 23 января 1579 г. Утрехтской (Генеральной) Унии здесь существовал сильный представительный орган, пусть и местного уровня. Необходимость оперативного управления в войне за независимость позволила создать квазимонархический институт статхаудеров во главе с Диленбургской ветвью дома Нассау¹, именующихся Оранскими-Нассау (в российской науке о составлении генеалогических таблиц утверждается, что правящая сегодня королева Беатрикс — представительница этой династии²). Вместе с тем при подготовке комментариев к данной статье нидерландские соавторы усомнились в этом, указав, что с 1570 г. до середины XVIII в. время от времени вообще не было статхаудеров. Не ранее 1747 г. первым статхаудером стал Виллем IV из Фрисландии. Пожалуй, более правильным будет сказать, что королева Беатрикс — представительница его династии (Нассау-Дитз) и более далекая представительница Диленбургской ветви).

История нидерландской монархии шла в ином, чем в других странах, направлении: здесь необходимо было монархию создать, сохранив Генеральные штаты как народного представителя. В связи с этим она изначально была обречена на какую-то степень ограниченности. Необходимо было сформировать именно единый институт, оберегающий от распада союз провинций, а следовательно, вынужденный быть несколько аполитичным, символическим. Такая позиция подтверждается и историей: двумя, как говорят в России, «безстатхаудерными» правлениями, начавшимися в результате попыток создать абсолютную монархию в соответствии с требованиями времени.

* Морре Хильда — координатор проектов Центра международного юридического сотрудничества (CILC) (Нидерланды, Гаага). E-mail: morre@cilc.nl.

** Роверс Нильс — адвокат Нидерландской коллегии адвокатов (Адвокатское бюро Роверса), налоговый консультант, магистр филологического факультета (МА) по специальности славянских языков и литературы, магистр нидерландского права (LL.M) по специальности «Предпринимательское право», магистр LL.M по нидерландскому, европейскому и международному налогообложению (Нидерланды, Гронинген). E-mail: e-mail.info@rooversadvocatuur.nl.

*** Каримов Денис Александрович — аспирант кафедры административного права УрГЮА (Екатеринбург). E-mail: denis-iu521@mail.ru.

Указанные особенности развития формы правления в Республике Соединенных провинций, преемником которых стало Королевство Нидерландов, окончательно закрепились в принятой 1848 г. Конституции, ставшей следствием недовольства авторитарным правлением Короля Виллема I, чья политика привела к отделению южных провинций Соединенного королевства Нидерландов и созданию независимой Бельгии, и стремления короля Виллема II сохранить свои позиции на фоне начинавшихся революций в Германии и Франции³. Вместе с тем Нидерланды, развиваясь уже в эпоху Конфедерации как буржуазное государство, были ориентированы на примат и независимость личности, что ограничивало влияние государства и сводило на нет абсолютную монархию в классическом понимании.

Действующая Конституция Нидерландов не дает определения монархии, как, например, Конституция Дании, в ст. 2 указывающая, что форма правления – конституционная монархия, где король осуществляет совместно с фолькетингом законодательную власть. В Хартии Королевства Нидерландов⁴ имеется упоминание о монархии в связи с тем, чем она регулируется. При этом, по утверждению некоторых авторов, о монархической форме правления также свидетельствует ст. 42 Конституции Нидерландов, которая гласит, что правительство состоит из короля и министров.

Подтверждением монархии можно считать проведенный в 1815 г. Венский конгресс, одним из итогов которого (в связи с капитуляцией Франции, куда в конце правления Наполеона входила и территория Нидерландов, и присутствием уполномоченных нидерландских представителей) стало создание Королевства Нидерландов во главе с сувереном – Виллемом Оранским-Нассау. Личностная суверенность позволяет классифицировать Королевство как монархию. Другим подтверждением становится Хартия (иногда переводится как Статут) Королевства Нидерландов, определяющая сейчас взаимоотношения и общую организацию государств в составе Королевства Нидерландов: до 10 октября 2010 г. Нидерландов (Европа), Арубы и Нидерландских Антильских островов, находящихся в Карибском море; после – Нидерландов, Арубы, Кюрасао и Синт-Маартена. Статьи Хартии рисуют нам все необходимые для монархии условия: ее саму и ее следствия⁵. Монархия устанавливается ст. 1 Хартии и упоминается в ч. 1 ст. 5. Первичное ее следствие – монарх – Хартия утверждает в ч. 1 ст. 2. Отметим, что Хартия в данном случае регулирует деятельность монарха, если иное не предусмотрено в Конституции Королевства.

То, что упомянутые нормы определяют форму правления, доказывает формулировка ч. 1 ст. 2: «Король царствует (правит, reign) над всем Королевством и над каждой страной [Королевства]». Слово «над» (over) позволяет говорить о существовании единоначальной власти, что подтверждает монархический принцип. При этом положение губернатора определяется двояко: он представляет монарха и правительство Королевства, следовательно, обладает как директивными полномочиями, так и политическими прерогативами управления (ч. 2 ст. 2). Монарх обозначается как глава государства (ч. 1 ст. 4). В таком качестве он осуществляет королевскую власть, а законодательная принадлежит законодательным органам стран Королевства (ч. 2 ст. 4). Король обладает и иными прерогативами, относящимися к управлению и непосредственно влекущими изменение или прекращение соответствующих правоотношений, в том числе назначает на должности министров (ст. 7 Хартии, ст. 43 Конституции Королевства), членов Государственного совета (ч. 2 ст. 13 Хартии, ч. 2 ст. 74 Конституции Королевства).

Термин «королевская власть», во-первых, не связан с монархическим принципом, потому что это полномочие вытекает из статуса короля как главы государства; во-вторых, не подразумевает ни законодательную, ни судебную власть. Это видно из анализа ч. 1 ст. 5 Хартии, которая устанавливает, что осуществление королевской власти регулируется Конституцией Королевства. При этом текст Конституции 1983 г.⁶ регламентирует статус короля только в отношениях с правительством, его участие

в законодательной процедуре, местном управлении и судеоустройстве. Следовательно, понятие королевской власти ограничивается лишь указанными институтами, а не связано, например, с осуществлением правосудия и с исполнением полномочий других органов и их должностных лиц. Между тем в понятие «осуществление королевской власти» входит и термин «осуществление правительственной власти» хотя бы потому, что правительство состоит из короля и министров (ч. 1 ст. 42 Конституции Королевства), но форма принятия им решений в Конституции не прописана. Таким образом, единственно возможной формой реализации политики правительства становится королевская власть, за исключением случаев, предусмотренных ч. 3 ст. 45 Конституции Королевства: «Совет министров (состоящий только из министров. — Х. М., Н. Р., Д. К.) рассматривает и принимает решения по вопросам общей политики правительства и содействия его деятельности».

Теперь определимся с производностью монархии. Нас в данном случае интересует, кто является источником власти в стране. В ст. 50 Конституции Королевства установлено, что Генеральные штаты выступают от имени всего народа Нидерландов (Европа). При этом по вопросам ведения Королевства (ст. 3 Хартии) представительные органы соответствующих народов (ст. 46 Хартии) имеют право сдерживать законодательный процесс, инициированный в Генеральных штатах (ч. 1 ст. 15, ст. 16, ч. 2 ст. 17 Хартии). Вместе с тем согласно ч. 1 ст. 47 Хартии до того, как преступить к исполнению полномочий, члены представительных органов стран Королевства должны присягнуть или взять обязательство в лояльности королю и Хартии. Возможно, данную норму можно рассматривать и в таком ключе: король не осуществляет законодательную власть, а потому право участия в законодательном процессе ему может быть предоставлено вне связи с самой процедурой принятия закона (голосование по закону) как главе государства или ему могут быть предоставлены директивные полномочия как монарху.

При этом закон есть высшее проявление всего права, он принимается народом в лице его представителей. Поэтому высшим источником права можно считать народ. Высказано и мнение, что монархия в этом случае получает единоначалие на условиях, определенных законом, в частности по отношению к народу (ст. 1 Конституции Королевства), поскольку народ может даже отказать в праве наследования короны (ч. 1 ст. 29 Конституции Королевства). Однако при подготовке этой статьи данный момент был признан спорным. Ведь в ч. 1 ст. 29 речь идет не о правиле, а об исключении из него, к тому же инициатива в силу ч. 2 ст. 29 должна исходить от самого короля или от его имени (Генеральные Штаты не имеют такого права). Российская же доктрина позволяет обещание лояльности понимать как обязательство не нарушать установленный Хартией (народом) конституционный порядок, например путем передачи народом монарху полномочий.

В науке сравнительного правоведения в отдельных случаях монархия Нидерландов рассматривается классически, т. е. считается, что король осуществляет совместно с парламентом законодательную власть, вместе с правительством — исполнительную, через суды — судебную⁷. Не анализируя корректность этой точки зрения, отметим, что она отнюдь не опровергает статус народа как источника власти: народ — источник, но он передал право управления монарху, который правит всем государством. В этом случае управляющие прерогативы, которые изменяют или прекращают правоотношения, могут осуществлять сами органы без участия монарха (как, например, в Швеции) или с его участием, что представляет собой, по сути, компромисс.

Немного отступая от содержания, укажем, что современный союз государств, входящих в состав Королевства Нидерландов, — это остаток некогда мощной империи, в XX в. сохранявшей Индонезию (до 1949 г.), Западный Ириан (до 1962 г.) и Суринам (до 1975 г.). Хотя интенсивная политика в Нидерландах сменила экстенсивную раньше,

чем в других государствах, это довольно поздно сказалось на отношениях Нидерландов с колониями. Вместе с тем необходимо признать, что такие союзы очень выгодны для экономического сотрудничества ввиду отсутствия государственных границ, геополитического и географического расположения (наличие стран союза в разных регионах планеты зрительно увеличивает территорию государства и дает возможность использования абсолютно разных ресурсов). Однако абсолютно понятно стремление народов к самостоятельности, ведь это связано с осознанием себя как нации, а следовательно, с появлением закономерных эгоистических желаний, включая равноправие (этот тезис абсолютно неприменим, когда такое положение складывается лишь в силу желания обладать властью).

Монарх Королевства как обладатель всей власти должен больше времени уделять удаленным территориям или обеспечивать там регулярное королевское представительство с помощью членов королевского дома⁸, а также достаточно часто лично выполнять функции монарха государств Королевства. Монарх — глава государства, т. е. его высший представитель в Королевстве, что опять-таки предполагает равное осуществление представительских функций как в Европе, так и на островах Карибского моря. Здесь также можно рассмотреть вопрос о возможности назначения на должность губернатора членов королевского дома, что поможет сэкономить средства на их содержание и усилит центробежные силы в Королевстве. Логичным в данном случае станет усиление национального представительства или полномочий в органах Королевства и (или) при принятии решений по вопросам ведения Королевства.

На монархических началах можно формировать союзы с бывшими колониями по примеру Содружества, где главой как символом объединения является британский монарх (хотя, по мнению нидерландских соавторов, подобный союз в настоящее время нереален). Это позволит учесть историческую похожесть народов уже независимых государств и подтвердить их равноправие. Основой этого союза можно сделать договор, включив его в Конституцию: он будет изменяться вместе с Конституцией соответствующего государства. Это поможет стабилизировать союз. Главой союза, т. е. его представителем, а с учетом суверенитета — символом, может стать нидерландский монарх с восстановленным титулом статхаудера, так как монархическая идея позволит «слиться» с союзом. Такое определение статуса позволит также присутствовать на заседаниях представительных, исполнительных и судебных органов стран союза, выполняющих в данном случае директивную функцию по отношению к себе, но принимающих решения большинством голосов представителей каждой страны⁹.

Сказанное позволяет утверждать, что символическая (представительская) идея, дающая возможность для жизнеспособности монархии, а также ее влияния на текущее положение дел в государстве, есть результат олицетворения монарха с государством. Свои полномочия монарх обычно начинает осуществлять после церемонии интронизации.

Конституция Королевства в ст. 32 устанавливает обязательность интронизации монарха: король вступает на престол на открытом совместном заседании палат Генеральных штатов в столице (Амстердаме) и клянется верно служить Конституции и добросовестно исполнять полномочия короля. В соответствии со ст. 53, 54 Конституции в редакции 1972 г. монарх дает присягу перед народом Нидерландов, а народ (в лице своих представителей — членов Генеральных штатов) принимает монарха. Эти положения были продублированы в ст. 1 и 2 Закона об инаугурации короля (Act on the swearing in and investing of the King) 1992 г., в связи с чем ст. 53 и 54 больше не применяются.

Можно выделить несколько назначений института интронизации.

Во-первых, это юридическая процедура обретения монархом «дееспособности» (ср. соответствующие положения Конституции РФ). Нильс Роверс в своих комментариях указал, что не может ручаться за эти слова, поскольку присяга происходит после того,

как король начал исполнять свои полномочия. По мнению Хильды Морре, этот институт носит только церемониальный характер, так как в любом случае потомок предыдущего монарха получит свои полномочия в качестве нового короля (ст. 32 Конституции Королевства).

Во-вторых, это процедура обретения тех обязательств, которые монарх принимает на себя перед народом в лице его представителей.

В-третьих, поскольку интронизация проходит единожды, взятые обязательства не могут быть изменены или отменены, а значит, монарх должен исполнять их на протяжении всего правления.

В институте интронизации мы видим самое яркое проявление монархического начала хотя бы потому, что этим теперь должны руководствоваться все органы власти (монарх правит Королевством), политические прерогативы не могут быть осуществлены вразрез с обязательством.

Еще одна уникальная норма содержится в ст. 41 Конституции Королевства. Она устанавливает, что король управляет королевским домом с учетом общественных интересов¹⁰. Из этой нормы можно сделать вывод о том, что пока решения королевского двора не затрагивают общественный интерес, королева вольна делать все, что пожелает. В ином случае ее действия связаны министерской ответственностью. Смысл этой нормы можно проиллюстрировать примером скандала с Грит Хофманс, которая была целительницей и на протяжении девяти лет другом и советником королевы Юлианы. Она стала доверенным лицом королевы в 1950-х гг., но была удалена от двора после скандала: Хофманс приобрела значительное влияние на королеву, одобряя пацифистские идеи. В период «холодной войны» этот факт создал кризис в королевском доме: по общему мнению, под угрозой оказался брак королевы и ее мужа — принца Бернхарда. Кризис, окончившийся в 1956 г., разделил королевский двор на два лагеря: с одной стороны — Юлиана и сторонники Хофманс, с другой — принц Бернхард, его сторонники и дети, в том числе нынешняя королева Беатрикс.

В европейских царствующих домах общепризнан и законодательно закреплён институт королевской (княжеской) семьи. Смысл этого объединения состоит в формальном определении статуса ближайших родственников монарха, что позволяет наложить на них соответствующие обязательства и заставляет их работать на монархию, чтобы избежать критики общества.

Конституция Королевства пошла еще дальше: она сформировала институт королевского дома, который в общем виде состоит из членов королевской семьи, имеющих право на корону, руководителем которого становится король, что дает ему административную власть над членами дома. Систематическое толкование формулировки «с учетом общественных интересов» свидетельствует о том, что члены королевского дома действуют таким образом, чтобы их поступки не нарушали требований министров (это следует из ч. 2 ст. 42 Конституции Королевства, согласно которой именно министры ответственны); указания короля должны быть во благо всего общества; члены королевского дома не осуществляют функции монарха и главы государства, поскольку представителями именно монарха или главы государства они не являются.

Представительская идея позволяет считать монарха элементом национальной идентичности¹¹. Это дает возможность уйти от критики и получить фактическое право на влияние (право авторитета). В таком случае монархия способна адаптироваться в обществе и быть институтом с большой долей единоначалия, где наличие значительных политических прерогатив становится не столь важным, поскольку сохраняется директивный стиль управления.

Нидерландская монархия имеет все черты монархического образа правления, но не является абсолютной, допуская демократическое начало. Средневековые процессы, основанные на утверждении прав народа, позволили создать такую систему, при кото-

рой большая часть нидерландцев выступает за сохранение монархии. Это «приспособленная» монархия, но именно монархия, где король обладает как представительскими функциями, так и самостоятельными прерогативами, позволяющими изменять или прекращать правоотношения.

¹ Монархи Европы: судьбы династий / под ред. Н. В. Попова. М., 1996. С. 26–27.

² На английском титул королевы обозначается Princess of Orange-Nassau и Princess of Orange, которые на русский язык могут переводиться и как принцесса Оранская, и как княгиня Оранжа, что, на наш взгляд, более оправданно. Город Оранж (сейчас территория Франции) до его отторжения Людовиком XIV в 1673 г. находился под суверенитетом семьи Оранских. Юридическое значение этих фактов в том, что, например, престолонаследник Виллем Александр носит этот титул в первую очередь не потому, что он наследник нидерландской короны, а потому, что титул принадлежит его матери. К сожалению, в российской науке утвердилось обратное мнение (Солнцев Н. М. Государственный строй Нидерландов. М., 1960. С. 48).

³ Монархи Европы: судьбы династий. С. 214, 218; Правовая система Нидерландов / под ред. В. В. Бойцовой, Л. В. Бойцовой. М., 1998. С. 341.

⁴ Полуофициальный текст Хартии на английском языке см.: URL: <http://www.minbzk.nl/aspx/download.aspx?file=/contents/pages/48365/thecharterfortheKingdomofthenetherlands.pdf> (дата обращения: 05.05.2010).

⁵ Подробнее см.: Каримов Д. А. Правовой статус монархии: теоретические основы, административно-правовой аспект и новый взгляд на старую проблему // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 4; СПС «Консультант Плюс»; Его же. Правовой статус монархии: некоторые основы // Рос. юрид. журн. 2008. № 6.

⁶ Конституции государств Европы: в 3 т. / под ред. Л. А. Окунькова. М., 2001. Т. 2.

⁷ Правовые системы стран мира: энцикл. справ. / под ред. А. Я. Сухарева. М., 2003. С. 553.

⁸ Королевский дом не так уже и мал. Согласно Закону о членстве в королевском доме его членами являются: король — глава королевского дома; лица, которые могут наследовать корону; монарх, отрекшийся от престола; супруги этих лиц (Правовая система Нидерландов. С. 344).

⁹ Интересно заметить, что после войны за независимость Нидерланды предлагали создать Нидерландско-Индонезийский союз во главе с Королевой Нидерландов (Солнцев Н. М. Указ. соч. С. 71).

¹⁰ Отметим, что русскоязычный перевод Конституции Королевства, выполненный В. И. Лафитским, исходит именно из того, что король «управляет» королевским домом. Вместе с тем такая формулировка небесспорна, поскольку голландское слово «inrichten» на русский переводится, скорее, как «составить». Кроме того, англоязычный перевод Конституции Королевства позволяет утверждать, что в данном случае перевод неоправданно сужен, поскольку речь в статье идет о королевском дворе, который помимо членов королевской семьи включает и тех лиц, которые работают для них. Подробнее см.: Официальный сайт Нидерландской монархии: URL: <http://www.koninklijkhuis.nl/english/index.html> (дата обращения: 05.06.2010).

¹¹ Кустарев А. Зачем Британии корона // Смысл. 2007. № 5. С. 44.

М. Б. Поляков*

ИСТОРИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ КЛИНИК И КЛИНИЧЕСКОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ

Рассматриваются основные этапы возникновения и становления клинического юридического образования и института юридических клиник. При подготовке статьи использованы отечественная и зарубежная литература, классическое наследие. Данная работа будет интересна студентам, аспирантам и преподавателям юридических вузов и факультетов.

Ключевые слова: клиническое юридическое образование, юридические клиники

В развитии клинического юридического образования формально можно выделить пять этапов:

1) середина XIX в. — начало XX в. — возникновение идеи клинического юридического образования, первые попытки создания юридических клиник;

2) начало XX в. — первая треть XX в. — активное обсуждение в научной литературе идеи учреждения правовых клиник, первые попытки создания специализированных юридических клиник;

3) первая треть XX в. — 50-е гг. XX в. — развитие клинического юридического образования приостановлено;

4) 50-е г. XX в. — 90-е гг. XX в. — тенденции к возрождению идеи клинического юридического образования, при некоторых учебных заведениях открываются юридические клиники;

5) последнее десятилетие XX в. — настоящее время — включение обучения студентов в правовой клинике в государственные образовательные стандарты некоторых стран, открытие юридических клиник, специализированных юридических клиник по всему миру, проведение международных конференций и форумов по поддержке и развитию клинического юридического образования, создание международных фондов по поддержке и развитию клинического юридического образования.

Первая юридическая клиника в России открылась в середине XIX в. при Казанском императорском университете. Ее основателем был известный цивилист Дмитрий Иванович Мейер. Главная идея Д. И. Мейера — практический характер преподавания юридической науки. «В самом деле, звание юриста, как и звание врача, — практическое, и потому, как практическое приготовление учащихся к врачебной науке происходит в школе, точно так же практическое приготовление юриста должно совершаться там же»¹.

В 40-е гг. XIX в. Д. И. Мейер обратился к руководству Санкт-Петербургского университета с предложением о создании юридической консультации для населения, в которой проходили бы практику студенты, обучающиеся праву. Однако его идея не получила поддержки в Санкт-Петербурге. Позже, уже будучи преподавателем Казанского императорского университета, Мейер учредил правовую клинику для обучения студентов. Она просуществовала около 10 лет. После закрытия клиники идея о развитии клинического юридического образования в России была забыта на несколько десятилетий.

Начало XX в. ознаменовало оживленную дискуссию в литературе многих ученых-цивилистов о создании правовых клиник при учебных заведениях. И. С. Иосилевич, А. Люблинский, Г. Фроммгольд, Г. Ф. Шершеневич и многие другие высказывались

* Поляков Михаил Борисович — заместитель руководителя сети юридических клиник МФЮА, помощник юрисконсульта юридического отдела Московской финансово-юридической академии (Москва). E-mail: polyakov-mb@mail.ru.

за открытие такого рода правовых консультаций. «Однако реализовать проект юридической клиники в начале XX века так никому и не удалось, идея осталась не востребовавшейся»².

Развитие клинического юридического образования в первой половине XX в. было приостановлено в связи с напряженной геополитической обстановкой в мире.

Идея создания правовых клиник получила свое «второе рождение» в 50-е гг. XX в. в США. В то время клиническое юридическое образование поддерживали частные фонды для решения двух основных задач: оказания бесплатной юридической помощи малообеспеченным слоям населения и подготовки студентов для работы по юридическим специальностям. В 1951 г. в своем дневнике декан юридического факультета одного из чикагских вузов Эдвард Леви писал, что «...юридическая клиника станет важным шагом в американском юридическом образовании. Нужно поставить юридические учебные заведения в позиции, где они будут иметь дело с фактами реальных случаев... Нужно провести эксперимент по подготовке юристов с использованием методов, аналогичных тем, которые применяются в медицинских учебных заведениях»³.

К 1960 г. в США было создано более 30 правовых клиник при юридических факультетах, в которых студенты под руководством преподавателей и профессиональных адвокатов оказывали юридическую помощь. Правовые клиники в американской модели образования к этому времени стали неотъемлемой частью подготовки юридических кадров.

Отличительная особенность американской модели обучения – создание специальных юридических клиник по системе «Street Law». Данная система является примером правовой клиники с отсутствием реального клиента... Такие программы были разработаны во многих школах права США и начали процветать в других странах: Южной Африке, Польше и России. Программа «Street Law» – «Живое право» – это клиника на базе университета или негосударственной организации, в которой студентов юридических факультетов обучают, как преподавать основные правовые начала обычным гражданам – не специалистам права, школьникам и их родителям, лицам, отбывающим наказания в исправительных учреждениях различного профиля, а также лицам, нуждающимся в охране своих прав в силу их социальной незащищенности⁴.

В дальнейшем благодаря практике работы американских правовых клиник были открыты юридические клиники в Бразилии, Польше, Японии и многих других странах.

«Первая юридическая клиника в Польше начала свою работу в октябре 1997 года на юридическом факультете Ягеллонского университета (Краков). Вскоре после этого, в 1998 году, клинические юридические курсы были включены в учебную программу Варшавского университета. Европейская ассоциация студентов-юристов (ESLA) сыграла значительную роль в развитии программ клинического юридического образования в Польше. В мае 1998 года в Щецине ESLA организовала конференцию „Реформа юридического образования. Развитие идеи клинического юридического образования“, на которой была устроена хорошая дискуссионная площадка, в особенности потому, что конференция была совмещена с Национальным конгрессом Союза польских юристов и Национальным конгрессом деканов юридических факультетов. Конференция в Щецине в итоге привела к быстрому распространению идеи клинического юридического образования по всей стране.

Резко возрос интерес к получению юридической помощи от клиник, и идея клинического юридического образования приобрела популярность среди студентов и академических сотрудников. Клинических курсы были включены в образовательные программы на юридических факультетах в качестве специализированных курсов, а студентам пришлось по душе эта новая методика обучения»⁵.

В 2001–2006 гг. совместно с американскими специалистами в области клинического юридического образования была проведена реформа японского высшего юридического

образования. Благодаря ей во многих вузах Японии студенты получили возможность проходить практику в правовых клиниках.

Первая правовая клиника в современной России появилась в 1995 г. на базе Петро- заводского государственного университета. 30 сентября 1999 г. Министерство образования Российской Федерации издало приказ о поддержке создания правовых клиник на правах структурных подразделений вузов. Этот документ во многом способствовал развитию клинического юридического образования в нашей стране. Сегодня в России действуют более 200 юридических клиник. Некоторые вузы создали целую сеть бесплатной юридической помощи, открыв юридические клиники в разных городах нашей страны.

Следует отметить, что развитие клинического юридического образования выходит за рамки одной страны: создаются международные фонды по поддержке и развитию правовых клиник, проводятся семинары и конференции по совершенствованию клинического юридического образования.

¹ Мейер Д. И. О значении практики в системе современного юридического образования. Казань, 1855. С. 42.

² Юрицин А. Е., Жиляев А. В. Юридические клиники в России: история и современность // Проблемы правового регулирования в современном обществе: материалы междунар. науч.-практ. конф. (25 мая 2005 г.). Омск, 2005. С. 193.

³ Robin I. Mordfin Fifty Years of Clinical Legal Education at Chicago Law // The Record Online (Alumni Magazine). URL: <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/spring08/clinic50th>.

⁴ Трофимов М. Юридическая клиника: история и развитие термина // Клиническое юридическое образование: материалы методического семинара для преподавателей. СПб., 2000. С. 8.

⁵ URL: <http://lawclinic.ru/unions.phtml?id=2>.

RESUME

THEORY OF LAW AND STATE

Trofimov V. V. (Tambov) Conflict and cooperation as an objective basis of lawmaking process

The article considers the problem of how conflict and cooperation relations can influence on the content and character of a legal regulation. The analysis of cooperation and conflict as a social-lawful interaction types is carried out. The regularities reflecting the mechanism of forming legal rights mediating conflict and solidary types of social interactions are described.

Key words: law, lawmaking, interaction, conflict, cooperation, system, function, norm

Yugov A. A. (Yekaterinburg) Cratonorm: idea and explanation of the phenomenon

On the basis of the early works on the essence and content of public law the author formulates the concept of cratological norm (cratonorm) as an obligatory rule originating from the official public law institutions and agencies. The article defines and describes the main functions and characteristics of the cratonorm. The author shows social value of the cratonorm doctrine in view of the fact that public law functions in all spheres of social life.

Key words: public power, universalism, measure, cratonorm, doctrine of cratonorm, social value

METHODOLOGY OF LAW

Glazyrin V. A. (Yekaterinburg) The grounds of sociology of law

The article is devoted to the approaches to understanding of methodological grounds of sociology of law which have formed in the science. The author's point of view on the subject is also presented in the article.

Key words: sociology of law, methodology, methods, connections, relations, law, social structure, social status, social institution, non-formal law, social destructions, conflict

CIVIL LAW AND PROCEDURE

Vabishchevich S. S. (Belarus, Minsk) Theoretical and practical aspects of execution of the obligation by the third party

The article is devoted to the separate legal constructions of theoretical and practical aspects of execution of the obligation by the third party.

Key words: obligation, third party, debtor, creditor, obligation execution, debt transfer, unilateral termination of the obligation

ECONOMICS AND LAW

Variychuk E. K. (Voronezh) International legal aspects of thin capitalisation rules application in the Russian Federation

The article is dedicated to the application of Russian thin capitalisation rules in the light of the Russian tax treaties. The author analyses the non-discrimination provisions set up in the OECD Model Tax Convention and the Russian tax treaties, the Russian court practice on the question concerned, as well as certain provisions of the new Model Tax Convention.

Key words: thin capitalisation rules, non-discrimination, OECD Model Convention, deductibility of interest, reclassification of interest in dividends

LABOUR AND SOCIAL LAW

Malinova A. G. (Yekaterinburg) Antinomies in bills of health protection of citizens and compulsory medical insurance

In article are revealed antinomy between legal acts that regulate health protection of citizens and compulsory medical insurance. Author gives the means of removal of this antinomies.

Key words: health protection of citizens, compulsory insurance of civil liability of medical organizations before patients, compulsory medical insurance, liability for health damage, antinomy, medical assistance defect, professional fault

CRIMINAL LAW AND PROCEDURE

Pantukhina G. A. (Yekaterinburg) Promotion of versions features during the crime investigations, committed by the criminal groups

The questions of promotion of versions features during the crime investigations committed by the criminal groups in different investigatory situations are considered in the article. The version case plays the leading role in successful overcoming of difficult situations.

Key words: organized criminality, version, tactics, combating crime

LEGAL INTERPRETATION

Belykh S. V. (Yekaterinburg) Categories «law and order bases» and «morals» in the light of decisions of the supreme bodies of judicial authority of the Russian Federation

In the article the categories «law and order bases» and «morals» containing in item 169 of the Civil code of the Russian Federation which owing to their uncertainty created and create possibility to random law enforcement of the given norm are considered. It led to disproportionate restriction of the rights and freedom of subjects of the commercial law, especially from outside tax departments of the Russian Federation. But with acceptance of separate decisions of the supreme bodies of judicial authority of the Russian Federation on the given problem the situation has changed a little.

Key words: law and order bases, the law and order, bases of the constitutional system, morals, antisocial transactions

EXPERTISE

Durov A. I. (Yekaterinburg) Reform of the MIA: police or militia?

A panel discussion on the federal Law on the Police was lead in the Urals Institute of Economics, Management and Law on 10 September, 2010. The Law aroused a heating discussion among the participants of the panel. The suggested article is to some extent a concentrated summary and a continuation of the discussion.

Key words: militia, police, reform

COMPARATIVE JURISPRUDENCE

Morre H. (Netherlands, Hague), Roovers N. (Netherlands, Groningen), Karimov D. A. (Yekaterinburg) Some peculiarities of the monarchical government in the Netherlands

Modern Russian science analyses monarchical government in certain textbooks of Constitutional Law of Foreign countries and the latter discribes only state order that exists in some states. Soviet manuals, dedicated to the legal system of the Netherlands, research monarchical status not in whole, including legal acts. In cooperation with the Netherlands lawyers was prepared the articels in general dedicated to the monarchical government in the Kingdom of the Netherlands.

Key words: the Netherlands, monarchy, form of government

PROBLEMS OF JUDICIAL SCIENCE AND EDUCATION

Polyakov M. B. (Moscow) History of occurrence of legal clinics and clinical legal education

In this article the basic stages of occurrence and formation of clinical legal education and institute of legal clinics are considered.

Key words: clinical legal education, legal clinic

ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ
К «РОССИЙСКОМУ ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»

Главный редактор Издательского дома
«Уральская государственная юридическая академия»
А. Н. Митин

Редакторы *О. Ю. Петрова,*
Я. В. Балеевских, Т. В. Клочкова
Корректор *И. П. Тимофеева*
Компьютерная вёрстка *А. А. Холодилова*

Подписано в печать 23.11.10. Формат 60×84/8.
Усл. печ. л. 8,37. Уч.-изд. л. 7,05

Издательский дом
«Уральская государственная юридическая академия».
620066, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23.
Тел.: 375-58-31, 374-32-35. E-mail: idom@list.ru