



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ
Theoretical and Applied Law

“

Законы должны идти рука об руку
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



ПЕРВАЯ МЕЖВУЗОВСКАЯ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ «БАСКИНСКИЕ ЧТЕНИЯ»

Честнов И.Л.

Легитимность как признак права

Разуваев Н.В.

**Юридическая доктрина как средство
конструирования правовой реальности**

Кириленко В.П., Алексеев Г.В.

**Право доступа к информации
и медиабезопасность**

Трегубов М.В.

**Дуализм права:
исторический анализ, современные тенденции,
сочетание частных и публичных начал
в гражданском праве**

№ 1

ISSN 2686-7834

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

РАЗУБАЕВ Николай Викторович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

ЕСКИНА Людмила Борисовна, профессор, доктор юридических наук

КИРИЛЕНКО Виктор Петрович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заведующий кафедрой международного и гуманитарного права СЗИУ РАНХиГС

ЛУКОВСКАЯ Джаневра Игоревна, заведующий кафедрой теории и истории государства и права СПбГУ, доктор юридических наук

ЛЮБАШИЦ Валентин Яковлевич, заведующий кафедрой теории государства и права Южного федерального университета, доктор юридических наук

МОГИЛЕВСКИЙ Станислав Дмитриевич, директор Института права и национальной безопасности, профессор, Заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук

ПОЛЯКОВ Андрей Васильевич, профессор кафедры теории государства и права СПбГУ, доктор юридических наук

СЕРГЕВНИН Сергей Львович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заведующий кафедрой теории и истории права и государства СЗИУ РАНХиГС

ХОХЛОВ Евгений Борисович, заведующий кафедрой трудового права СПбГУ, доктор юридических наук

Феликс Вакас ФЕРНАНДЕС, доктор философии в области права (специализация в области прав человека), доцент публичного международного права и международных отношений, Университет им. Карлоса III г. Мадрид

Кармен Перес ГОНСАЛЕС, доктор философии в области права, профессор публичного международного права и международных отношений, заместитель декана по международному сотрудничеству и академическим обменам, Университет им. Карлоса III г. Мадрид

Содержание

- 4** *Вступительное слово главного редактора*

СТАТЬИ

- 5** **Разуваев Н. В.**
Юридическая доктрина как средство конструирования правовой реальности
- 23** **Цыпляев С. А.**
Конституционная реформа в Российской Федерации: за и против
- 32** **Честнов И. Л.**
Легитимность как признак права
- 39** **Кириленко В. П., Алексеев Г. В.**
Право доступа к информации и медиабезопасность
- 50** **Трегубов М. В.**
Дуализм права: исторический анализ, современные тенденции, сочетание частных и публичных начал в гражданском праве
- 58** **Петрова А. И.**
Условия реализации иностранными гражданами некоторых основных социальных прав как субъективных прав
- 69** **Майборода В. А.**
Субъективная коллективная воля при управлении долевой землей сельскохозяйственного назначения и ее следствия
- 77** **Смирнов Л. Б.**
Субъективные права, свободы и законные интересы осужденных к лишению свободы

ЭССЕ

- 81** **Бутакова Н. А.**
Аккредитив как платежный инструмент при осуществлении импортно-экспортной сделки
- 88** **Иванов А. С.**
Принцип свободы договора в период XVIII–XIX веков

ОБЗОРНЫЕ СТАТЬИ

- 92** **Шмарко И. К.**
Субъективные права в условиях современной правовой парадигмы
(обзор Межвузовской научно-практической конференции «Баскинские чтения»)

Вступительное слово главного редактора

Северо-Западный институт управления РАНХиГС приступает к изданию нового юридического журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция». Как следует из самого названия, журнал имеет широкий профиль и будет публиковать статьи, эссе и обзоры по актуальным проблемам теории права и отраслевых наук. Потребность в нем на сегодняшний день, как представляется, не вызывает никаких сомнений. Несмотря на наличие большого числа периодических изданий (в том числе таких солидных и имеющих давнюю историю, как «Государство и право» и «Правоведение»), юриспруденция по-прежнему испытывает дефицит в политематических журналах, страницы которых могли бы стать площадкой дискуссий с участием представителей различных юридических дисциплин.

Будучи проявлением внутренней разобщенности правового знания по предметному признаку, подобная ситуация тормозит развитие исследовательской мысли. Это становится особенно заметным в условиях смены парадигм и плюрализма правопонимания, проявляющих себя не только на общетеоретическом, но и на отраслевом уровне. Вот почему дальнейшее движение вперед, связанное с преодолением часто констатируемых кризисных тенденций, возможно лишь на основе предварительного согласования отраслевых подходов по принципиальным вопросам, имеющим концептуальное значение.

Особую роль при этом играет рецепция основных достижений зарубежной науки о праве, позволяющая преодолеть самоизоляцию (обусловленную политическими и идеологическими причинами), в которой на протяжении большей части минувшего столетия находилась юриспруденция в нашей стране. Утрата былого влияния марксистско-ленинским учением о праве, безусловно, стимулировала обращение к западному научному дискурсу, что проявилось в восприятии основных положений аналитической юриспруденции, феноменологической теории права, различных версий юридического структурализма и постструктурализма.

Однако указанные тенденции в основном имеют спорадический характер и, как представляется, пока не привели к внедрению соответствующих подходов в широкий юридический обиход. В частности, многие представители отраслевых наук продолжают развивать традиционные представления, сложившиеся еще в XIX веке, нередко выражая скептическое отношение к возможной рецепции идей современной западной (прежде всего англо-американской) юриспруденции, якобы не соответствующей специфике российской правовой системы. Более того, подчас раздаются призывы к созданию науки о праве, целиком ориентированной на отечественные культурные ценности и идеалы. Нет необходимости подробно говорить о несостоятельности и утопичности таких представлений. В самом деле, любая наука (и наука о праве не составляет здесь исключения) имеет своей задачей выявление всеобщих закономерностей, различным образом проявляющих себя в тех или иных специфических условиях, но не зависящих от этих условий полностью. Вот почему попытки замкнуться в узко национальных рамках, отказ от максимально широких контактов с зарубежной научной мыслью способны привести лишь к деградации правового познания.

Изложенные соображения позволяют сформулировать основные принципы редакционной политики журнала. К их числу относятся, во-первых, стремление к синтезу общеправовой теории и отраслевых доктрин, во-вторых, привлечение к публикациям как ученых, так и практикующих юристов, чьи разработки обладают значительной ценностью при решении конкретных вопросов, и, в-третьих, размещение на страницах журнала наиболее важных и интересных статей зарубежных коллег. Представляется, что при последовательной реализации указанных принципов журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» способен внести существенный вклад в развитие не только научных исследований, но и правового образования. Ведь по-настоящему плодотворная подготовка будущих юристов в стенах высших учебных заведений возможна лишь путем глубокого усвоения результатов научно-исследовательской мысли.

*Главный редактор
Разуваев Николай Викторович*

Юридическая доктрина как средство конструирования правовой реальности

Разуваев Николай Викторович

доктор юридических наук, заведующий кафедрой гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург
nrasuvaev@yandex.ru

АННОТАЦИЯ

В статье рассматривается проблема правотворческого значения правовой доктрины. По мнению автора, доктрина представляет собой внутренне согласованный сегмент правовой науки, обладающий способностью не только давать общепризнанную в юридическом сообществе интерпретацию правовых феноменов, но и устанавливать обязательные для членов общества модели поведения. Как и правовая наука в целом, доктрина представляет собой совокупность знаковых форм (текстов), посредством которых осуществляется конструирование правовой реальности. В качестве источника права доктрина создает юридические нормы на основе типизации субъективных прав и обязанностей индивидов. Реализация правотворческой функции доктрины осуществляется, по мнению автора, тремя путями, а именно через законотворчество, судебную практику и правоприменительную деятельность юристов-практиков.

Ключевые слова: юридическая наука, доктрина, постклассическая рациональность, постиндустриальное общество, правовая реальность, правотворчество, субъективные права, юридическая практика.

Legal doctrine as a means of constructing legal reality

Razuvaev Nikolay Viktorovich

North-West Institute of Management — branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration Doctor of Law, Head of the Chair of Civil and Labor Law, Saint-Petersburg
nrasuvaev@yandex.ru

ABSTRACT

The article deals with the problem of the law-making meaning of legal doctrine. According to the author, the doctrine is an internally coherent segment of juridical science, with the ability to not only provide the juridical community generally accepted interpretation of legal phenomena, but also to establish mandatory for members Society of behavior patterns. As the legal science in General, the doctrine is a collection of semiotic forms (texts), which construct the juridical reality. As a source of law doctrine creates legal rules on the basis of typification of subjective rights and responsibilities of individuals. Implementation of regulatory functions is carried out by doctrine, according to the author, in three ways, namely, through legislation, jurisprudence and law enforcement practitioners.

Keywords: juridical science, doctrine, post-classical rationality, postindustrial society, the juridical reality, rulemaking, subjective rights, law practice.

Новый журнал, первый номер которого представлен на суд широкой юридической общественности, призван удовлетворить растущую потребность в активизации правовых исследований, а также ознакомить с их результатами заинтересованных лиц, включая ученых, юристов-практиков, преподавателей высшей школы и обучающихся. Эта задача приобретает особую актуальность в условиях перехода юридических наук (прежде всего, наук теоретико-правового цикла) к постклассическому идеалу рациональности¹, способствовавшему в свою очередь формированию нового типа правопонимания².

¹ Развернутая характеристика постклассической (постнеклассической) рациональности дана в науковедческих исследованиях М. К. Мамардашвили, В. С. Степина и др. См.: *Степин В. С.* Саморазвивающиеся системы и постнеклассическая рациональность // *Вопросы философии.* 2003. № 8. С. 5–18; *Он же.* Классика, неклассика, постнеклассика: критерии различения // *Постнеклассика: философия, наука, культура* / отв. ред. Л. П. Киященко, В. С. Степин. СПб. : Издат. дом «Миръ», 2009. С. 249–295; *Мамардашвили М. К.* Классический и неклассический идеалы рациональности. СПб. : Азбука, Азбука-Аттикус, 2010.

² См., в частности: *Поляков А. В.* Постклассическое правоведение и идея коммуникации // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2006. № 2 (265). С. 26–43; *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб. : Издат. дом «Алеф-Пресс», 2012; *Разуваев Н. В.* Современная теория права в поисках постклассической парадигмы познания // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2014. № 5 (316). С. 136–153; *Постклассическая онтология права: Монография* / под ред. И. Л. Честнова. СПб. : Алетей, 2016 и др.

Необходимой предпосылкой постклассического правопонимания выступает качественная трансформация научно-юридического дискурса, предполагающая радикальный отказ от понятийного аппарата и самого стиля мышления как классического позитивизма, так и «марксистско-ленинской общей теории права»³. На смену им приходит система базовых категорий, сформировавшаяся под определяющим влиянием феноменологии, аналитической философии, постструктурализма и социального конструктивизма, образующих, при всех издержках⁴, идейно-методологический мейн-стрим современного социогуманитарного знания.

На этой основе появляется возможность переосмысления всего комплекса доктринальных представлений о праве, государстве, правовых и социально-политических явлениях на уровне не только общей теории, но и отраслевых юридических дисциплин. Масштабность и значимость данной работы, способной придать импульс развитию юридических исследований в нашей стране, неоднократно отмечались в последние годы. Так, по мнению В. А. Четвернина, последовательность и непротиворечивость трактовок основных юридических категорий способны придать правовой науке недостающую ей системность, устранив разрыв между общей теорией права и теориями среднего уровня, генерируемыми отраслевыми юридическими дисциплинами⁵. Пагубность такого разрыва наглядно проявляет себя в высшем юридическом образовании, способном внушить обучающимся убеждение в заведомом несоответствии «высокой» теории насущным задачам отраслевых юридических исследований, не говоря уже о правоприменительной и иной практической деятельности.

Впрочем, говоря об отраслевых теориях, нельзя не отметить серьезный дефицит научности последних, обусловленный нечеткостью, а подчас и фиктивностью предмета отраслевых исследований, под которым нередко понимают совокупность нормативных правовых актов и содержащихся в них положений, изучать которые, якобы, и должна любая отраслевая наука. Легко заметить, что при таком понимании отраслевое исследование превращается в толкование и комментирование законов, по сути, лишаясь своего научного содержания⁶. В итоге намечается расхождение не только общей теории права с отраслевыми юридическими теориями, но и правовой науки в целом с потребностями практики, пагубное для обеих сторон. Наука, игнорируя запросы практической деятельности, рискует выродиться в схоластику, занятую беспредметными рассуждениями об отвлеченных и не поддающихся верификации сущностях (таких, в частности, как «правовая духовность», «этнонациональный менталитет» и т. п.)⁷. Одновременно практика, не руководствуемая научными выводами и методологией, зачастую оказывается бессильной ответить на вопросы, которые ставятся перед ней самой жизненной необходимостью.

Со всей наглядностью это проявляется в условиях постсовременного (постиндустриального) общества, для которого характерно беспрецедентное ускорение социальной динамики, способствующее появлению не существовавших ранее отношений и нестандартных жизненных ситуаций⁸. Новизна и неординарность фактов, образующих эмпирическую основу правовой реальности в эпоху постмодерна, требуют от юриста-практика оригинального творческого мышления, способствующего решению задач, имеющих отнюдь не рутинный характер. Нестандартность и творческий характер правового регулирования в постсовременном обществе (плохо согласующиеся с устоявшимися представлениями о «механизме правового регулирования») подчас создает иллюзию сущностной неопределенности самого права⁹.

³ В частности, В. М. Сырых, декларирующий в своих фундаментальных трудах возврат к аутентичному марксизму (см.: *Сырых В. М.* Материалистическая теория права: Избранное. М.: Изд-во РАП, 2011), на деле является создателем неклассической версии материалистического правопонимания, практически свободной от влияния марксистско-ленинской идеологии.

⁴ См.: *Вахштайн В. С.* Курьезы и парадоксы феноменологической интервенции // *Социология власти*. 2014. № 1. С. 5–9.

⁵ См.: Вторые философско-правовые чтения памяти В. С. Нерсисянца (либертарно-юридический проект) // *Ежегодник либертарно-юридической теории*. 2009. № 2. С. 6–8.

⁶ См.: *Белов В. А.* Предметно-методологические проблемы цивилистической науки // *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики* / под общ. ред. В. А. Белова. М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 134–135.

⁷ См. в частности: *Байниязов Р. С.* Духовно-культурологический подход к правосознанию и праву // *Новая правовая мысль*. 2003. № 1. С. 2–6; *Мордовцев А. Ю.* Особенности правопонимания в современной России: формирование нового дискурса // *Философия права*. 2011. № 3. С. 13–17; *Гуляихин В. Н.* Правовой менталитет российских граждан // *ВВ. Вопросы права и политики*. 2012. № 4. С. 108–133 и др.

⁸ См. в частности: *Бек У.* Общество риска. На пути к другому модерну. М.: Прогресс-Традиция, 2000. С. 113; *Белл Д.* Грядущее постиндустриальное общество: Опыт социального прогнозирования. М.: Academia, 2004. С. 159–162.

⁹ См.: *Честнов И. Л.* Правовая коммуникация в контексте постклассической эпистемологии // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2014. № 5 (316). С. 31–41.

В частности, Дж. Агамбен, говоря об ограниченности возможностей нормативного регулирования в ситуации, когда устойчивые, долговременные и регулярно воспроизводимые социальные связи между членами общества сменяются единичными и уникальными жизненными обстоятельствами, не поддающимися многократному воспроизведению, приходит на этом основании к выводу о «нормальности» для подобных сообществ режима чрезвычайного положения¹⁰. Очевидно, однако, что чрезвычайное положение, разрушая когерентность социального и правового пространства, в долгосрочной перспективе пагубно влияет на динамику человеческого сообщества как саморазвивающейся системы. В любом случае юристу едва ли позволительно игнорировать заведомо неправовой характер чрезвычайщины, построенной на тотальном отрицании человеческой свободы и производных от нее субъективных прав личности.

Вместе с тем имеются основания утверждать, что характер правового регулирования с неизбежностью претерпевает качественные трансформации. Возрастает роль индивидуальной правоприменительной деятельности, предъявляющей повышенные требования к квалификации практикующих юристов. Последние перестают быть простыми проводниками нормативных предписаний, становясь активными творцами правовой реальности. В подобных условиях приобретает особое регулятивное значение юридическая наука, формирующая основу правотворческой и правоприменительной деятельности. Вот почему отнюдь не случайной представляется активизация дискуссий о правовой науке (доктрине) как источнике права вообще и как источнике современного российского права, в частности.

При этом ряд исследователей отрицает смысловое тождество понятий доктрины и юридической науки, полагая, что лишь некоторые научные исследования в правовой сфере имеют доктринальный характер. Так, с точки зрения И. С. Зеленкевич, «наибольший вред признанию правовой доктрины источником права наносит именно слияние понятий “правовая наука” и “правовая доктрина”, употребление их в качестве синонимов... Необходимо четко разграничить данные, несомненно родственные, но все же неидентичные друг другу понятия»¹¹. Таким образом, в отличие от правовой науки в целом, содержательно включающей в себя любые исследования, имеющие целью генерирование новых знаний в соответствующей сфере, доктрина представляет собой совокупность наиболее авторитетных мнений по актуальным вопросам теории и практики, имеющих регулятивное значение и пользующихся всеобщим признанием¹².

Иными словами, доктрина представляет собой внутренне согласованный (консолидированный) сегмент правовой науки, обладающий способностью не только давать общепризнанную в юридическом сообществе интерпретацию правовых феноменов, но и устанавливать для членов общества модели поведения разной степени обязательности — от рекомендуемых до безусловно императивных. Она формируется как конечный итог познавательной деятельности со всеми дискуссиями и противоречиями (в том числе и такими значимыми, как спор о правопонимании), присутствующими на доктринальном уровне уже «в снятом виде». Доктрина и юридическая наука в целом конструируют правовую реальность, которую можно определить как упорядоченное множество юридически релевантных социальных феноменов и связей между ними.

Подобно любому иному региону бытия природы или общества¹³, правовая реальность может рассматриваться в синхронном и в диахронном (историческом) измерениях¹⁴. В первом аспекте она представляет собой результат конструирования, осуществляемого разнообразными средствами, имеющими по преимуществу семиотический характер, во втором — включает в себя эволюционные процессы, приводящие к закономерным трансформациям как самих знаковых систем, так и способов знакового конструирования феноменов реальности. Специфическими знаковыми средствами конструирования правовой реальности выступают юридические ценности (свобода, справедливость, формальное юридическое равенство и другие правовые смыслы), нормы права,

¹⁰ Агамбен Дж. Номо sacer. Чрезвычайное положение. М.: «Европа», 2011. С. 9.

¹¹ Зеленкевич И. С. Правовая доктрина и правовая наука: некоторые аспекты соотношения и использования в качестве источников права // Северо-Восточный научный журнал. 2010. № 2. С. 43.

¹² См.: Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. 2003. № 12. С. 72; Пузиков Р. В. Сущность юридической доктрины как источника права // Правовая политика и правовая жизнь. 2003. № 4. С. 137; Зеленкевич И. С. Указ. соч. С. 34–36.

¹³ См.: Гуссерль Э. Идеи к чистой феноменологии и феноменологической философии. М.: Академический Проект, 2009. С. 45; Паткуль А. Б. Понятие региона в феноменологии Э. Гуссерля и М. Хайдеггера // Логос. Философско-литературный журнал. 2010. № 5 (78). С. 78.

¹⁴ См. об этом, в частности: Косериу Э. Синхрония, диахрония и история: проблема языкового изменения. Изд. 3-е. М.: Едиториал УРСС, 2009.

субъективные права и обязанности¹⁵. Важнейшей особенностью перечисленных знаковых средств является их особая релевантность, позволяющая демаркировать феномены правовой реальности от иных проявлений социокультурного семиозиса. Замечая акты фактического поведения членов общества в процессах коммуникации¹⁶, знаки обеспечивают взаимопонимание и согласие индивидов в вопросах права¹⁷, передают информацию о возможном, должном и запрещенном поведении и, в конечном счете, формируют правовую реальность как одно из измерений социума.

Правовая наука, прежде всего, в своих доктринальных проявлениях, выполняет ряд функций, обеспечивающих организацию правовой реальности и ее историческую динамику. Во-первых, она направлена на выявление и описание множества юридически релевантных фактов, образующих эмпирическую основу правовой реальности¹⁸, и их отделение от фактов, не обладающих такой релевантностью (селективная функция). Во-вторых, правовая наука обеспечивает смысловое наполнение феноменов правовой реальности и в конечном итоге формирует смысловую структуру последней (смыслообразующая функция)¹⁹.

В-третьих, в определенных условиях, а именно при отсутствии или слабой развитости позитивного права, доктрина, как правило, осуществляющая одновременно интерпретацию сакральных текстов, оказывается в состоянии его замещать, непосредственно устанавливая правила поведения, легитимированные в подобном случае авторитетом Священного писания, на которое она опирается (прескриптивная функция). Примерами реализации доктриной указанной функции являются религиозные правовые системы.

Известна, в частности, важная нормотворческая роль, которую играла в мусульманском праве VIII–XI вв. правовая наука в целом (иджтихад), особенно согласованное мнение авторитетных юристов (иджма)²⁰, выступавшее «в качестве своеобразного средства, способа восполнения пробелов в мусульманском праве в тех случаях, когда ни Коран, ни Сунна не могут дать убедительного ответа на возникающие вопросы»²¹. И хотя «закрытие врат иджтихада» в XII в. и секуляризация правовых систем исламского мира Нового времени, привели к утрате правовой наукой данной функции, доктрина, по утверждению некоторых исследователей, до сих пор оказывает существенное влияние на законодательство и судебную практику ряда мусульманских стран²².

В-четвертых, описывая юридически релевантные факты, наука одновременно ставит своей целью выявление закономерных причинно-следственных связей между ними, тем самым организуя

¹⁵ См. подробнее: *Разуваев Н. В.* Право: социально-конструктивистский подход // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2015. № 5 (322). С. 97–98.

¹⁶ По словам А. В. Полякова, «субъект коммуникации всегда имеет дело с неким текстом, т. е. упорядоченной системой знаков, отсылающих к другой реальности. В этом смысле любая коммуникация всегда опосредуется текстом. Текст есть некая целостная знаковая система, несущая в себе определенный смысл. Социальное всегда опосредуется текстами, это способ существования социального» (*Поляков А. В.* Нормативность правовой коммуникации // *Поляков А. В.* Коммуникативное правопонимание: Избр. труды. СПб.: ИД «Алеф-пресс», 2014. С. 146).

¹⁷ Следует отметить, что коммуникативный подход к пониманию социальной реальности лежит в русле очень давней политико-правовой традиции, родоначальниками которой являлись Аристотель и Цицерон. Как известно, Аристотель определял полис как «своего рода общение» (*Аристотель. Политика* // *Аристотель. Соч.* в 4 т. Т. 4. М.: «Мысль», 1983. С. 376). Согласно же знаменитому определению Цицерона, «государство есть достояние народа, а народ не любое соединение людей, собранных вместе каким бы то ни было образом, а соединение многих людей, связанных между собой согласием в вопросах права и общностью интересов» (*Цицерон М. Т.* Диалоги. О государстве. О законах. М.: «Наука», 1966. С. 20). Следуя этой же традиции, современные ученые все более склоняются к тому, чтобы рассматривать человеческое сообщество в качестве пространства индивидов и их коммуникаций, сконструированного знаковыми средствами. См., в частности: *Вахштайн В. С.* К концептуализации сообщества: еще раз о резидентности, или работа над ошибками // *Социология власти.* 2013. № 3. С. 24; *Аникин Д. А.* Топология социального пространства: от географии к социальной философии // *Известия Саратовского ун-та. Новая серия: Философия. Психология. Педагогика.* 2014. Т. 14. Вып. 1. С. 5–6.

¹⁸ В этом смысле к правовой реальности, взятой с эмпирической точки зрения, вполне применимо знаменитое высказывание Л. Витгенштейна: «Мир — целокупность фактов, а не предметов. Мир определен фактами и тем, что это все факты» (*Витгенштейн Л.* Логико-философский трактат // *Витгенштейн Л.* Философские работы. Ч. I. М.: «Гнозис», 1994. С. 5).

¹⁹ *Шюц А.* Смысловое строение социального мира // *Шюц А.* Избранное: Мир, светящийся смыслом. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004. С. 996.

²⁰ См.: *Новикова Г. Р.* Религиозно-правовая доктрина ислама в контексте правовой регламентации финансовых отношений современных государств // *Вестник МГЮА им. О. Е. Кутафина.* 2016. № 3. С. 169.

²¹ *Марченко М. Н.* Курс сравнительного правоведения. М.: ООО «Городец-издат», 2002. С. 1027.

²² *Раянов Ф. М.* Мусульманско-правовая доктрина и ее современное измерение // *Проблемы востоковедения.* 2013. № 2 (60). С. 13.

правовую реальность в соответствии с заложенной в ее основу теоретической моделью (конститутивная функция). Примечательно, что данная функция укоренена в нейрофизиологических процессах, происходящих в мозгу человека по мере конструирования им окружающей реальности. Учеными доказано, что в ходе познания и устойчивого практического взаимодействия индивида с объектами внешнего мира в его мозгу формируются нейронные связи, коррелирующие тем отношениям, которые существуют между фактами реальности²³.

Исходя из этого, есть основания предположить, что знания, которые вслед за К. Поппером можно рассматривать в качестве «третьего мира»²⁴, формируют как структуры головного мозга познающего субъекта, так и познаваемый мир объектов, тем самым конструируя и объективную, и субъективную реальность. Наконец, в-пятых, совершенствование механизмов и инструментов получения новых знаний, приводящее к их количественному и качественному росту²⁵, позволяет науке влиять на правовую реальность, обеспечивая ее трансформации, включающую в себя направленные преобразования в соответствии с доктринально разработанным регулятивным идеалом (динамическая функция).

Нетрудно заметить, что на разных этапах исторического развития соотношение указанных функций было неодинаковым. В зависимости от конкретных условий, определяющих потребности общества, и от уровня развития, а также исторических особенностей самого научного знания, одни его функции имели преобладающее значение, тогда как другие играли вспомогательную (субсидиарную) роль. В традиционных правовых порядках Древнего мира и Средних веков, когда доктрина была бесспорно признанным источником права, основными для нее являлись селективная и смыслообразующая функции. Сказанное со всей отчетливостью иллюстрируется на примере римской юриспруденции.

Возникшая на рубеже III–II вв. до н. э.²⁶, юриспруденция Древнего Рима первоначально не имела правотворческого значения. В предклассический период истории римского права юристы решали чисто прикладные задачи, а именно составляли иски и сделки (*cavere*), вели дела в суде (*agere*) и консультировали граждан по вопросам права (*respondere*)²⁷. Таким образом, доктрина в плане своего исторического генезиса первоначально вырастала из чисто практических действий, неотделимых от тех отношений и фактов, которые образовывали субстанциональную основу правового порядка. От этих действий, естественно, были неотделимы рефлексивные моменты, предполагавшие осмысление релевантности юридически значимого поведения. Иными словами, правовая наука в момент своего зарождения представляла собой осмысленную практическую работу юристов, обладавших достаточной для этого квалификацией.

Лишь с течением времени, по мере эволюции как правового порядка, так и — в контексте последнего — интеллектуальной, творческой деятельности знатоков права, происходит дифференциация научного мышления и практики, сделавшейся его гносеологическим объектом. Своего наивысшего расцвета римская юридическая доктрина, как известно, достигает в I–III вв. н. э., когда произведения авторитетных юристов (Гая, Ульпиана, Папиниана, Модестина и Юлия Павла) получают официальное признание в качестве источников права. Однако даже в этот период доктрина не отвечала строгим критериям научности в современном смысле²⁸. Деятельность классических римских правоведов по преимуществу сводилась к формулированию общих принципов правового регулирования (совокупность которых получило название *ius naturale*, естественного права) и к описанию на их основе конкретных жизненных обстоятельств (казусов), а также возникающих в этих обстоятельствах субъективных прав и обязанностей.

Обращают на себя внимание особенности изложения материала в сочинениях римских юристов. По словам В. А. Савельева, «описание казуса римские юристы чаще всего начинали формулой

²³ См.: *Purves D. Neuroscience*. 5th ed. Sunderland (Mass.): Sinauer, 2011. P. 507 ff.

²⁴ Поппер К. Знание и психофизическая проблема: В защиту взаимодействия. М.: Изд. ЛКИ, 2008. С. 81

²⁵ См.: *Popper K. Evolutionary Epistemology // Evolutionary Theory: Paths into the Future / Ed. by J. W. Pollard*. New York: John Wiley & Sons, 1984. P. 240.

²⁶ Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права. М.: «Проспект», 2015. С. 24–26.

²⁷ Перечисленные задачи ранней римской юриспруденции оказались настолько прочно с нею связанными, что даже в середине I в. до н. э. Цицерон (*Cic. de. orat.* 1. 48. 212), отвечая на вопрос, кого можно называть юристом, утверждал, что таковым является тот, «кто сведущ в том законе и практике его применения, которым пользуются частные лица в гражданской общине, и в том, чтобы давать ответы, и вести дело в суде, и составлять формулы (*qui legem, et consuetudinis eius, quia private in civitate uterentur, et ad respondendum, et ad agendum, et ad cavendum, peritus esset*)».

²⁸ См.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Изд-во МГУ, Издат. группа Инфра-М — Норма, 1998. С. 131–132.

“спрашивается...” (*quasitum est*), за которой следовало изложение обстоятельств казуса. И далее следовал собственно “ответ” юриста, начинающийся словами “ответил, что...” (*respondi*). Иногда за *respondi* следовала еще одна характерная формула: “таково право” (*quid iuris sit*)»²⁹. Вместе с тем, насколько можно судить, представление о норме как правиле поведения, обладающем общезначимостью, общеобязательностью и многократной повторяемостью, в целом было чуждо юристам классического периода. О казуистичности их мышления, среди прочего, свидетельствуют особенности применяемого ими метода, в частности, стремление дать точные дефиниции понятий, неизменная приверженность заимствованным в трудах Аристотеля приемам родо-видовой классификации изучаемых фактов, использование иных формально-логических и лингвистических приемов толкования, к которым подчас сводилось собственно правовое исследование³⁰.

Таким образом, юристы Древнего Рима проделали огромную работу, призванную дать по возможности исчерпывающее описание, систематизацию и каталогизацию юридических фактов, из которых на эмпирическом уровне складывалась правовая реальность. Это способствовало типизации последних, формулированию тех образцовых казусов, руководствуясь которыми судьи могли выносить решения по конкретным делам. Как пишет А. А. Малиновский, «образцовый казус представлял собой модель решения типичного юридического спора, возникшего при одинаковых или сходных фактических обстоятельствах... Появление образцовых споров свидетельствует о достаточно высоком уровне развития римской юриспруденции. Ее представители смогли выявить типичное в правовой действительности, точно определить юридическую суть спора, абстрагируясь от разнообразных фактических нюансов, попытались создать теоретическую модель решения одинаковых споров путем применения метода аналогии»³¹.

Типизация конкретных жизненных ситуаций, производившаяся римской юриспруденцией, проливает свет на особенности доктринального правотворчества и на специфику правопорядков традиционных обществ, к числу которых относилось и античное общество Древнего Рима. Характерной чертой таких правопорядков, на наш взгляд, являлась неразвитость нормативного компонента, в связи с чем роль основного средства конструирования правовой реальности выполняли субъективные права и обязанности, неразрывно связанные с конкретными жизненными ситуациями, из которых они непосредственно проистекали. Именно в субъективных правах и обязанностях репрезентировалась и формализовалась смысловая структура соответствующей фактической ситуации, позволявшая участникам правового общения психологически воспринимать субъективные права в качестве юридических притязаний, дававших возможность требовать определенного поведения обязанных лиц.

Формулируя образцовые казусы, юристы руководствовались предпосылкой, в соответствии с которой в ситуациях, обладающих одинаковой релевантностью, субъекты будут вести себя аналогичным образом, что позволяло создавать типовые модели субъективных прав и обязанностей, применимые к множеству сходных фактических ситуаций. В этом смысле типизация юристами правовой реальности расширяла горизонты последней, позволяя перейти от единичных фактов к их совокупностям, объединенным общей релевантностью и характерными признаками³². Одновременно познавательная деятельность римских юристов стала логическим продолжением и развитием процессов конструирования реальности, истоки которых коренятся в допредикативных структурах жизненного мира³³ и в обыденном правосознании субъектов правового общения.

Рецепция римского права в средневековой Западной Европе начиная с XI в. повлекла за собой не только усвоение западноевропейскими юристами научных достижений и результатов античных знатоков права, но и возрождение правотворческого значения юридической доктрины³⁴. Более

²⁹ Савельев В. А. Юридическая техника римской юриспруденции классического периода // Журнал российского права. 2008. № 12. С. 108.

³⁰ См. об этом, в частности: Перетерский И. С. Дигесты Юстиниана. Очерки по истории составления и общая характеристика. М. : Госюриздат, 1956. С. 68; Гарсия Гарридо М. Х. Римское частное право: казусы, иски, институты. М. : Статут, 2005. С. 89.

³¹ Малиновский А. А. Римская юриспруденция: методология и дидактика // Российское право: образование, практика, наука. 2017. № 4 (100). С. 31.

³² См.: Шюц А. Размышления о проблеме релевантности // Шюц А. Избранное: Мир, светящийся смыслом. С. 281.

³³ О жизненном мире см.: Гуссерль Э. Кризис европейских наук и трансцендентальная феноменология. Введение в феноменологическую философию // Гуссерль Э. Философия как строгая наука. Новочеркасск : Сагуна, 1994. С. 87.

³⁴ См. подробнее: Котляр И. . “*Jus commune*” как средневековая модель общеевропейского правопорядка (XI–XIV века). Автореф. дисс. ... к. ю. н. М., 2011; Михайлов А. В. Генезис континентальной юридической догматики. М. : Юрлитинформ, 2012.

того, в условиях местного партикуляризма, присущего средневековому праву, именно юристы творили единый правопорядок (*jus commune*)³⁵. В этой связи представляется глубоко не случайным стремление европейских монархов придать их сочинениям обязательную силу³⁶.

Указанная тенденция с особой наглядностью проявила себя в период XIII–XIV вв., на который приходится деятельность постглоссаторов (комментаторов)³⁷, являвшихся, в отличие от глоссаторов, не только университетскими профессорами, но и активными участниками политической жизни. Рекомендации, сформулированные в работах наиболее влиятельных постглоссаторов, таких как Бальдус ди Убальди, Франциск Аккурсий, Бартоло ди Сассоферато и др., подлежали обязательному применению в судах, что дало возможность в известной степени обуздать произвол судей и создать условия для согласования городских, коммунальных, общинных и иных местных обычаев³⁸.

В трудах представителей научной доктрины *jus commune* создаются юридические конструкции, претендующие не просто на типизацию, но на обобщение фактического материала и, следовательно, на общезначимость в качестве компонентов правовой реальности. Тем самым основной для средневековой юридической доктрины становится уже не селективная, а конститутивная функция, связанная с конституированием правопорядка и его основных сегментов. Результатами тщательной доктринальной проработки стали практически неизвестные римскому праву категории государства, публичной власти, юридических лиц, договорного права и т. п.³⁹

Именно благодаря правотворческой деятельности юристов происходит дальнейшая теоретизация и концептуализация правовой реальности, заложившая основы для формирования в эпоху Нового времени национальных правовых систем. Последние стали закономерным результатом нормализации правопорядков, приведшей к формированию на основе типизированных юристами субъективных прав и обязанностей общезначимых правил поведения, распространивших свое действие на всех участников правового общения. Нетрудно заметить, что ведущую роль в нормализации правопорядков, завершившейся созданием кодификаций XIX столетия, играла юридическая наука, в том числе и в ее доктринальном аспекте. Великие юристы раннего Нового времени (в частности, И. Альтузий, Г. Гроций, У. Блэкстоун, Д. Коук, Ж. Боден, Ж. Кюжа, Ч. Беккария и др.), которых с полным на то правом можно назвать создателями современного научного метода⁴⁰, сформулировали теоретическое представление о норме права как правиле поведения, нашедшее применение в законодательном регулировании общественных отношений.

По мере окончательного формирования нормативного измерения правовой реальности доктрина утрачивает присущее ей значение источника права. Этому помимо прочего способствовали

³⁵ См.: Федоров А. Н. Раздробленность или взаимодействие: о партикуляризме права средневековой Западной Европы // Вестник Челябинского государственного университета. 2015. № 23 (378). Сер.: Право. Вып. 44. С. 20.

³⁶ В условиях зарождающейся абсолютистской государственности раннего Нового времени, государь как верховный суверен нации становится ключевой фигурой *jus commune*, придававшей доктринальным положениям обязательность в плане правоприменительной практики (Котляр И. А. Государь как институт европейского средневекового *jus commune* // Вестник МГУ. Сер. 11: Право. 2011. № 4. С. 106). Одновременно и само государство, на авторитет которого опиралась доктрина, в момент своего зарождения представляло собой результат усилий юристов по обобщению и концептуализации феноменов правовой реальности. См.: Бурдые П. От «королевского дома» к государственному интересу: модель происхождения бюрократического поля // Бурдые П. Социология социального пространства. М.: Институт экспериментальной социологии; СПб.: Алетейя, 2005. С. 279.

³⁷ Полдников Д. Ю. Этапы развития научной доктрины *jus commune* в Западной Европе в XII — XIV вв. // Вестник МГУ. Сер. 11: Право. 2013. № 1. С. 90.

³⁸ См., в частности: Котляр И. А. Понятие "*jus commune*" в европейской правовой традиции // Вестник МГУ. Сер. 11: Право. 2009. № 5. С. 89–100; Марей А. В. К осмыслению рецепции римского права: формирование *jus commune* в Западной Европе XII–XIV вв. // Государство и право. 2012. № 5. С. 96–102.

³⁹ Говоря о влиянии средневековой юридической доктрины на развитие договорного права, Д. Ю. Полдников подчеркивает ее основополагающее значение. По его словам: «Вопреки существующему стереотипу... римское право не знало общей теории договора, основанной на консенсуальной модели договора, едином терминологическом обозначении договора, его обязательности, договорной свободы... Как же получилось, что столь фрагментированное римское договорное право легло в основу современной договорной теории? По нашему мнению, ключевую роль здесь сыграли теоретические концепции представителей средневекового *jus commune*» (Полдников Д. Ю. Этапы формирования цивилистической договорной теории *jus commune* // Государство и право. 2012. № 6. С. 108).

⁴⁰ См., в частности: Чичерин Б. Н. Политические мыслители Древнего и Нового мира. СПб.: «Лань», 1999. С. 150; Батиев Л. В. Политические и правовые учения XVII века. СПб.: Изд. Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. С. 5–11; Занин С. В. Рождение учений о естественном праве в эпоху Нового времени: Иоанн Альтузий и Гроций // История государства и права. 2013. № 14. С. 24–27.

механистические модели правового регулирования, получившие распространение в правотворческой и правоприменительной практике Нового времени, на которую опосредованное, но весьма активное влияние оказала классическая естественнонаучная картина Вселенной, подчиненной действию природных законов, представляющих собой всеобщую причинно-следственную связь фактов, установленных в опыте. Как следствие, основным средством конструирования современного правопорядка становятся правовые нормы, рассматриваемые в качестве официально-властных предписаний, обладающих признаками общеобязательности, формальной определенности, многократности применения и распространяющие свое действие на неопределенный круг лиц и на неограниченное множество типичных общественных отношений⁴¹.

Со всей наглядностью подобные механистические представления о нормативности права проявили себя в разработанной рядом советских юристов концепции «механизма правового регулирования», представляющего собой процесс одностороннего воздействия установленных государством норм на поведение членов общества путем наделения последних субъективными правами и обязанностями⁴². Одновременно правовая наука, основная задача которой стала видеться в выявлении общих предпосылок и закономерностей нормативного регулирования, толковании норм и выработке рекомендаций по их применению, вытесняется в сферу чистого знания⁴³. Правотворческие возможности доктрины, чьи положения по мере усложнения современного правопорядка становятся все более абстрактными и теоретически нагруженными, в целом оцениваются исследователями скептически⁴⁴, несмотря на оговорки о том, что доктрина является важным способом правообразования в любом обществе, «всеобъемлющей формой права», вторичным, нетрадиционным источником права и т. п.⁴⁵ Исключение составляет лишь англосаксонское (англо-американское) право, где в силу ряда причин исторического, системного и социокультурного характера за доктриной сохранилось (хотя и в ограниченных пределах) значение источника права⁴⁶.

Представляется, что рассмотренные тенденции исторической динамики науки о праве отражают важнейшие закономерности трансформации знаковых средств конструирования правовой реальности в эволюционном измерении. Это обусловлено самой природой юридической науки, представляющей собой совокупность текстов, т. е. знаковых комплексов, организующих, упорядочивающих и репрезентирующих феномены правовой реальности на основе смысловой структуры, имманентно присущей последней. Мы видели, что основной закон эволюции правовой реальности состоит в развитии последней в сторону все большей общезначимости образующих ее знаков, коррелирующим с формированием единой смысловой структуры, пронизывающей эту реальность.

А именно релевантности (возникшие изначально в допредикативных горизонтах жизненного мира), образующие смысловое ядро конкретных жизненных ситуаций⁴⁷, в ходе эволюции универсализуются, распространяются на множество однотипных фактов и однородных социальных отно-

⁴¹ См. подробнее: *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М.: Зерцало, 2002. С. 51–58.

⁴² *Казимирчук В. П.* Социальный механизм действия права // Сов. государство и право. 1970. № 10. С. 37–44; *Явич Л. С.* Общая теория права. Л.: Изд. ЛГУ, 1976. С. 246; *Тихомиров Ю. А.* Правовая система развитого социалистического общества // Сов. государство и право. 1979. № 7. С. 39; *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2 т. Т. II. М.: Юрид. лит., 1982. С. 25–30.

⁴³ Подобных воззрений на цель и назначение науки о праве придерживались уже мыслители XVII–XVIII вв., полагавшие, что юристы не создают правовую реальность, а лишь познают объективно присущие ей закономерности, сопоставлявшие с законами природы. См.: *Гоббс Т.* Основы философии // Гоббс Т. Соч. в 2 т. Т. 1. М.: Мысль, 1989. С. 237, 272 и след.; *Монтескье Ш. Л.* О духе законов // Монтескье Ш. Л. Избр. произв. М.: Госполитиздат, 1955. С. 163 и др.

⁴⁴ См., например: *Гримм Д. Д.* К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм // Журнал министерства юстиции. 1896. № 6. С. 26–27; *Хвостов В. М.* Общая теория права. Элементарный очерк. М.: Тип. Вильде, 1914. С. 107–108; *Виноградов П. Г.* Очерки по теории права. М.: Тип. т-ва А. А. Левенсон, 1915. С. 124–125; *Tebbit M.* Philosophy of Law: An Introduction. London; New York: Routledge&Kegan Paul, 2005. P. 36–52.

⁴⁵ См. в частности: *Рожнов А. П.* Нетрадиционные источники права в правовой системе // Вестник ВолГУ. 2001. Сер. 5. Вып. 4. С. 29; *Вопленко Н. Н.* Источники и формы права. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. С. 23; *Любитенко Д. Ю.* Правовая доктрина в системе источников российского права // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2010. № 4; *Малько А. В., Храмов Д. В.* Система нетрадиционных источников российского частного права // Ленинградский юридический журнал. 2010. № 1. С. 38 и др.

⁴⁶ См.: *Ромашов Р. А.* Правовая доктрина в англо-американском, мусульманском и российском праве: проблема понимания и формы выражения // Проблемы методологии и философии права. Сб. статей участников II Международного круглого стола / под ред. С. Н. Касаткина. Самара: Самарск. гуманит. акад., 2015. С. 33–34.

⁴⁷ См. подробнее: *Стовба А. В.* Правовая ситуация как исток бытия права. Харьков: ЛЛС, 2006.

шений, требуя от их участников сходного поведения. В плане знаковой формы эволюция правовой реальности проявляется в формировании на основе субъективных прав и обязанностей норм общего действия, адресатами которых выступает неограниченный круг участников правового общения.

Таким образом, правовые нормы, являющиеся атрибутом развитого правопорядка, выступают результатом типизации субъективных прав и обязанностей и седиментации юридически релевантного опыта множества конкретных индивидов⁴⁸. Результатом рассматриваемых процессов становится формирование общего для всех индивидов пространства правовой реальности, представляющего собой единое поле интересующих коммуникаций. Правовая наука в целом и доктрина в частности, благодаря присущему им высокому рефлексивному потенциалу, а также авторитету, которым пользуются ученые-юристы, способна значительно ускорить этот процесс, став мощным катализатором эволюционных изменений правовой реальности.

Эволюционная динамика правовой реальности и участие в ней научного познания имеют не случайный и не произвольный, но глубоко закономерный характер, подтверждаемый на примере эволюции иных знаковых средств конструирования реальности (языков). Речь идет, в частности, о естественных человеческих языках⁴⁹, которые первоначально складываются из окказионально мотивированных индивидуальных знаков, обладающих максимальной степенью конкретности и обозначающих единичные предметы. Простейшим (и наиболее ранним) примером таких знаков являлись ручные жесты, выступавшие, по мнению некоторых ученых, первым способом знаковой коммуникации⁵⁰. По мере становления и развития звукового языка, элементы жестовой коммуникации сохранились в его структурах в виде эмфатических ударений, восклицательной интонации⁵¹ и в особенности так называемых дейктических слов, играющих, как показал К. Бюлер, важную роль в конструировании пространственных отношений говорящего⁵².

Индивидуальный и, следовательно, предельно конкретизированный и приуроченный к отдельным коммуникативным ситуациям, характер первичных форм знаковой коммуникации находит свое проявление в идиолектах, из которых, по мнению некоторых лингвистов, и состоит язык любого человеческого сообщества на ранних этапах развития⁵³. Как утверждал В. Гумбольдт, «все люди говорят как бы одним языком, и в то же время у каждого человека свой отдельный язык. Необходимо изучать живую разговорную речь и речь отдельного индивидуума»⁵⁴. В ходе эволюции на основе множества идиолектов формируется единый язык обязательный для всех членов языкового сообщества. При этом индивидуальные различия, проявляющиеся в идиолектах, не утрачивая в целом своего значения, в той или иной мере нивелируются. Активную роль здесь играют процессы нормализации, происходящие в любом языке, достигшем известной ступени развития.

Одной из наиболее значимых предпосылок нормализации является утрата семиотическими средствами, используемыми языком, непосредственной образной выразительности и превращение

⁴⁸ См.: Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности: трактат по социологии знания. М. : Медиум, 1995. С. 157–170; Шюц А. Размышления о проблеме релевантности. С. 295; Дивисенко К. С. Социальные исследования жизненного мира // Социологический журнал. 2014. № 1. С. 7.

⁴⁹ В литературе неоднократно предпринимались попытки обнаружить общие закономерности эволюции права и языка, обусловленные их тесным взаимодействием и взаимопереплетением в процессах знаковой коммуникации. См., например: Касаткин А. А. История языка и история права (на материале некоторых романских языков) // Известия АН СССР. Сер. литературы и языка. 1964. Т. XXIII. Вып. 2. С. 113–124; Проскурин С. Г. Эволюция права в свете семиотики // Вестник НГУ. Сер.: Лингвистика и межкультурная коммуникация. 2008. Т. 6. Вып. 1. С. 48–53.

⁵⁰ Теорию возникновения языка из жестов пытались обосновать уже в античную эпоху такие философы, как Эпикур, Лукреций и др. (см.: Верлинский А. Л. Античные учения о возникновении языка. СПб. : Изд. СПбГУ, 2006. С. 333). Впоследствии одним из наиболее активных сторонников теории жестовой коммуникации стал Н. Я. Марр, видевший в ней отправную точку эволюции не только языка, но и ряда иных социальных институтов (Марр Н. Я. Язык // Марр Н. Я. Основные вопросы языкознания. М. : Соцэкгиз, 1935. С. 129). В настоящее время данная концепция считается маргинальной и подвергается отчасти небезосновательной критике. Высказывается, однако, и иная точка зрения, указывающая на бесспорные достоинства жестовой теории, позволяющей объяснить действие базовых психофизиологических механизмов, лежащих в основании всех более сложных форм знаковой коммуникации. См.: Иванов Вяч. Вс. Нечет и чет: Асимметрия мозга и динамика знаковых систем // Иванов Вяч. Вс. Избр. труды по семиотике и истории культуры. Т. I. М. : «Языки русской культуры», 1999. С. 487 и след.

⁵¹ См.: Блумфилд Л. Язык. Изд. 2-е, стереотип. М. : Едиториал УРСС, 2002. С. 116.

⁵² См.: Бюлер К. Теория языка. Репрезентативная функция языка. М. : «Прогресс», 2002. С. 82 и след.

⁵³ См.: Богданова Е. В. О некоторых аспектах изучения термина идиолект в отечественной и западной лингвистике // Вестник ЛГУ им. А. С. Пушкина. 2009. Т. 1. № 4. С. 100–108.

⁵⁴ Гумбольдт В. О различии строения человеческих языков и его влиянии на духовное развитие человечества // Гумбольдт В. Избр. труды по языкознанию. М. : «Прогресс», 1984. С. 45.

их в знаки, способные сигнифицировать большие классы предметов, обладающих общими признаками⁵⁵. Исследования А. М. Хокарта продемонстрировали, что эволюция от знака-изображения к знаку-символу имеет общекультурное значение и затрагивает любые переплетенные с естественным языком сферы коммуникации, например, политические и правовые ритуалы, практиковавшиеся в древних обществах⁵⁶. Важную роль здесь играет научное знание, способствующее концептуализации культуры и формированию категориального аппарата, с помощью которого обеспечивается семантическое единообразие различных сфер культурной реальности, включая и реальность правовую⁵⁷.

Данное обстоятельство, применительно к лингвистической семантике, описывает Вяч. Вс. Иванов, по словам которого: «Развитию от конкретных изображений к символам в языках соответствует сходное перемещение теоретических интересов по отношению к языку. Для ранних этапов сознания (в частности, отраженных в мифах) основной проблемой являлась связь знака и предмета, что сказывается в преданиях о наименовании вещей... Современная лингвистическая семантика, развитие которой началось с исследования знаков, обозначающих концепты, меньше всего занимается этим кругом вопросов»⁵⁸. То же самое можно сказать и о юридической науке, правотворческое значение которой состоит в том, что она, формируя систему средств знакового конструирования правовой реальности, создает условия для нормализации последней.

Даже в современных условиях, когда правовую науку вообще (и доктрину в частности), как мы видели, не принято относить к числу источников права, их значение по-прежнему велико особенно там, где нормы позитивного права выступают выражением не произвола господствующей клики, но отражают закономерности социальной жизни, а также общую волю и публичный интерес всех членов общества. В таких условиях доктрина с неизбежностью выступает на передний план среди не только правообразующих факторов, но и среди источников права в строгом (формально-юридическом) смысле⁵⁹. Косвенным образом указанное обстоятельство, правда, пока лишь применительно к нормам зарубежного права на территории Российской Федерации, получает официальное признание в ряде нормативно-правовых актов (п. 1 ст. 1191 ГК РФ, п. 1 ст. 14 АПК РФ, п. 1 ст. 166 СК РФ)⁶⁰.

Более того, в ситуации становления качественно нового правопорядка, в силу присущих ему особенностей, о которых упоминалось выше, значение доктрины как источника права будет, по-видимому, возрастать. При этом, учитывая особенности правовой науки, в том числе и в ее доктринальных проявлениях, имеются основания предположить, что основной функцией, релевантной для постсовременного правопорядка станет динамическая функция, реализация которой позволит

⁵⁵ См.: Иванов Вяч. Вс. Лингвистика и гуманитарные проблемы семиотики // Известия АН СССР. Сер. литературы и языка. 1968. Т. XXVII. Вып. 3. С. 241.

⁵⁶ Hocart A. M. Kings and Councillors. Cairo: Egyptian University Press, 1936. P. 151. Следует отметить, что еще Г. С. Мейн, изучая влияние рассматриваемых процессов на институты гражданского и уголовного права обществ Древнего мира, выводит закономерность эволюции правопорядка — от конкретных предписаний, установленных волей правителя, через господство обычного права к кодификациям, воплощающим в себе волю всех членов общества (Мэйн Г. С. Древнее право: его связь с историей общества и его отношение к новейшим идеям. Изд. 2-е. М.: КРАСАНД, 2011). В этой связи уместно предположить, что эволюционная динамика правопорядков во всемирно-историческом масштабе свидетельствует о развитии глубинных структур человеческого мышления, способствующем росту личностного самосознания и, в конечном итоге, прогрессу свободы как в индивидуальном, так и в общесоциальном ее проявлениях. См. подробнее об этом в нашей статье: Разуваев Н. В. Развитие личностного самосознания как движущая сила эволюции государств Древнего мира и Средних веков // Сто лет Уральскому государственному юридическому институту (1918–2018 гг.): в 2 т. Т. 1: Эволюция российского и зарубежного государства и права: историко-юридические исследования / под ред. А. С. Смыкалина. Екатеринбург: Изд-во УрГЮИ, 2019. С. 134–150.

⁵⁷ О различных аспектах концептуализации культурной семантики см. подробнее: Проблемы функциональной грамматики: Категоризация семантики / отв. ред. А. В. Бондарко, С. А. Шубик. СПб.: Наука, 2008.

⁵⁸ Иванов Вяч. Вс. Лингвистика и гуманитарные проблемы семиотики. С. 241.

⁵⁹ См. в частности: Разумович Н. Н. Источники и форма права // Сов. государство и право. 1988. № 3. С. 21; Гранат Н. Л. Источники права // Юрист. 1998. № 9. С. 6–11; Бошно С. В. Указ. соч. С. 70–79; Нешатаева Т. Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // Вестник ВАС РФ. 2003. № 5. С. 91–97; Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы. Автореф. дисс. к. ю. н. Красноярск, 2007.

⁶⁰ См.: Семейный кодекс Российской Федерации. Утв. Федеральным законом от 29.12.1995 № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16; 2018. № 1. Ч. I. Ст. 22; Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Утв. Федеральным законом от 26.11.2001 г. № 146-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552; 2017. № 14. Ст. 1998; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Утв. Федеральным законом от 24.07.2002 № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012; 2018. № 53. Ч. 1. Ст. 8411.

активно воздействовать на правопорядок, приводя его в соответствие с выработанными на доктринальном уровне общими принципами. Конститутивное воздействие правовой науки на правопорядок может осуществляться сразу по нескольким направлениям, а именно через законотворчество, судебную практику и правоприменительную деятельность юристов-практиков.

Взаимная связь и влияние доктрины на законотворчество имели место уже на ранних стадиях эволюции правовой реальности, становясь особенно тесными во время кодификационных работ, требовавших исчерпывающих представлений о структуре правопорядка, принципах его системной организации, соотношении конкретных элементов и др. Такие представления могла сформировать лишь юридическая наука, вот почему не случайной является ведущая роль, которую играли ученые в подготовке кодифицированных законодательных актов. Чтобы убедиться в этом, достаточно вспомнить лишь несколько наиболее известных примеров. Так, по мнению историков, уже древнеавилонские Законы Хаммурапи (XVIII в. до н. э.) стали результатом тщательной доктринальной проработки, обобщения и систематизации обычного права, судебных решений, царских указов и иных источников⁶¹.

Общеизвестно влияние правовой науки на кодификации римского права на протяжении всего существования последнего. В состав комиссии децемвиров по составлению Законов XII таблиц входили лица, выделявшиеся своими познаниями в сфере права (прежде всего, глава коллегии Аппий Клавдий). И в дальнейшем кодификационными работами руководили ведущие юристы своего времени: в частности, Сальвий Юлиан (II в. н. э.) по распоряжению императора Адриана систематизировал нормы преторского права, подготовив так называемый Вечный эдикт (*Edictum perpetuum*). Но особенно велик был вклад ученых-юристов в подготовку Юстиниановского Свода гражданского права, к участию в которой были привлечены крупнейшие ученые своего времени⁶². Указанная традиция получила свое продолжение и в Византии, где юристы (такие, к примеру, как Константин Арменопул) столь же активно, как и в Римской империи, участвовала в создании законодательных актов⁶³.

Не нуждается в специальном доказывании, что все важнейшие кодификации Нового и Новейшего времени (Французский гражданский кодекс, Полный свод законов Российской империи, Германское гражданское уложение, ГК Италии и др.) в конечном итоге явились продуктом доктринального творчества, по отношению к которому государственная власть выполняла лишь вспомогательную, авторизующую роль⁶⁴. Вот почему следует согласиться с утверждением Я. Шаппа, по словам которого «доктрина в широком смысле не является чем-то «приставленным к праву», напротив, право является ее содержанием. Однако данное обстоятельство ничего не меняет в том, что доступ к праву возможен только через доктрину»⁶⁵. Доктринальное правотворчество может также осуществляться и *intra legem*, посредством доктринальных толкований законодательных норм, содержательно становящихся частью самой интерпретируемой нормы и подлежащих судебному применению наряду с нею.

Именно так обстоит дело во французском праве, где пользуются официальным признанием работы Ф. Пляниоля, Л. Мишо, Р. Салейля, Ж. Л. Ортолана и др. В правовых системах Нидерландов и бывших голландских колоний, прежде всего ЮАР, для восполнения пробелов в действующем законодательстве применяются сочинения глоссаторов, постглоссаторов, а также юристов XVII–XVIII вв. (Г. Гроция, А. Виния, И. Вета и др.)⁶⁶. Наконец, в Германии, где доктрина не используется для непосредственного регулирования правовых отношений, труды юристов (в частности, Ф. К. Савиньи, А. Тура, Г. Пухты, Б. Виндшайда, Г. Дернбурга, Ю. Барона и др.) составляют теоретическую основу законодательства, оказывая определяющее воздействие на судебную практику⁶⁷. Велика роль доктринальных толкований в международном праве, а именно в практике международных судов, руководствующейся сочинениями ведущих юристов (Ф. Витториа, Б. Айала, Ф. Джентиле, Э. Ваттеля, В. Ф. Малиновского и др.)⁶⁸.

⁶¹ См.: История Древнего Востока. Зарождение древнейших классовых обществ и первые очаги рабовладельческой цивилизации. Ч. I. Месопотамия / под ред. И. М. Дьяконова. М.: Наука, 1983. С. 372.

⁶² См. подробнее: Липшиц Е. Э. Право и суд в Византии в IV–VII вв. Л.: «Наука», 1976.

⁶³ См.: Медведев И. П. Правовая культура Византийской империи. СПб.: Алетейя, 2001. С. 215 и след.

⁶⁴ См. об этом: Кабрийак Р. Кодификации. М.: Статут, 2007. С. 322–324.

⁶⁵ Шапп Я. Система германского гражданского права. М.: «Междунар. отношения», 2006. С. 41.

⁶⁶ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право. Т. 1–2. М.: «Междунар. отношения», 2011. С. 236–239.

⁶⁷ Шапп Я. Указ. соч. С. 30.

⁶⁸ См.: Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: за и против // Алтайский вестник государственной и муниципальной службы. 2010. № 5. С. 44–45.

Ничто, как мы полагаем, не препятствует и прямому применению доктринальных положений в правоприменительной деятельности юристов. Более того, именно сейчас значение доктрины становится особенно важным для правоприменителей, которым приходится иметь дело с фактами и отношениями, отсутствовавшим на более ранних этапах общественного развития и требующих напряженных интеллектуальных усилий для своего осмысления и юридической квалификации. Важной приметой постиндустриального (информационного) общества, отмеченной многими исследователями⁶⁹, выступает экспансия научного знания во все сферы социальной практики, включая и практику юридическую. Неслучайным поэтому является стремление практикующих юристов обобщать накопленный опыт и делать из этого опыта научно значимые выводы и предложения. Таким образом, доктрина, тесно переплетаясь с законодательной, судебной и правоприменительной деятельностью все активнее участвует в конструировании правовой реальности. В связи с этим следует согласиться с высказываемыми в юридической литературе предложениями официально признать доктрину в качестве источника права.

Однако такое признание предполагает повышенную социальную ответственность юридической науки⁷⁰. Известно, в частности, скептическое, чтобы не сказать — резко негативное, отношение И. А. Покровского к идее свободного судейского правотворчества, дискредитировавшего, по мысли ученого, идею естественного права, от лица которого брали на себя смелость выступать судьи. Важнейшим недостатком судейского права И. А. Покровский считал возможность произвола, многократно возрастающую там, где правовое сознание судей стоит на достаточно низкой ступени. По его словам: «Если теория свободного судейского правотворения заключает в себе организационную и неустранимую опасность судейского произвола, если она самую неопределенность и неясность права возводит в принцип, она, очевидно, идет вразрез с интересами развивающейся человеческой личности»⁷¹.

Хотя правовая наука, которая, в силу самой своей природы и социального назначения, выступает носителем образцового правосознания, по идее, должна избегать этой опасности, нет никаких оснований априори считать ученых свободными от недостатков, присущих другим представителям профессионального юридического сообщества. Содержательная ценность и качество исследований могут, в частности, заметно снижаться политической или идеологической ангажированностью правовой мысли, приводящей к подмене значимых целей научного знания. В таком случае место поиска научной истины и выработки обоснованных рекомендаций для правоприменительной и судебной практики занимает обслуживание интересов власть имущих. Закономерными следствиями указанной тенденции становятся оправдание произвола, проповедь правового нигилизма, отрицание ценности человеческой личности, ее основных неотчуждаемых прав и свобод и т. п. Еще одним идейным пороком юриспруденции нельзя не признать склонность к отвлеченному теоретизированию, делающему научные труды заведомо бесполезными для практикующих юристов.

Представляется, что преодоление указанных системных недостатков правовой науки станет важным шагом на пути ее превращения в источник права. При этом в задачи юридической науки должно входить не только формирование консолидированной доктринальной позиции по подлежащим урегулированию вопросам, но и создание всеохватывающей теоретической модели правовой реальности. Такая модель, опирающаяся на систему общенаучных и философско-правовых воззрений, должна служить основанием для правового регулирования. Кроме того, доктрина, выступающая в роли источника права, не может ограничиваться лишь созданием «общей теории», отдаваемой на откуп законодателю, судьям и правоприменителям. Как бы хороша ни была такая теория, она не заменит конкретных нормативных предписаний, вырабатывать которые в том или ином виде также призвана доктрина.

Иными словами, правовая наука (прежде всего в ее доктринальном аспекте) должна присутствовать на всех этапах правового регулирования — от формулирования наиболее фундаментальных общих принципов до обеспечения конкретных решений по любым практически значимым вопросам. Лишь в этом случае правовая наука сможет успешно осуществлять правотворческую функцию, являющуюся ее важнейшей социальной миссией.

⁶⁹ См., в частности: Друкер П. Посткапиталистическое общество // Новая постиндустриальная волна на Западе: Антология / под ред. В. Л. Иноземцева. М.: Academia, 1999. С. 71.

⁷⁰ См. подробнее: Антонова Л. И. Служение праву — святая обязанность юриста // Управленческое консультирование. 2011. № 4. С. 65—73.

⁷¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 105.

Литература

1. Агамбен Дж. Номос sacer. Чрезвычайное положение. М. : Европа, 2011.
2. Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. II. М. : Юрид. лит., 1982.
3. Аникин Д. А. Топология социального пространства: от географии к социальной философии // Известия Саратовского ун-та. Новая серия: Философия. Психология. Педагогика. 2014. Т. 14. Вып. 1. С. 5–9.
4. Антонова Л. И. Служение праву — святая обязанность юриста // Управленческое консультирование. 2011. № 4. С. 65–73.
5. Аристотель. Политика // Аристотель. Соч. в 4 т. Т. 4. М. : «Мысль», 1983. С. 376–644. Цицерон М. Т. Диалоги. О государстве. О законах. М. : «Наука», 1966.
6. Байниязов Р. С. Духовно-культурологический подход к правосознанию и праву // Новая правовая мысль. 2003. № 1. С. 2–6.
7. Батиев Л. В. Политические и правовые учения XVII века. СПб. : Изд. Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006.
8. Бек У. Общество риска. На пути к другому модерну. М. : Прогресс-Традиция, 2000.
9. Белл Д. Грядущее постиндустриальное общество: Опыт социального прогнозирования. М. : Academia, 2004.
10. Белов В. А. Предметно-методологические проблемы цивилистической науки // Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. М. : Юрайт-Издат, 2007.
11. Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности: трактат по социологии знания. М. : Медиум, 1995.
12. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М. : Изд-во МГУ, Издат. группа Инфра-М — Норма, 1998.
13. Блумфилд Л. Язык. Изд. 2-е, стереотип. М. : Едиториал УРСС, 2002.
14. Богданова Е. В. О некоторых аспектах изучения термина идиолект в отечественной и западной лингвистике // Вестник ЛГУ им. А. С. Пушкина. 2009. Т. 1. № 4. С. 100–108.
15. Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. 2003. № 12. С. 70–79.
16. Бурдые П. Социология социального пространства. М. : Институт экспериментальной социологии; СПб. : Алетейя, 2005.
17. Бюлер К. Теория языка. Репрезентативная функция языка. М. : «Прогресс», 2002.
18. Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: за и против // Алтайский вестник государственной и муниципальной службы. 2010. № 5. С. 43–47.
19. Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы. Автореф. дисс. к. ю. н. Красноярск, 2007.
20. Вахштайн В. С. К концептуализации сообщества: еще раз о резидентности, или работа над ошибками // Социология власти. 2013. № 3. С. 8–26.
21. Вахштайн В. С. Курьезы и парадоксы феноменологической интервенции // Социология власти. 2014. № 1. С. 5–9.
22. Виноградов П. Г. Очерки по теории права. М. : Тип. т-ва А. А. Левенсон, 1915.
23. Витгенштейн Л. Логико-философский трактат // Витгенштейн Л. Философские работы. Ч. I. М. : «Гнозис», 1994. С. 1–73.
24. Вопленко Н. Н. Источники и формы права. Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2004.
25. Вторые философско-правовые чтения памяти В. С. Нерсесянца (либертарно-юридический проект) // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2009. № 2. С. 5–39.
26. Гарсиа Гарридо М. Х. Римское частное право: казусы, иски, институты. М. : Статут, 2005.
27. Гоббс Т. Основы философии // Гоббс Т. Соч. в 2 т. Т. 1. М. : Мысль, 1989.
28. Гранат Н. Л. Источники права // Юрист. 1998. № 9. С. 6–11.
29. Гримм Д. Д. К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм // Журнал министерства юстиции. 1896. № 6. С. 26–53.
30. Гуляихин В. Н. Правовой менталитет российских граждан // НВ. Вопросы права и политики. 2012. № 4. С. 108–133.
31. Гумбольдт В. О различии строения человеческих языков и его влиянии на духовное развитие человечества // Гумбольдт В. Избр. труды по языкознанию. М. : «Прогресс», 1984. С. 37–297.
32. Гуссерль Э. Идеи к чистой феноменологии и феноменологической философии. М. : Академический Проект, 2009.
33. Гуссерль Э. Философия как строгая наука. Новочеркасск : Сагуна, 1994.
34. Дивисенко К. С. Социальные исследования жизненного мира // Социологический журнал. 2014. № 1. С. 6–21.
35. Друкер П. Посткапиталистическое общество // Новая постиндустриальная волна на Западе: Антология / под ред. В. Л. Иноземцева. М. : Academia, 1999. С. 67–100.
36. Занин С. В. Рождение учений о естественном праве в эпоху Нового времени: Иоанн Альтузий и Гроций // История государства и права. 2013. № 14. С. 24–27.
37. Зеленкевич И. С. Правовая доктрина и правовая наука: некоторые аспекты соотношения и использования в качестве источников права // Северо-Восточный научный журнал. 2010. № 2. С. 42–47.
38. Иванов Вяч. Вс. Лингвистика и гуманитарные проблемы семиотики // Известия АН СССР. Сер. литературы и языка. 1968. Т. XXVII. Вып. 3. С. 236–245.
39. Иванов Вяч. Вс. Нечет и чет: Асимметрия мозга и динамика знаковых систем // Иванов Вяч. Вс. Избр. труды по семиотике и истории культуры. Т. I. М. : «Языки русской культуры», 1999. С. 381–603.

40. История Древнего Востока. Зарождение древнейших классовых обществ и первые очаги рабовладельческой цивилизации. Ч. I. Месопотамия / под ред. И. М. Дьяконова. М. : Наука, 1983.
41. Кабрийак Р. Кодификации. М. : Статут, 2007.
42. Казимирчук В. П. Социальный механизм действия права // Сов. государство и право. 1970. № 10. С. 37–44.
43. Касаткин А. А. История языка и история права (на материале некоторых романских языков) // Известия АН СССР. Сер. литературы и языка. 1964. Т. XXIII. Вып. 2. С. 113–124.
44. Косериу Э. Синхрония, диахрония и история: проблема языкового изменения. Изд. 3-е. М. : Едиториал УРСС, 2009.
45. Котляр И. А. «Jus commune» как средневековая модель общеевропейского правопорядка (XI– XIV века). Автореф. дисс. к. ю. н. М., 2011.
46. Котляр И. А. Государь как институт европейского средневекового *jus commune* // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. 2011. № 4. С. 105–113.
47. Котляр И. А. Понятие «*jus commune*» в европейской правовой традиции // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. 2009. № 5. С. 89–100.
48. Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М. : Зерцало, 2002.
49. Липшиц Е. Э. Право и суд в Византии в IV–VII вв. Л. : «Наука», 1976.
50. Любитенко Д. Ю. Правовая доктрина в системе источников российского права // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2010. № 4 (10). С. 22–26.
51. Малиновский А. А. Римская юриспруденция: методология и дидактика // Российское право: образование, практика, наука. 2017. № 4 (100). С. 16–38.
52. Малько А. В., Храмов Д. В. Система нетрадиционных источников российского частного права // Ленинградский юридический журнал. 2010. № 1. С. 36–39.
53. Мамардашвили М. К. Классический и неклассический идеалы рациональности. СПб. : Азбука, Азбука-Аттикус, 2010.
54. Марей А. В. К осмыслению рецепции римского права: формирование *jus commune* в Западной Европе XII– XIV вв. // Государство и право. 2012. № 5. С. 96–102.
55. Марр Н. Я. Язык // Марр Н. Я. Основные вопросы языкознания. М. : Соцэкгиз, 1935. С. 127–135.
56. Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. М. : ООО «Городец-издат», 2002.
57. Медведев И. П. Правовая культура Византийской империи. СПб. : Алетей, 2001.
58. Михайлов А. В. Генезис континентальной юридической догматики. М. : Юрлитинформ, 2012.
59. Монтескье Ш. Л. О духе законов // Монтескье Ш. Л. Избр. произв. М. : Госполитиздат, 1955. С. 155–655.
60. Мордовцев А. Ю. Особенности правопонимания в современной России: формирование нового дискурса // Философия права. 2011. № 3. С. 13–17.
61. Мэйн Г. С. Древнее право: его связь с историей общества и его отношение к новейшим идеям. Изд. 2-е. М. : КРАСАНД, 2011.
62. Нешатаева Т. Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // Вестник ВАС РФ. 2003. № 5. С. 91–97.
63. Новикова Г. Р. Религиозно-правовая доктрина ислама в контексте правовой регламентации финансовых отношений современных государств // Вестник МГЮА им. О. Е. Кутафина. 2016. № 3. С. 165–175.
64. Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права. М. : «Проспект», 2015.
65. Паткуль А. Б. Понятие региона в феноменологии Э. Гуссерля и М. Хайдеггера // Логос. Философско-литературный журнал. 2010. № 5 (78). С. 77–88.
66. Перетерский И. С. Дигесты Юстиниана. Очерки по истории составления и общая характеристика. М. : Госюриздат, 1956.
67. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М. : Статут, 1998.
68. Полдников Д. Ю. Этапы развития научной доктрины *jus commune* в Западной Европе в XII–XIV вв. // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. 2013. № 1. С. 87–108.
69. Полдников Д. Ю. Этапы формирования цивилистической договорной теории *jus commune* // Государство и право. 2012. № 6. С. 106–115.
70. Поляков А. В. Коммуникативное правопонимание: Избр. труды. СПб. : ИД «Алеф-пресс», 2014.
71. Поляков А. В. Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2006. № 2 (265). С. 26–43.
72. Поплер К. Знание и психофизическая проблема: В защиту взаимодействия. М. : Изд. ЛКИ, 2008.
73. Постклассическая онтология права: Монография / под ред. И. Л. Честнова. СПб. : Алетей, 2016.
74. Проблемы функциональной грамматики: Категоризация семантики / отв. ред. А. В. Бондарко, С. А. Шубик. СПб. : Наука, 2008.
75. Проскурин С. Г. Эволюция права в свете семиотики // Вестник НГУ. Сер. Лингвистика и межкультурная коммуникация. 2008. Т. 6. Вып. 1. С. 48–53.
76. Пузилов Р. В. Сущность юридической доктрины как источника права // Правовая политика и правовая жизнь. 2003. № 4. С. 133–138.
77. Разуваев Н. В. Право: социально-конструктивистский подход // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 5 (322). С. 48–98.
78. Разуваев Н. В. Развитие личного самосознания как движущая сила эволюции государств Древнего мира и Средних веков // Сто лет Уральскому государственному юридическому институту (1918–2018 гг.): в 2 т. Т. 1: Эволюция российского и зарубежного государства и права: историко-юридические исследования / под ред. А. С. Смыкалина. Екатеринбург : Изд-во УрГЮИ, 2019. С. 134–150.

79. *Разуваев Н. В.* Современная теория права в поисках постклассической парадигмы познания // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 5 (316). С. 136–153.
80. *Разумович Н. Н.* Источники и форма права // Сов. государство и право. 1988. № 3. С. 20–27.
81. *Раянов Ф. М.* Мусульманско-правовая доктрина и ее современное измерение // Проблемы востоковедения. 2013. № 2 (60). С. 7–14.
82. *Рожнов А. П.* Нетрадиционные источники права в правовой системе // Вестник ВолГУ. 2001. Сер. 5. Вып. 4. С. 27–34.
83. *Ромашов Р. А.* Правовая доктрина в англо-американском, мусульманском и российском праве: проблема понимания и формы выражения // Проблемы методологии и философии права. Сб. статей участников II Международного круглого стола / под ред. С. Н. Касаткина. Самара : Самарск. гуманит. акад., 2015. С. 30–38.
84. *Савельев В. А.* Юридическая техника римской юриспруденции классического периода // Журнал российского права. 2008. № 12. С. 108–115.
85. *Степин В. С.* Классика, неклассика, постнеклассика: критерии различения // Постнеклассика: философия, наука, культура / отв. ред. Л. П. Киященко, В. С. Степин. СПб. : Издат. дом «Мирь», 2009. С. 249–295.
86. *Степин В. С.* Саморазвивающиеся системы и постнеклассическая рациональность // Вопросы философии. 2003. № 8. С. 5–18.
87. *Стовба А. В.* Правовая ситуация как исток бытия права. Харьков : ЛЛС, 2006.
88. *Сырых В. М.* Материалистическая теория права: Избранное. М. : Изд-во РАП, 2011.
89. *Тихомиров Ю. А.* Правовая система развитого социалистического общества // Сов. государство и право. 1979. № 7. С. 33–38.
90. *Федоров А. Н.* Раздробленность или взаимодействие: о партикуляризме права средневековой Западной Европы // Вестник Челябинского государственного университета. 2015. № 23 (378). Сер. Право. Вып. 44. С. 18–23.
91. *Хвостов В. М.* Общая теория права. Элементарный очерк. М. : Тип. Вильде, 1914.
92. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Сравнительное частное право. Т. 1–2. М. : «Междунар. отношения», 2011.
93. *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права. СПб. : Издат. дом «Алеф-Пресс», 2012.
94. *Честнов И. Л.* Правовая коммуникация в контексте постклассической эпистемологии // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 5 (316). С. 31–41.
95. *Чичерин Б. Н.* Политические мыслители Древнего и Нового мира. СПб. : «Лань», 1999.
96. *Шапп Я.* Система германского гражданского права. М. : «Междунар. отношения», 2006.
97. *Шюц А.* Избранное: Мир, светящийся смыслом. М. : «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004.
98. *Явич Л. С.* Общая теория права. Л. : Изд. ЛГУ, 1976.
99. *Hocart A. M.* Kings and Councillors. Cairo : Egyptian University Press, 1936.
100. *Popper K.* Evolutionary Epistemology // Evolutionary Theory: Paths into the Future / Ed. by J. W. Pollard. New York : John Wiley&Sons, 1984. P. 239–255.
101. *Purves D.* Neuroscience. 5th ed. Sunderland (Mass.) : Sinauer, 2011.
102. *Tebbit M.* Philosophy of Law: An Introduction. London; New York : Routledge&Kegan Paul, 2005.

References

1. *Agamben J.* Homo sacer. State of emergency [Homo sacer. Chrezvychaynoye polozheniye]. М. : Europe, 2011. (in Rus)
2. *Alekseev S. S.* General Theory of Law. [Obschaya teoriya prava] In 2 t. T. II. М. : Legal. lit. [Yuridicheskaya literatura], 1982. (in rus)
3. *Anikin D. A.* Topology of social space: from geography to social philosophy [Topologiya sotsial'nogo prostranstva: ot geografii k sotsial'noy filosofii] // Izvestiya of Saratov University. New Series. Ser. Philosophy. Psychology. Pedagogy [Izvestiya Saratovskogo un-ta. Novaya seriya: Filosofiya. Psikhologiya. Pedagogika]. 2014. T. 14. N 1. P. 5–9. (in rus)
4. *Antonova L. I.* Serving the law — the holy duty of a lawyer [Sluzheniye pravu — svyataya obyazannost' yurista] // Administrative consulting. 2011. N 4. P. 65–73. (in rus)
5. *Aristotle.* Politics // Aristotle. Cit. In 4 t. T. 4. М. : Thought [Mysl'], 1983. P. 376–644. Cicero M. T. Dialogues. About the state. About the laws. М. : Science [Nauka], 1966 (in rus)
6. *Bayniyazov R. S.* Spiritual and Cultural Approach to Legal Awareness and Law [Duhovno-kulturologicheskij podhod k pravosoznaniyu i pravu] // New Legal Thought [Novaya pravovaya mysl']. 2003. N 1. P. 2–6. (in rus)
7. *Batiev L. V.* Political and legal doctrines of the XVII century. [Politicheskiye i pravovyye ucheniya XVII veka] SPb. : Ed. R. Aslanova "Legal Center Press" [Yuridicheskij tsentr Press], 2006. (in rus)
8. *Beck U.* Risk Society. On the way to another modernity. М. : Progress-Tradition, 2000. (in rus)
9. *Bell D.* The coming post-industrial society: The experience of social forecasting. М. : Academia, 2004. (trans. from eng.)
10. *Belov V. A.* Subject-methodological problems of civil science [Predmetno-metodologicheskiye problemy tsivilisticheskoy nauki] // Civil Law: actual problems of theory and practice [Grazhdanskoye pravo: aktual'nyye problemy teorii i praktiki] / total. ed. V. A. Belova. М. : Yurayt-Izdat, 2007. (in rus)
11. *Berger P., Luckmann T.* The Social Construction of Reality. A treatise on sociology of knowledge. М. : Medium, 1995. (trans. from eng.)
12. *Berman G. J.* Western rights tradition : the era of the formation. 2nd ed. М. (trans. from eng.)

13. Bloomfield L. Language [Yazyk]. Ed. 2nd. M. : 2002. (in rus)
14. Bogdanova E. V. On some aspects of the study of the term idiolect in Russian and Western linguistics [O nekotorykh aspektakh izucheniya termina idiolekt v otechestvennoy i zapadnoy lingvistike] // Vestnik LGU im. A. S. Pushkina. 2009. Vol. 1. N 4. P. 100–108. (in rus)
15. Bosho S. Doctrine as a form and source of law [Doktrina kak forma i istochnik prava] // Journal of Russian law. 2003. N 12. P. 70–79. (in rus)
16. Pierre Bourdieu Sociology of social space. M. : Institute of Experimental Sociology. SPb. : Aletheia, 2005. (trans. from fr.)
17. Karl Buhler Theory of language. The representational function of language. M., 2002.
18. Vasilyev A. A. Legal doctrine as a source of law: pros and cons [Pravovaya doktrina kak istochnik prava: za i protiv] // Altai Messenger of State and Municipal Service [Altayskiy vestnik gosudarstvennoy i munitsipal'noy sluzhby]. 2010. N 5. P. 43–47. (in rus)
19. Vasilyev A. A. Legal doctrine as a source of law: historical and theoretical issues. [Pravovaya doktrina kak istochnik prava: istoriko-teoreticheskiye voprosy.] [Author. diss. K. y. n]. Krasnoyarsk, 2007. (in rus)
20. Vakhshayn V. S. On the conceptualization of the community: once again on residency, or working on mistakes [K kontseptualizatsii soobshchestva: yeshche raz o rezidentnosti, ili rabota nad oshibkami] // Sociology of Power. 2013. Vol. 3. P. 8–26. (in rus)
21. Vakhshayn V. S. Curiosities and Paradoxes of Phenomenological Intervention [Kur'yezy i paradoksy fenomenologicheskoy interventsii] // Sociology of Power. 2014. N 1. P. 5–9. (in rus)
22. Vinogradov P. G. Essays on the theory of law [Ocherki po teorii prava]. M. : Type. A. A. Levenson, 1915 (in rus)
23. Wittgenstein L. The Logical and Philosophical Treatise // Wittgenstein L. Philosophical Works. P. I. M. : Gnosis, 1994. P. 1–73. (trans. from ger.)
24. Vopenko N. N. Sources and forms of law [Istochniki i formy prava]. Volgograd : Volga State University Publishing House, 2004. (in rus)
25. Second philosophical and legal readings in the memory of V. S. Nersesyants (libertarian legal project) [Vtoryye filosofsko-pravovyye chteniya pamyati V. S. Nersesyantsa (libertarno-yuridicheskiy proyekt)] // Yearbook of libertarian legal theory. 2009. N 2. P. 5–39. (in rus)
26. Garcia Garrido MH Roman private law: incidents, lawsuits, institutions. M. : Statute, 2005. (trans. from spain)
27. Tomas Hobbes Basics of Philosophy // Hobbes T. Works In 2 t. V. 1. M., 1989.
28. Granate N. L. Sources of law [Istochniki prava] // Lawyer [Yurist]. 1998. N 9. P. 6–11 (in rus)
29. Grimm D. D. On the question of the concept and source of the binding legal norms [K voprosu o ponyatii i istochnike obyazatel'nosti yuridicheskikh norm] // Journal of the Ministry of Justice. [Zhurnal ministerstva yustitsii] 1896. N 6. P. 26–53. (in rus)
30. Gulyaikhin V. N. Legal mentality of Russian citizens [Pravovoy mentalitet rossiyskikh grazhdan] // NB. Law and policy issues [NB. Voprosy prava i politiki]. 2012. N 4. P. 108–113. (in rus)
31. Wilhelm Humboldt On Language: The Diversity of Human Language-Structure and its Influence on the Mental Development of Mankind // Humboldt V. Selected works on linguistics. M., 1984. P. 37–297.
32. Edmund Husserl Ideas Pertaining to a Pure Phenomenology and to a Phenomenological Philosophy. M., 2009.
33. Edmund Husserl Philosophy as rigorous science. Novocherkassk, 1994.
34. Divisenko K. S. Social studies of the vital world [Sotsial'nyye issledovaniya zhiznennogo mira] // Sociological journal. 2014. N 1. P. 6–21. (in rus)
35. Druker P. Post-Capitalist Society // New Post-Industrial Wave in the West: An Anthology / ed. V. L. Inozemtsev. M., 1999. P. 67–100. (trans. from eng.)
36. Zanin S. V. Birth of the doctrine of natural law during the epoch of Modern Period: Johannes Althusius and Hugo Grotius // History of State and Law. 2013. N 14. P. 24–27. (in rus)
37. Zelenkevich I. S. Legal doctrine and legal science: some aspects of correlation and use as sources of law. [Pravovaya doktrina i pravovaya nauka: nekotoryye aspekty sootnosheniya i ispol'zovaniya v kachestve istochnikov prava] // Northeast Scientific Journal. [Severo-Vostochnyy nauchnyy zhurnal]. 2010. N 2. P. 42–47. (in rus)
38. Ivanov Vyach. Vs. Linguistics and humanitarian problems of semiotics [Lingvistika i gumanitarnyye problemy semiotiki] // News of the USSR Academy of Sciences. Ser. literature and language [Izvestiya AN SSSR. Ser. literatura i yazyka.]. 1968. V. XXVII. Is. 3. P. 236–245. (in rus)
39. Ivanov Vyach. Vs. Odd and even: Brain asymmetry and dynamics of sign systems [Nechet i chet: Asimmetriya mozga i dinamika znakovykh sistem] // Ivanov Vyach. Vs Fav. works on semiotics and cultural history [Ivanov Vyach. Vs. Izbr. trudy po semiotike i istorii kul'tury.]. V. I. M. : "Languages of Russian culture", 1999. P. 381–603. (in rus)
40. History of the Ancient East. The origin of the most ancient class societies and the first centers of slaveholding civilization. P. I. Mesopotamia [Istoriya Drevnego Vostoka. Zarozhdeniye drevneyshikh klassovykh obshchestv i pervyye ochagi rabovladel'cheskoy tsivilizatsii. CH. I. Mesopotamiya] / ed. I. M. Dyakonov. M. : Science, 1983. (in rus)
41. Kabriyak R. Codification. [Kodifikatsii]. M. : Statute, 2007. (in rus)
42. Kazimirchuk V. P. The social mechanism of the law [Sotsial'nyy mekhanizm deystviya prava] // Sov. state and law [Sov. gosudarstvo i pravo]. 1970. N 10. P. 37–44. (in rus)
43. Kasatkin A. A. The history of language and the history of law (on the material of some Romance languages) [Istoriya yazyka i istoriya prava (na materiale nekotorykh romanskikh yazykov)] // News of the Academy of Sciences of the USSR. Ser. literature and language. [Izvestiya AN SSSR. Ser. literatura i yazyka.]. 1964. V. XXIII. Is. 2. P. 113–124. (in rus)
44. Koseriu E. Synchrony, diachrony and history: the problem of language change [Sinkhroniya, diakhroniya i istoriya: problema yazykovogo izmeneniya]. Ed. 3rd. M., 2009. (in rus)

45. *Kotlyar I. A.* "Jus commune" as a medieval model of the all-European law and order (XI–XIV centuries) ["Jus commune" kak srednevekovaya model' obshcheyevropeyskogo pravoporyadka (XI–XIV veka)]. Author's abstract diss. Ph. D. M., 2011. (in rus)
46. *Kotlyar I. A.* Sovereign as an institution of European medieval jus commune [Gosudar' kak institut yevropeyskogo srednevekovogo jus commune] // *Vestnik MGU. Ser. 11. Right* [Vestnik MGU. Ser. 11. Pravo]. 2011. N 4. P. 105–113. (in rus)
47. *Kotlyar I. A.* The concept of "jus commune" in the European legal tradition [Ponyatiye "jus commune" v yevropeyskoy pravovoy traditsii] // *Vestnik MGU. Ser. 11. Right* [Vestnik MGU. Ser. 11. Pravo]. 2009. N 5. P. 89–100. (in rus)
48. *Leist O. E.* The essence of law. Problems of the theory and philosophy of law [Sushchnost' prava. Problemy teorii i filosofii prava]. M.: Zertsalo, 2002 (in rus)
49. *Lipshits E. E.* Law and court in Byzantium in the 4–7th centuries [Pravo i sud v Vizantii v IV–VII vv.]. L., 1976. (in rus)
50. *Lyubitenko D. Yu.* Legal doctrine in the system of sources of Russian law [Pravovaya doktrina v sisteme istochnikov rossiyskogo prava] // *Bulletin of the Volgograd Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia* [Vestnik Volgogradskoy akademii MVD Rossii]. 2010. N 4 (10). P. 22–26. (in rus)
51. *Malinovskiy A. A.* Rome Jurisprudence: Methodology and Didactics // *Russian law: Education, Practice, Researches*. 2017. N 4 (100). P. 16–38. (in rus.)
52. *Malko A. V., Khramov D. V.* System of non-traditional sources of Russian private law [Sistema netraditsionnykh istochnikov rossiyskogo chastnogo prava] // *Leningrad legal journal* [Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal]. 2010. N 1. P. 36–39. (in rus)
53. *Mamardashvili M. K.* Classical and non-classical ideals of rationality. [Klassicheskiy i neklassicheskiy idealy ratsional'nosti]. SPb.: Alphabet, Alphabet-Atticus, 2010. (in rus)
54. *Marey A. V.* To comprehending the reception of Roman law: the formation of jus commune in Western Europe in the XII–XIV centuries [K osmysleniyu retseptsii rimskogo prava: formirovaniye jus commune v Zapadnoy Yevrope XII–XIV vv.] // *State and law* [Gosudarstvo i pravo]. 2012. N 5. P. 96–102. (in rus)
55. *Marr N. Ya.* Language [Yazyk] // *Marr N. Ya.* Basic questions of linguistics [Osnovnyye voprosy yazykoznaniiya]. M., 1935. P. 127–135. (in rus)
56. *Marchenko M. N.* The course of comparative law [Kurs sravnitel'nogo pravovedeniya]. M., 2002. (in rus)
57. *Medvedev I. P.* Legal culture of the Byzantine Empire [Pravovaya kul'tura Vizantiyskoy imperii]. SPb.: 2001. (in rus)
58. *Mikhailov A. V.* The Genesis of Continental Legal Dogma [Genezis kontinental'noy yuridicheskoy dogmatiki]. M., 2012. (in rus)
59. *Montesquieu Sh. L.* On the Spirit of Laws // *Montesquieu Sh. L.* Fav. manif. M., 1955. P. 155–655. (trans. from fr.)
60. *Mordovtsev A. Yu.* Features of legal thinking in modern Russia: the formation of a new discourse [Osobennosti pravoponimaniya v sovremennoy Rossii: formirovaniye novogo diskursa] // *Philosophy of Law* [Filosofiya prava]. 2011. N 3. P. 13–17. (in rus)
61. *Maine G. S.* Ancient law: its connection with the history of society and its relation to the latest ideas [Drevneye pravo: yego svyaz' s istoriyey obshchestva i yego otnosheniye k noveyshim ideyam]. Ed. 2nd. M., 2011. (trans. from eng.)
62. *Neshataeva T. N.* On the question of sources of law — judicial precedent and doctrine [K voprosu ob istochnikakh prava — sudebnom pretsedente i doktrine] // *Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation*. [Vestnik VAS RF] 2003. N 5. P. 91–97. (in rus)
63. *Novikova G. R.* Religious and legal doctrine of Islam in the context of the legal regulation of the financial relations of modern states [Religiozno-pravovaya doktrina islama v kontekste pravovoy reglamentatsii finansovykh otnosheniy sovremennykh gosudarstv] // *Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. 2016. N 3. P. 165–175. (in rus)
64. *Novitsky I. B.* Foundations of Roman civil law [Osnovy rimskogo grazhdanskogo prava]. M., 2015. (in rus)
65. *Patkul A. B.* The concept of a region in the phenomenology of E. Husserl and M. Heidegger [Ponyatiye regiona v fenomenologii E. Gusserlya i M. Khaydeggera] // *Logos. Philosophical and literary magazine* [Logos. Filosofsko-literaturnyy zhurnal]. 2010. N 5 (78). P. 77–88. (in rus)
66. *Peretersky I. S.* Digesta Justiniana. Essays on the history of compilation and general characteristics [Digesty Yustiniana. Ocherki po istorii sostavleniya i obshchaya kharakteristika]. M., 1956. (in rus)
67. *Pokrovsky I. A.* Basic problems of civil law [Osnovnyye problemy grazhdanskogo prava]. M., 1998. (in rus)
68. *Poldnikov D. Yu.* Stages of development of the jus commune scientific doctrine in Western Europe in the XII–XIV centuries [Etapy razvitiya nauchnoy doktriny jus commune v Zapadnoy Yevrope v XII–XIV vv.] // *Bulletin of Moscow State University. Ser. 11. Right* [Vestnik MGU. Ser. 11. Pravo]. 2013. N 1. P. 87–108 (in rus)
69. *Poldnikov D. Yu.* Stages of the formation of a civil communist contractual theory of jus commune [Etapy formirovaniya tsivilisticheskoy dogovornoj teorii jus commune] // *State and Law*. 2012. N 6. P. 106–115. (in rus)
70. *Polyakov A. V.* Communicative legal thinking: Selected Works [Kommunikativnoye pravoponimaniye: Izbr. trudy]. SPb.: Publishing House Alef-press, 2014. (in rus)
71. *Polyakov A. V.* Postclasic Jurisprudence and the Idea of Communication [Postklasicheskoye pravovedeniye i ideya kommunikatsii] // *News of Higher Educational Institutions. Jurisprudence* [Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedeniye]. 2006. N 2 (265). P. 26–43. (in rus)
72. *Popper K.* Knowledge and psychophysical problem: In defense of interaction. M.: Izd. LCI, 2008. (trans. from eng)
73. *Chestnov I. L.* Postclassical ontology of law: Monograph [Postklassicheskaya ontologiya prava: Monografiya]/ ed. I. L. Chestnov. SPb.: Aletheia, 2016. (in rus)

74. Problems of functional grammar: Categorization of semantics [Problemy funktsional'noy grammatiki: Kategorizatsiya semantiki] / resp. ed. A. V. Bondarko, S. A. Shubik. SPb., 2008.
75. *Proskurin S. G.* The evolution of law in the light of semiotics [Evolutsiya prava v svete semiotiki] // Bulletin of the NSU. Ser.: Linguistics and intercultural communication [Vestnik NGU. Ser.: Lingvistika i mezhkul'turnaya kommunikatsiya]. 2008. V. 6. N 1. P. 48–53. (in rus)
76. *Puzikov R. V.* The Essence of Legal Doctrine as a Source of Law [Sushchnost' yuridicheskoy doktriny kak istochnika prava] // Legal Policy and Legal Life [Pravovaya politika i pravovaya zhizn']. 2003. N 4. P. 133–138. (in rus)
77. *Razuvaev N. V.* Right: a social constructivist approach [Pravo: sotsial'no-konstruktivistskiy podkhod] // News of higher educational institutions. Jurisprudence [Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedeniye]. 2015. N 5 (322). P. 48–98. (in rus)
78. *Razuvaev N. V.* The development of personal identity as a driving force for the evolution of the states of the Ancient World and the Middle Ages [Razvitiye lichnostnogo samosoznaniya kak dvizhushchaya sila evolyutsii gosudarstv Drevnego mira i Srednikh vekov] // One Hundred Years to the Ural State Law Institute (1918–2018): in 2 volumes. V. 1: The Evolution of the Russian and Foreign States and rights: historical and legal research [Sto let Ural'skomu gosudarstvennomu yuridicheskemu institutu (1918–2018 gg.): v 2 v. V. 1: Evolyutsiya rossiyskogo i zarubezhnogo gosudarstva i prava: istoriko-yuridicheskiye issledovaniya] / ed. A. S. Smykalina. Ekaterinburg, 2019. P. 134–150. (in rus)
79. *Razuvaev N. V.* The modern theory of law in search of the postclassical paradigm of knowledge [Sovremennaya teoriya prava v poiskakh postklassicheskoy paradigmy poznaniya] // News of higher educational institutions. Jurisprudence [Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedeniye]. 2014. N 5 (316). P. 136–153. (in rus)
80. *Razumovich N. N.* Sources and form of law [Istochniki i forma prava] // Sov. state and law [Sov. gosudarstvo i pravo]. 1988. N 3. P. 20–27. (in rus)
81. *Rayanov F. M.* The Muslim legal doctrine and its modern dimension [Musul'mansko-pravovaya doktrina i yeye sovremennoye izmereniye] // The Problems of Oriental Studies. 2013. N 2 (60). P. 7–14. (in rus)
82. *Rozhnov A. P.* Unconventional sources of law in the legal system [Netraditsionnyye istochniki prava v pravovoy sisteme] // Bulletin of Volgograd State University [Vestnik VolGU]. 2001. Ser. 5. Is. 4. P. 27–34. (in rus)
83. *Romashov R. A.* Legal doctrine in the Anglo-American, Muslim and Russian law: the problem of understanding and forms of expression [Pravovaya doktrina v anglo-amerikanskom, musul'manskom i rossiyskom prave: problema ponimaniya i formy vyrazheniya] // Problems of the methodology and philosophy of law. Collection of articles of participants of the II International Round Table [Problemy metodologii i filosofii prava. Sbornik statey uchastnikov II Mezhdunarodnogo kruglogo stola] / ed. S. N. Kasatkina. Samara, 2015. P. 30–38. (in rus)
84. *Saveliev V. A.* Legal technique of the Roman jurisprudence of the classical period [Yuridicheskaya tekhnika rimskoy yurisprudentsii klassicheskogo perioda] // Journal of Russian Law [Zhurnal rossiyskogo prava]. 2008. N 12. P. 108–115. (in rus)
85. *Stepin V. S.* Classics, neklassika, postneklassika: criteria for distinguishing [Klassika, neklassika, postneklassika: kriterii razlicheniya] // Postneklassika: philosophy, science, culture [Postneklassika: filosofiya, nauka, kul'tura] / ed. L. P. Kiyaschenko, V. S. Stepin. SPb., 2009. P. 249–295. (in rus)
86. *Stepin V. S.* Self-developing systems and post-non-classical rationality [Samorazvivayushchiyesya sistemy i postneklassicheskaya ratsional'nost'] // Questions of Philosophy [Voprosy filosofii]. 2003. N 8. P. 5–18. (in rus)
87. *Stovba A. V.* Legal situation as the source of being law. [Pravovaya situatsiya kak istok bytiya prava]. Kharkov, 2006. (in rus)
88. *Syrykh V. M.* Materialistic theory of law: Favorites [Materialisticheskaya teoriya prava: Izbrannoye]. M., 2011. (in rus)
89. *Tikhomirov Yu. A.* Legal system of a developed socialist society [Pravovaya sistema razvitoogo sotsialisticheskogo obshchestva] // Sov. state and law [Sov. gosudarstvo i pravo]. 1979. N 7. P. 33–38. (in rus)
90. *Fedorov A. N.* Fragmentation or interaction: on the particularism of the law of medieval Western Europe [Razdroblennost' ili vzaimodeystviye: o partikulyarizme prava srednevekovoy Zapadnoy Yevropy] // Bulletin of Chelyabinsk State University [Vestnik Chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta]. 2015. N 23 (378). Ser. Right. Is. 44. P. 18–23. (in rus)
91. *Khvostov V. M.* The general theory of law. Elementary essay [Obshchaya teoriya prava. Elementarnyy ocherk]. M., 1914. (in rus)
92. *Zweigert K., Kötz H.* Comparative private law. V. 1–2 [Sravnitel'noye chastnoye pravo]. M., 2011.
93. *Chestnov I. L.* Postclassical theory of law [Postklassicheskaya teoriya prava]. SPb., 2012. (in rus)
94. *Chestnov I. L.* Legal communication in the context of post-classical epistemology [Pravovaya kommunikatsiya v kontekste postklassicheskoy epistemologii] // News of higher educational institutions. Jurisprudence [Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedeniye]. 2014. N 5 (316). P. 31–41. (in rus)
95. *Chicherin B. N.* Political thinkers of the Ancient and New World [Politicheskiye mysliteli Drevnego i Novogo mira]. SPb., 1999. (in rus)
96. *Shapp J.* System of German civil law [Sistema germanskogo grazhdanskogo prava]. M., 2006. (trans. from ger.)
97. *Schütz A.* Selected: A World that Glows with Meaning [Izbrannoye: Mir, svetyashchiysya smyslom]. M., 2004. (trans. from ger. and eng.)
98. *Yavich L. S.* General Theory of Law [Obshchaya teoriya prava]. L., 1976. (in rus)
99. *Hocart A. M.* Kings and Councillors. Cairo : Egyptian University Press, 1936.
100. *Popper K.* Evolutionary Epistemology // Evolutionary Theory: Paths into the Future / Ed. by J. W. Pollard. New York : John Wiley&Sons, 1984. P. 239–255.
101. *Purves D.* Neuroscience. 5th ed. Sunderland (Mass.) : Sinauer, 2011.
102. *Tebbit M.* Philosophy of Law: An Introduction. London; New York : Routledge&Kegan Paul, 2005.

Конституционная реформа в Российской Федерации: за и против

Цыпляев Сергей Алексеевич

декан юридического факультета Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственного управления при Президенте Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация, кандидат физико-математических наук; Tsyplyayev-sa@ranepa.ru

АННОТАЦИЯ

В статье обсуждаются перспективы конституционной реформы в Российской Федерации и аргументы сторонников и противников реформы. Рассматривая основные модели республиканского правления в современном мире, автор приходит к выводу, что оптимальной для нашей страны является президентско-парламентская республика, положенная в основу Конституции Российской Федерации. По мнению автора, наиболее близка к российской французская модель полупрезидентской республики. В работе также формулируются предложения по совершенствованию конституционного законодательства России.

Ключевые слова: Конституция Российской Федерации, президентско-парламентская республика, конституционная реформа, президент, правительство, федерализм

Constitutional Reform in the Russian Federation: for and Against

Sergey A. Tsyplyayev

Dean of the Law Faculty of the North-West Institute of Management of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, PhD in Physical and Mathematical Sciences, Saint-Petersburg, Russian Federation; Tsyplyayev-sa@ranepa.ru

ABSTRACT

The article discusses the prospects for constitutional reform in the Russian Federation and the arguments of supporters and opponents of the reform. Considering the basic models of republican government in the modern world, the author comes to the conclusion that the presidential-parliamentary republic, which is the basis of the Constitution of the Russian Federation, is optimal for our country. According to the author, the French model of a semi-presidential republic is closest to the Russian one. The author also formulates proposals for improving the constitutional legislation of Russia.

Keywords: Constitution of the Russian Federation, presidential-parliamentary republic, constitutional reform, president, Government, federalism

Каждый раз, когда в стране возникают и не находят разрешения социально-политические противоречия, общество обращается к идеям преобразования конституционного устройства России. Довольно быстро градус дискуссий поднимается до требований принятия новой конституции. Да, новая конституция — это символ принципиального разрыва с прошлым, но будущее потребует дать ясный и четкий ответ на вопрос, что нас не устраивает в действующей конституции, что и как предлагается изменить, а что необходимо сохранить, отстоять в грядущих политических битвах.

1. Претензии к действующей конституции

Если попытаться суммировать основные претензии к конституции, то они могут быть сведены к нескольким пунктам.

Во-первых, это выбор модели республики. Из трех «типовых моделей» — президентской (США), парламентской (ФРГ) и президентско-парламентской (Французская Республика) — за основу нашей конституции была взята президентско-парламентская республика. В последнее время из многих уст звучит предложение перейти к парламентской республике.

Во-вторых, периодически возобновляются разговоры о «сверхполномочиях» президента, вплоть до утверждений о самодержавном характере конституции. Правда, дело крайне редко доходит до обсуждения именно конституционной модели деятельности президента, а не повседневной практики, представляющей из себя причудливую смесь законов и наших «понятий» о традиционной роли «вождя».

В-третьих, отдельные политики предлагают ревизию федеративного устройства, благоразумно уклоняясь от изложения деталей, как они собираются перекраивать карту России.

В последнее время ряд статусных политиков (Д. А. Медведев, В. Д. Зорькин, В. В. Володин) выступили с позицией, что конституция в целом удовлетворительна, но может подвергаться «точечной настройке» с целью учета общественных изменений.

В статье председателя Конституционного Суда В. Д. Зорькина «Буква и дух Конституции» центральным тезисом является утверждение, что нет никаких показаний к радикальной смене конституционной модели. «Представления ... о том, что путем радикальной конституционной реформы можно развернуть ход событий в каком-то более правильном направлении, не просто поверхностны и недальновидны, но и опасны, поскольку чреваты резкой социально-политической дестабилизацией. Разговоры о том, что можно изменить структуру жизни с помощью одних лишь юридических решений — это наивный идеализм, если не что-то худшее»¹. В. Д. Зорькин предлагает опираться на доктрину «живой конституции», адаптировать конституционный текст к меняющимся социально-правовым реалиям. Правда, при этом он указывает на ряд «недостатков» конституции, которые он предполагает устранить «точечными изменениями» конституции. «Разумеется, у нашей конституции есть недостатки. В их числе отсутствие должного баланса в системе сдержек и противовесов, крен в пользу исполнительной ветви власти, недостаточная четкость в распределении полномочий между президентом и правительством, в определении статуса администрации президента и полномочий прокуратуры. Конструкция ст. 12 конституции дает повод к противопоставлению органов местного самоуправления органам государственной власти (в том числе представительным органам государственной власти), в то время как органы местного самоуправления по своей природе являются лишь нижним, локальным звеном публичной власти в Российской Федерации. Недостатки существуют и в разграничении предметов ведения и полномочий между федерацией и ее субъектами»². Подробный критический разбор предложений В. Д. Зорькина содержится в моей статье «Что надо и что не надо менять в Конституции»³.

Если вернуться к упомянутым выше претензиям на существенные изменения, то из девяти глав и 137 статей конституции указанные изменения затронут не более четырех глав (реально три — «Президент», «Федеральное Собрание» и «Правительство») и существенно не более двадцати статей. А ведь в конституции есть такие принципиально важные главы, как «Основы конституционного строя», «Права и свободы человека и гражданина», «Федеративное устройство», «Местное самоуправление», которые в значительной степени определяют дух конституции. Каждый, кто предлагает смести действующую конституцию и начать с чистого листа, должен спросить себя: уверен ли он, что удастся удержать заявленный в конституции объем прав и свобод под натиском сторонников авторитарной модели, объем полномочий местного самоуправления и регионов под натиском адептов централизации? Войти в учредительное собрание легко, а выйти из него можно без свободы и России.

2. Конституционная модель республики в Российской Федерации

Обсуждение выбора модели республики — наиболее глубокая тема из заявленных претензий. Этот выбор можно сравнить с выбором князем Владимиром религии для Руси. Выбрать можно любую из мировых религий, но привьется и укоренится та, что в наибольшей степени соответствует традициям и пониманию жизни народа.

Человечество выработало три устойчивых и эффективных модели республики, которые используются с определенными вариациями в различных странах.

Пожалуй, самая продвинутая и самая редкая в мире — это парламентская республика. Ее особенность заключается в том, что вся власть (за исключением судебной, которой далее я не буду касаться) сосредоточена в парламенте. Победившая партия или коалиция партий формирует правительство из числа депутатов. Президент, будучи главой государства, обладает символической властью, не вмешивается в текущий политический процесс, он выступает моральным авторитетом для нации и кризисным управляющим — принимает решения, если формирование коалиции и правительства заходит в тупик. Эта модель предъявляет самые высокие требования к политической культуре и демократическим традициям граждан и политиков. Здесь нет разделения законодательной и исполнительной власти — победитель получает все. Формально крайне легко «закон-

¹ Зорькин В. Д. Буква и дух Конституции // Российская газета. 10.10.2018. № 226 (7689).

² Указ. соч. Зорькин В. Д.

³ Цыпляев С. А. Что надо и что не надо менять в Конституции [Электронный ресурс] // Ведомости, 23.10.2018. URL: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2018/10/22/784356-chto-ne-nado-menyat-v-konstitutsii> (дата обращения 03.06.2019).

ными методами» подавить оппозицию. Препятствием авторитарному перерождению являются укорененные демократические традиции общества, свобода средств массовой информации, культура участия в партийной жизни. Политикам необходимо развитое чувство меры и ответственности, умение достигать и соблюдать договоренности. Иначе система становится неустойчивой, она либо сваливается в диктатуру одной партии (Веймарская Германия, приход Гитлера к власти), либо переходит в хаотическое состояние конфликтующих партий и неустойчивых правительств. (Четвертая республика во Франции, Италия). Эта модель республики предъявляет самые высокие требования к зрелости политической культуры общества.

Президентская республика зародилась в США. Творцы американской конституции создали мощную исполнительную власть, возглавляемую президентом. Президент совмещает полномочия и главы государства, и главы правительства. Но они уравнивали конструкцию не менее мощной законодательной властью и в высшей степени независимой судебной властью. Модель, основанная на принципе разделения и сотрудничества властей, оказалась весьма эффективной и достаточно устойчивой. Любые две власти, объединившись, в состоянии воспрепятствовать стремлению третьей к абсолютному доминированию. Но важнейшим умением в этой системе является именно сотрудничество, способность к достижению компромиссов. Президент и его администрация значительную долю времени и энергии тратят на переговоры с конгрессом, поиск взаимоприемлемых решений, особенно если хоть одна из палат не контролируется партией, победившей на президентских выборах. Президентская республика — самая распространенная модель в мире, ею пользуются около двух третей республиканских стран. Результаты везде разные. В ряде стран Азии и Африки при сочетании с «вождистской» культурой система сваливается в авторитарный штопор. Чтобы противостоять этому, надо постоянно поддерживать баланс властей и переговорный политический процесс. Главным стабилизатором в конечном счете является республиканский народ, приверженный идеям свободы и народовластия.

В основу Конституции России положена **президентско-парламентская республика**.

В стандартном варианте этой модели исполнительную власть осуществляет правительство, возглавляемое премьер-министром. Оно формируется президентом и ответственно перед парламентом, что нашло отражение в названии республики. Президент является главой государства, но не является главой исполнительной власти. Он стоит над тремя властями, обладая частью полномочий в каждой из них. Главная задача президента в такой модели — это арбитраж, обеспечение согласованного функционирования всех властей. Конструкция сложная, помимо судебной здесь уже три центра власти, между которыми устанавливаются линии напряжения и сотрудничества. Именно президентско-парламентская республика максимально дробит власть на части.

В этой модели маневрировать очень непросто, скорости умеренные, но зато устойчиво и безопасно для начинающих демократических наций.

3. Какая республика нужна России

Выбор французской модели в России далеко не случаен и вызван близостью культурных черт народов. Наши бескомпромиссность, воинственность и эмоциональность потребовали создания абсолютных монахий. Как реакция на это — Россия и Франция дали миру почти все великие революции. Как следствие — приходят к схожему государственному устройству.

На мой взгляд, даже эта модель для нас скроена на вырост. Ключевой проблемой является то, что страна никак не может выйти за пределы простейшей социальной технологии под названием «вождь и племя». Она используется буквально везде: в политических партиях, научных и образовательных учреждениях, творческих союзах, организации бизнеса. Члены племени инстинктивно определяют, кто вождь, и руководствуются его приказами, а не внешними законами. Любая формальная конструкция плавно деформируется под привычную схему.

Парламентская республика тут нам не поможет. Сделаете президента символом — бессменным вождем станет премьер-министр (он же лидер правящей партии) со всеми вытекающими последствиями, описанными выше. Мы совсем недавно, в 2008–2012 гг., поставили четырехлетний эксперимент и жили фактически в парламентской республике. Президент ограничивался попытками формирования политической повестки страны и не оказывал существенного влияния на текущие процессы управления. Полновластное правительство отправляло исполнительную власть, опираясь на внушительное парламентское большинство. Для полноты картины оставалось наделить членов правительства депутатскими мандатами (читай, неприкосновенностью) и осознать, что для премьер-министра нет никаких ограничений времени пребывания у власти. На чем основана уверенность, что новый текст конституции поменяет избирательную практику, нравы и традиции отправ-

ления власти? Советская история преподала нам урок, что прекрасная конституция, бесконечно оторванная от реальности и культурных традиций самоорганизации, превращается в памятник и полностью утрачивает регулирующие способности.

В начале 90-х гг. мы попытались создать вариант президентской республики. Он был крайне разбалансирован и перекошен в сторону законодательной власти. Собственно парламентом, законодательным органом власти, являлся Верховный Совет, избиравшийся ранее непосредственно гражданами. Но в 1988 г. в союзной конституции, а в 1989 г. и в российской конституции помимо Верховного Совета появился своеобразный орган — съезд народных депутатов. Ст. 104 Конституции РСФСР гласила: «Высшим органом государственной власти РСФСР является Съезд народных депутатов РСФСР. Съезд народных депутатов РСФСР правомочен принять к своему рассмотрению и решить любой вопрос, отнесенный к ведению РСФСР». Это уже не отдельная, пусть и ведущая, ветвь власти в системе разделения властей. Это абсолютный диктатор, «исполняющий обязанности» народа.

Можно указать два следствия этой неограниченной власти.

Первое — это постоянная конституционная нестабильность. Съезд голосованием принимал целый комплекс конституционных поправок, немедленно вступавших в действие, так что на следующий день мы уже имели другую страну. Подчас фундаментальные изменения вносились «с голоса» от микрофона в зале заседаний. Автор в качестве народного депутата СССР имел личный опыт такого изменения ст. 49 Конституции СССР, открывшего возможность создания политических партий в стране.

Второе следствие вытекает из первого. Ключевой властной фигурой в политической системе де-факто становился лидер съезда народных депутатов. Публичные лидеры М. С. Горбачев и Б. Н. Ельцин считали, что они укрепляют свои позиции, занимая пост президента, наделенного персональными полномочиями. При этом они уходили с позиций председателей коллегиальных органов и утрачивали контроль над съездом народных депутатов, то есть важнейший рычаг власти. Если в случае с М. С. Горбачевым последствия не успели проявиться в полной мере, то российская ситуация предельно ясно продемонстрировала этот институциональный конфликт. Съезд народных депутатов под председательством Р. И. Хасбулатова начал постепенно сдерживать реформаторский порыв президента, а затем приступил к ограничению президентской власти. Не парламент противостоял исполнительной власти, а гораздо более могущественный орган — съезд народных депутатов. Это предопределило тяжесть конфликта. Исход «сражения» в рамках действующего законодательства не вызывал сомнения — полный разгром президентской власти и превращение ее в декоративную конструкцию.

Последней попыткой избежать политического кризиса стало Конституционное совещание, открывшееся в Кремле летом 1993 г. Предложенный проект конституции утверждал разделение властей в форме президентско-парламентской модели республики.

Никаких законных средств ограничения абсолютного доминирования одной ветви власти не существовало. Поиск компромиссов — это не наш метод. Довольно быстро стало понятно, куда идет дело. Бунт исполнительной власти закончился стрельбой из танков и принятием на референдуме 12 декабря 1993 г. новой конституции.

4. В защиту федерализма

Каждый раз, когда начинается разговор об особых конституционных правах республик и автономных образований, я прошу указать статьи, в которых они записаны. Обычно список заканчивается утверждением, что у них конституция и президент, а у нас устав и губернатор, и вообще непорядок, субъекты федерации называются по-разному.

Главным достижением конституции 1993 г. стала конституционная (а не договорная) федерация с полным равноправием входящих в нее субъектов. Единственным существенным исключением является право республик наряду с русским устанавливать свои государственные языки. Помимо этого, п. 2 ст. 66 конституции дополнительно регламентирует принятие уставов (в отличие от конституций) законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта. Это предмет зависти?

Все это далось очень непросто. На Конституционном совещании мне довелось консультировать, писать конституционные тексты и председательствовать во второй региональной секции. Один день мы имели ультиматум краев и областей — или полное равноправие субъектов, или мы покидаем совещание. Другой день — следующий ультиматум, республики и автономные образования требуют «контрольный пакет» в Совете Федерации и требуют признать так называемый федера-

тивный договор основой и исходной частью конституции. В конституции использованы отработанные механизмы балансировки прав граждан и прав субъектов федерации. Это двухпалатный парламент — в Государственной Думе каждый депутат представляет примерно равное число избирателей, в Совете Федерации два человека представляют субъект независимо от его численности. Предусмотренные конституцией федеральные конституционные законы требуют три четверти голосов членов Совета Федерации, что позволяет группе из четверти субъектов блокировать нежелательные изменения этих важнейших законов. Самое главное — это разграничение полномочий с федеральным центром и самостоятельность регионов вне полномочий федерации.

Уничтожение федерализма и превращение России в унитарное государство с ликвидацией самостоятельного уровня власти в регионах приведет к еще большей концентрации полномочий и финансов в федеральном центре, обострению межнациональных противоречий, окончательному отрыву власти от народа. Если люди не могут самостоятельно обустраивать свою жизнь и вынуждены ходить к начальнику с протянутой рукой за деньгами и высочайшим соизволением, то пространство остается, а страна умирает. Это тупик, в котором мы уже неоднократно побывали. Россия выходила из него, каждый раз уменьшаясь в размерах.

Самое яркое, кричащее противоречие Конституции Российской Федерации и традиционной управленческой культуры заключено в понятии «федерализм».

Мы традиционно строим управленческие системы в виде командной иерархической вертикали. Вышестоящий начальник «главнее» нижестоящего и вправе поменять любое его решение. В вертикали царят приказ и исполнение. Оптимальная стратегия «выживания» чиновника в вертикали — «не высовываться». Главное качество идеального подчиненного — лояльность к начальнику, остальное второстепенно. Профессионалы, лидеры вредны, они слишком инициативны и «много о себе думают». В целом система заточена под политическую волю вождя, обеспечивает мобилизацию под военные и иные простые и понятные цели в небольшом количестве.

Задача федерализма прямо противоположная. Он исходит из понимания сложности, разнообразия и многозадачности общественной жизни. Если внимательно почитать конституцию, то становится ясно, что там описана иная модель устройства власти — горизонталь. Строится децентрализованная система самостоятельных центров принятия решений, играющих по общим правилам, заданным конституцией. Федерализм поощряет инициативу, творчество, ответственность перед избирателями, а не перед начальником.

Вся публичная власть нарезана на относительно самостоятельные слои. Первое горизонтальное разделение власти — на государство и местное самоуправление. «Местное самоуправление в пределах своих полномочий самостоятельно. Органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти» (ст. 12 Конституции). Второе разделение — государство у нас федеративное, то есть двухслойное: федерация и субъекты федерации. И федерация, и субъекты федерации — это государственные структуры, здесь принимаются обязательные для исполнения законы — федеральные и региональные.

Неверным является представление, что федеральные законы всегда выше и главнее региональных законов и ими можно регулировать что угодно. Конституция осуществляет разграничение предметов ведения и полномочий между двумя этажами власти. Есть четко определенный, ограниченный перечень вопросов, относящихся к исключительной компетенции федерации (ст. 71), например, внешняя политика и международные отношения, оборона и безопасность, и здесь действуют только федеральное регулирование.

Есть фиксированный список позиций, относящихся к совместному ведению федерации и субъектов (ст. 72). Все, что не попало в эти два списка, это «зона ответственности» субъекта федерации. Здесь могут издаваться только нормативные акты субъекта, федерация не имеет права вторгаться на эту территорию. Правда, федеральный центр при разработке конституции постарался застолбить себе полномочия по максимуму.

В полосе совместной компетенции оба законодателя хозяйничают самостоятельно, но право первой руки принадлежит федерации. Если она издала закон, то ему не могут противоречить региональные нормы. Конечно, федерация со временем плотно застроит своими законами эту нейтральную территорию. Но главное остается — это независимые действия двух уровней власти.

Вертикаль неявно подразумевает, что власть «стекает» сверху вниз и источник власти находится на самом верху. Мы в этом абсолютно уверены, адресуем любые проблемы президенту и требуем его вмешательства во все житейские вопросы. А конституция провозглашает, что «носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ» (ст. 3). Он наделяет полномочиями все горизонтальные уровни власти, причем делает это независимо.

Ст. 11 (ч. 2) конституции особо подчеркивает, что «государственную власть в субъектах Российской Федерации осуществляют образуемые ими органы государственной власти». Данная статья расположена в главе «Основы конституционного строя», это означает, что никакие другие положения конституции не могут противоречить основам конституционного строя (ст. 16). Это исключает возможность назначения из федерального центра исполняющего обязанности губернатора. Только образованные самим субъектом органы государственной власти могут осуществлять ее в субъекте. Уходит губернатор в отставку — конституция или устав субъекта федерации определяет, кто и на какой срок будет исполнять обязанности до выборов нового губернатора.

Точно так же в федерализм не вписывается еще одно «вертикальное изобретение» — освобождение губернатора от должности президентом «в связи с утратой доверия». Губернатор получил мандат из рук народа и ответственен перед ним. А если президент и губернатор принадлежат к диаметрально разным политическим силам? Если это его завтрашний конкурент на президентских выборах? Особая ситуация — совершение губернатором существенных преступлений, тогда в субъекте федерации запускается процедура отрешения от должности — импичмент. Право инициирования процедуры импичмента — это максимум, что можно закрепить за федеральным центром в рамках приличий федерализма.

Если наступает крайний случай, например, отказ исполнять конституцию, тогда включается институт федерального вмешательства, законодательно закрепленные инструменты принуждения, вплоть до использования вооруженной силы.

Конституция ничего этого не позволяет, но мы все равно делаем это, поскольку не понимаем, как можно иначе. Наша управленческая культура предельно проста: я назначаю нижестоящих управленцев, отдаю приказы, требую исполнения и лояльности. Если не устраивает — увольняю. Это мы называем «управленческой вертикалью». Более сложные технологии — управление автономными игроками с помощью законов, бюджетирования, идейного влияния — нам пока не даются и потому отвергаются как «гнилой либерализм».

В закрытой иерархической пирамиде неминуемо расцветает пышным цветом коррупция, в ней не могут существовать инициативные люди, обладающие независимым характером и лидерским потенциалом. Результат мы уже видим — застой и «никого больше нет».

Централизация очень приятна, пока наверху «неисчерпаемый мешок пряников». Лично вам все благодарны за монаршие милости. Но концентрация власти означает и концентрацию ответственности. Когда кончаются пряники, становится ясно, что не с кем разделить ответственность. Фокусировка «волн недовольства» граждан в одну точку взрывает управляющий центр со всеми вытекающими последствиями, что мы и наблюдали на примере СССР.

Конституция Российской Федерации дает необходимые правовые возможности для разумной децентрализации власти и ответственности. Ее потенциал развития страны не только не исчерпан, но еще даже и не освоен. Стартовый комплекс тоже достаточно понятен: запуск «нового земства» — местного самоуправления. Туда надо дать свободу, полномочия и деньги. С этого начинал Александр II, на этой почве пойдет в рост российский гражданин, а не обыватель. На фундаменте общественной самоорганизации естественным образом можно наращивать государственные этажи власти.

5. Что нужно менять в действующей конституции

Задача, которая никак не дается нашему обществу — **обеспечение своевременной плановой ненасильственной смены политической и управленческой элиты**. Дело не в конкретных фамилиях или политических идеях, это закон природы. В силу конечности нашей жизни любой общественный институт способен длительно существовать, если он обеспечивает самообновление, смену поколений. Если только у любого руководителя существует теоретическая возможность неограниченно долго сохранять власть, он начинает игру «хозяин горы» и на дальних подступах уничтожает возможных конкурентов (либо вытеснением, либо буквально) и тем самым готовит кадровое вырождение структуры. Так создатель становится могильщиком своего любимого дела. Если он знает, что уход через заранее определенное время неизбежен, то начинает думать о преемниках, последователях, а не об эликсире бессмертия. Величайший физик Альберт Эйнштейн покинул заведование кафедрой Принстонского университета в 65 лет, потому что таково правило и ни для кого не делается исключение. Китайская элита сделала выводы из пожизненного правления Мао и опаснейшей дестабилизации режима после его смерти. Каждые десять лет, пусть недемократическим внутриэлитным способом, но происходила смена поколений руководителей, именно это сохраняло стабильность режима. В последнее время китайское руководство решило

отступить от позиции обязательной сменяемости, предложенной Дэн Сяопином. В ближайшие годы мы сможем оценить последствия этого шага. Наша история также дает богатейший материал для анализа этой проблемы.

Первая задача — уточнение ч. 3 ст. 81 конституции: «одно и то же лицо не может занимать должности Президента Российской Федерации более двух сроков подряд». Положение о «двух сроках», добавленное практически в такой же формулировке во французскую конституцию в 2008 г., у нас не срабатывает. Ей предложено новое толкование: сколько угодно заходов, но каждый не длиннее двух сроков. Восстановить дух статьи, направленной на ограничение пребывания у власти одного лица, можно по-разному.

Первый вариант — изменение текста статьи. Например, изложить окончание статьи так: «... более двух сроков, причем подряд». Нельзя исключить возникновения дискуссии, как понимать слово «срок». А если ушел досрочно, то срок не засчитываем? Можно воспользоваться американским конституционным опытом. В 1951 г. Конгресс США принял двадцать вторую поправку, запротившую избирать одно лицо на должность президента более чем два раза. То есть достаточно факта избрания, понятие срока не существенно. Это был ответ на нарушение американскими гражданами заложенной Джорджем Вашингтоном традиции не задерживаться в президентском офисе более двух сроков. Франклин Делано Рузвельт скончался через несколько месяцев после четвертой победы на выборах. Оправданием была мировая война.

Второй вариант — Конституционный Суд может дать толкование статьи по запросам органов государственной власти, наделенных этим правом конституцией.

Вторая задача — возвращение четырехлетнего избирательного цикла вместо введенного в 2008 г. шестилетнего для президента и пятилетнего для депутатов Государственной Думы. Динамика, энергетика движения страны в значительной степени задается ритмом политического цикла. Президент США избирается каждые четыре года, а члены Палаты представителей (аналог нашей Государственной Думы) ходят на выборы каждые два года!

Да, президенту надо активно работать, чтобы многое успеть, да, жалко расставаться с удачным президентом, но зато можно быстрее исправить ошибку и расстаться с неудачным. Политический состав парламента должен быстрее и точнее подстраиваться под политические предпочтения граждан. Французы традиционно имели семилетний президентский срок. Но в 2000 г. провели референдум и сократили срок до пяти лет для придания большего динамизма государственной машине. Наиболее распространенные сроки в мире 4 и 5 лет. Для России сейчас лежать на печи и ждать чуда — смерти подобно, поэтому 8 лет (два срока по четыре года) — это эпоха и шанс полностью выложиться для эффективного президента.

В качестве последнего рубежа защиты несменяемой власти отстаивается тезис, что больше никого нет и выбирать некого. Я считаю это прямым оскорблением нашего народа, заявлением об исторической обреченности страны. Уходит лидер, и дальше пустыня, смерть России? Никогда не поверю, что среди ста сорока трех миллионов соотечественников не найдется несколько десятков человек, могущих управлять страной. Почему другие народы находят, а у нас их нет? Дело не в ущербности нации, просто «грядки», на которых вырастают лидеры, «закатаны в асфальт». Конкурентные, «нефильтрованные» выборы губернаторов, членов Совета Федерации, мэров, депутатов разных уровней по мажоритарным округам быстро выявят настоящих лидеров, а избиратели научатся безошибочно отличать лидеров созидания от лидеров разрушения. Вспомните восьмидесятые, полный политический застой, откуда потом взялись новые лица, как мы их узнали, полюбили или возненавидели? Каждый выборный и успешный руководитель Москвы, Санкт-Петербурга, Московской, Свердловской, Самарской и других крупных областей может претендовать на высшие посты в государстве. А свободная пресса расскажет нам все, что она о них знает. Создание современной избирательной системы нуждается в законодательном оформлении. Особо хочу подчеркнуть, что конституция практически не регламентирует систему выборов. Она устанавливается федеральными и региональными законами, так что все наши справедливые и принципиальные претензии, кого и как мы избираем, следует адресовать в первую очередь законодателям и бороться за конкурентную и честную систему выборов, опираясь на конституцию. Даже прямые выборы членов Совета Федерации легко организовать, не меняя конституции, было бы желание.

Конституция несет на себе печать тех политических битв 1992–1993 гг., в пламени которых она рождалась. Сделано одно принципиальное отступление от типовой модели, мы имеем ослабленное правительство, практически полностью поставленное под контроль президента, с уменьшением прав парламента в решении судьбы правительства. Следует устранить дисбаланс и **укрепить конституционный статус правительства.**

Ключевая позиция — формирование и отставка правительства. В президентско- — парламентской республике правительство — результат согласия президента и парламента. Но что делать, если согласия достичь не удастся, а страну нельзя оставлять без легитимного правительства на долгий срок? У кого последнее слово?

В России в случае недостижения согласия президент назначает председателя правительства, распускает Государственную Думу и назначает новые выборы. За ним последнее и решающее слово. Во Франции оно остается за парламентом, правительство не может быть образовано без согласия парламента. Это порождает режимы «сосуществования», при которых президент и премьер-министр принадлежат разным партиям, часто главным политическим конкурентам. Но такова воля избирателей, и с ней необходимо считаться.

Президент России может отправлять правительство в отставку по собственной инициативе. Президент Франции не может. До тех пор, пока правительство сохраняет доверие Национального Собрания (аналог Государственной Думы), оно будет работать, если само не подаст в отставку. На первый взгляд, мелочь, но давайте вспомним правительство Е. М. Примакова. Оно пользовалось уверенной поддержкой Государственной Думы и доработало бы до конца президентского срока, сделав невозможными последующие эксперименты со смотринами премьер-министров в качестве будущих преемников.

Потребуется внести изменения в ряд статей, смысл которых сведется к следующему: президент отправляет в отставку правительство, если Государственная Дума выразила недоверие правительству или правительство подало заявление об отставке. Исключается право назначать председателя правительства без согласия Государственной Думы. Остальная совокупность норм нашей конституции по формированию правительства дает в целом те же возможности, что и французская конституция, хотя изложена в далекой от изящества манере. Например, бессмысленный и вредный для авторитета власти публичный торг в виде тоекратного рассмотрения кандидатуры председателя правительства.

Второе принципиальное отличие от «стандартной модели». В ней президент вправе издавать только согласованные с правительством указы (ордонансы), за исключением собственных полномочий президента, предусмотренных конституцией. Такая норма обеспечивает согласованную линию президента и правительства. Это может оказаться крайне непросто, если президент и правительство представляют разные партии, здесь требуется высокое политическое искусство компромисса. Ограничение нормотворчества президента имеет свои достоинства и недостатки и требует публичного обсуждения. Я считаю, что для избегания тупиковых ситуаций и перекосов эту поправку надо рассматривать в пакете с исправлением третьего существенного отличия от стандартной модели. Президент Франции имеет право по собственной инициативе после консультаций с премьер-министром, председателями обеих палат распустить нижнюю палату парламента и объявить новые выборы. Это не разгон парламента, а обращение к народу с предложением пересмотреть состав своих представителей. Такая норма сильно остужает страсти и помогает выходить из политических тупиков в треугольнике президент–парламент–правительство. Сегодня президент может распустить Государственную Думу только в двух случаях: тоекратное несогласие с кандидатурой Председателя Правительства или выражение недоверия правительству.

Все остальные конституционные полномочия президента не выходят за общепринятые рамки и в совокупности не тянут на понятие «сверхполномочия».

Придирчивый взгляд найдет еще целый ряд конституционных положений, которые можно изложить лучше и точнее. Для начала достаточно ограничиться указанными выше изменениями, поскольку главная проблема кроется совсем не в конституционном тексте.

6. Требуются граждане республики

Анализ текста конституции исследователем, не знающим наших реалий, приведет к стандартному результату: самая сильная власть — это парламента. Он принимает бюджет. Что сможет исполнительная власть в тесных рамках закона и без денег? Самая слабая власть — судебная, и ее надо законодательно укреплять.

Мы просто не обращаем внимания, что за законодателями последнее и решающее слово. Именно Верховный Совет России в 1992 г. почти единогласно ратифицировал договор о денонсации Союзного договора, создании СНГ. Именно Съезд народных депутатов России в 1991 г. подавляющим большинством принял программу радикальных экономических преобразований, включавшую немедленную либерализацию цен. Свежий пример: именно Федеральное собрание ратифицировало протокол о присоединении России к ВТО, подписанный министром экономиче-

ского развития. Мы можем поддерживать эти решения или нет, но не можем забывать, что его приняли избранные нами представители. Почему парламент не пользуется своей властью? Потому что этого не хотят или не могут люди, ставшие членами парламента. Мы можем отдать в парламент еще больше полномочий, но пока там не появятся вместо номеров из партийного списка самостоятельные, уважающие себя и страну депутаты, парламент останется демократической декорацией.

Этот неискушенный исследователь не найдет в конституции понятия «поручение президента». Он удивится письмам президенту от рабочих до рафинированных интеллигентов с просьбами и требованиями, далеко выходящими за его конституционные полномочия. Нам предстоит преодолеть психологию верноподданных, требующую превращения лидера в диктатора. Лакмусовой бумажкой гражданской зрелости общества служит состояние местного самоуправления — фундамента и школы демократии и самоорганизации. Здесь мы наглухо застряли в начальных классах.

Внимательный анализ большинства дискуссионных вопросов приводит к выводу, что нужна не редакция текста конституции, а значительно более сложная и долгосрочная задача — перезагрузка политической культуры. Конституция скроена добротнo и нам «на вырост». Хотим ли расти? Никакая конституция не работает сама по себе, она живет в сознании и сердце ответственных граждан республики. Просто надо чаще вспоминать простой лозунг, относящийся ко всем нам: «Уважайте свою конституцию!»

Литература

1. Зорькин В. Д. «Буква и дух Конституции» // Российская газета. 10.10.2018. № 226 (7689).
2. Цыпляев С. А. Что надо и что не надо менять в Конституции [Электронный ресурс] // Ведомости. 23.10.2018. URL: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2018/10/22/784356-chto-ne-nado-menyat-v-konstitutsii> (дата обращения: 03.06.2019).

References

1. Zorkin V. D. The letter and spirit of the Constitution [Bukva i dukh Konstitutsii] // Russian Newspaper [Rossiyskaya Gazeta]. 10. 10.2018. № 226 (7689).
2. Tsyplyayev S. A. What is necessary and what should not be changed in the Constitution [Electronic resource] // Vedomosti URL: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2018/10/22/784356-chto-ne-nado-menyat-v-konstitutsii> (application date: 03.06.2019).

ЛЕГИТИМНОСТЬ КАК ПРИЗНАК ПРАВА

Честнов Илья Львович

профессор кафедры теории и истории государства и права, Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Университет прокуратуры Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист РФ
ichestnov@gmail.com

АННОТАЦИЯ

Легитимность конструирует и конституирует общество, включая право. Отсюда можно сделать вывод, что легитимность выступает признаком права. Однако не все согласны с такой точкой зрения. Для представителей юридического позитивизма, как и для сторонников юснатурализма, легитимность не является признаком права. Классическая социология права вводит легитимность в число признаков права, но не учитывает ее сконструированную властью природу. С точки зрения постклассической методологии, признаками права являются: человекообразность, знаковая опосредованность, сконструированность права, его контекстуальность и диалогичность. Все эти признаки права предполагают легитимность как их содержание. Легитимность как признание нормы права выступает условием ее существования.

Ключевые слова: легитимность права, правопонимание, постклассическая методология права.

LEGITIMACY AS THE SIGN OF THE RIGHT

Ilya L. Chestnov

Professor of the Department of theory and history of State and Law of the St. Petersburg law Institute of the University of the Prosecutor of the Russian Federation, Saint-Petersburg, Russian Federation, Doctor of Law, honored lawyer of the Russian Federation
ichestnov@gmail.com

ABSTRACT

Legitimacy constructed and constitutes society, including the right to. Here possible conclusion, that legitimacy is the feature of the law. However not all agree with this point. For representatives of legal positivism, as for jus natural supporters legitimacy is not the feature of the law. Classical law sociology stand legitimacy as feature of the law, but not takes her power, constructed by nature. From post-classical methodology point, Features of law are human proportionality, iconic mediation, construction of law, the contextual and Dialogic of law. All of this features assume the legitimacy as their content. Legitimacy as recognition of the rule of law is a condition of its existence.

Keywords: legitimacy of law, legal understanding, post-classical right methodology

Легитимность в широком смысле представляет собой условие выживания социума¹. Взаимное признание Другого конструирует и конституирует социальность. Особое значение приобретает взаимное признание в постсовременном обществе риска, когда в силу онтологической и гносеологической неопределенности, отсутствия прямого доступа к реальности (точнее — в ситуации конструирования социальной реальности) приходится доверять авторитету инстанции: научному сообществу (науке), власти, референтной группе. Поэтому сегодня возрастает роль культуры, важнейшей функцией которой является легитимирующая — «узаконивающая», придающая феномену статус признанного / принятого / достойного, оправдывающая и утверждающая его необходимость. <...> Легитимирующая функция культуры самым непосредственным образом связана с созданием сообществом системы эталонов (не только положительных, но и отрицательных), в том числе через утверждение конкретного реестра эталонов. <...> В целом можно сказать, что через одобрение / неодобрение сообществом тех или иных событий, действий, поступков, через навязывание отдельным представителям определенных оценок, через принуждение к соблюдению определенных правил и к следованию определенным паттернам сообщество создает / сохраняет / трансформирует свою систему и иерархию ценностей, которые являются неотъемлемой составляющей любой культуры»².

¹ «Категория “признание”, — пишет Ю. А. Веденеев, — образует универсальный социокультурный концепт, институт и процесс, сопровождающий практически все аспекты организации и функционирования социально-политических систем как традиционных, так и современных обществ». — Веденеев Ю. А. Грамматика правопорядка: монография / науч. ред. В. В. Лазарев. М. : РГ-Пресс, 2018. С. 113.

² Красных В. В. Психолингвокультурология как наука о человеке говорящем сквозь призму лингвокультуры // (Нео)психолингвистика и (психо)лингвокультурология: новые науки о человеке говорящем. И. А. Бубнова, И. В. Зыкова, В. В. Красных, Н. В. Уфимцева / под ред. В. В. Красных. М. : Гнозис, 2017. С. 215, 2016.

Относится ли легитимность к юридической проблематике, к предмету юридической науки? Является ли легитимность признаком права или «нормальному юристу» (как любит выражаться М. В. Антонов) и юриспруденции в целом он — так трактуемый признак права — избыточен? Позиция М. В. Антонова сводится к тому, что «легитимность права обнаруживает множество смыслов, которые конфликтуют между собой и затрудняют точное научное использование данного термина...». При этом легитимность, по его мнению, выполняет функцию «отмены норм права по причине их нелегитимности»³. Полагаю, что теоретически такая проблема достаточно важна, однако вполне уместно менее радикальное осмысление концепта «легитимность права»: действующее законодательство (в широком смысле слова, включающем все формы внешнего выражения права) все обязаны соблюдать и исполнять, а тот, кто желает — может его и использовать. Однако при этом возможна и даже необходима критика законодательства, хотя бы для того, чтобы его вовремя изменять. Одним из вариантов такого критического теоретического подхода как раз и является соотнесение «права, которое надлежащим образом установлено законными властями» с теми представлениями о его легитимности, которые складываются у населения и правоприменителей. Если право признано (легитимно), то оно положительно оценивается, многократно и широко используется, и, как правило, демонстрирует свою эффективность. Поэтому справедливым представляется утверждение Н. В. Варламовой, что действительность правового регулирования «проистекает из его легитимности и эффективности»⁴. Выявление же нелегитимности права, с моей точки зрения, не может считаться основанием для его несоблюдения или неисполнения, а должно становиться предметом обсуждения (делиберации) для последующей корректировки полномочным органом, включая, например, народные инициативы или рекомендации экспертов. Поэтому я не согласен с утверждением о тривиальности понятия легитимности права — «легитимным будет то право, которое установлено согласно действующему правопорядку»⁵. Даже если согласиться, что этимологически это так, то значение этого термина как его употребление дискурсивными практиками в различных «языковых играх» (по Л. Витгенштейну) сегодня не тождественно легальности, а предполагает оценку официального права. Подробно и обстоятельно критикует такой — позитивистский — подход А. В. Поляков и приводит веские, убедительные аргументы в пользу того, что легитимность — сущностный признак права. Однако прежде чем вести речь о легитимности как признаке права, уместно рассмотреть иные его модусы бытия. Значение как употребление или использование знака — основная мысль философа Л. Витгенштейна.

Традиционно к признакам права в юридическом позитивизме относят его производность от нормотворчества государственной власти, формальную определенность (текстуальную закреплённость) и обеспеченность государственным принуждением. Однако, не отрицая важности и значимости этих характеристик права, нельзя не признать их ограниченность. Так, например, правовые обычаи и международно-правовые нормы не создаются государственной властью. Формальная определенность — важный принцип позитивного права. Однако он предстает сегодня как идеал, а не реальность. Перманентная изменчивость правовой реальности, ее зависимость от социокультурного и политического контекста вынуждают признать реальным состоянием права скорее неопределенность, недели логическую полноту, стабильность и непротиворечивость⁶. Более того, полные и завершённые системы не могут быть логически обоснованы, как доказал в 1931 г. К. Гедель, а любая попытка дать полное и точное содержательное определение чему-либо спотыкается о «трилемму Мюнхаузена», сформулированную в 1970 г. Х. Альбертом⁷. Поэтому формальная определенность — это всегда относительный признак права. Это же касается и принудительности права. Управомочивающие нормы права принудительными не могут быть по определению: они предполагают взаимное и добровольное волеизъявление субъектов; под принуждением

³ Антонов М. В. Легитимность, признание, действительность и отмена правовых норм в юридическом словоупотреблении // Российский журнал правовых исследований. 2018. № 2. С. 119.

⁴ Варламова Н. В. Гетерархичность современных правовых систем и постсоветская теория права // Проблемы постсоветской теории и философии права : сб. статей. М. : Юрлитинформ, 2016. С. 46.

⁵ Антонов М. В. Указ. соч. С. 119.

⁶ Известный канадский философ и теоретик права Бьярн Мелкевик утверждает, что право существует в современном обществе «во всей его многозначности, неполноте, если не сказать во всей его относительности». Бьярн Мелкевик. Юридическая практика в зеркале философии права / пер. с фр. и англ. М. В. Антонова, Д. Н. Остроух, В. А. Токарева, Е. Уваровой и др. / отв. ред. М. В. Антонов. СПб. : ИД «Алеф-Пресс», 2015. С. 53.

⁷ Принцип достаточного обоснования как постулат классического рационального мышления недостижим, так как полное обоснование, включающее обоснование и знания, к которому сводится обосновываемая точка зрения, ведет либо к регрессии в бесконечность, либо к логическому кругу, либо к прерыванию процесса обоснования. — Hans Albert. *Traktat über kritische Vernunft*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970. S. 41.

управомочивающее правовое регулирование в принципе невозможно. Более того, само по себе неисполнение предписания обязывающей нормы принуждения в виде наказания, предусмотренного санкцией нормы права (а именно такое принуждение предполагается юридическим позитивизмом в качестве сущностного признака права) не влечет принуждения как наказания: для этого требуется переформулировка неисполнения обязанности в запретительную норму права. В большинстве случаев такая переформулировка происходит, но не всегда. В любом случае, принудительными в формально-юридическом смысле слова являются не все нормы права, а только запретительные. Поэтому этот признак права также является относительным.

Наибольшую сложность, однако, для признания адекватности формулируемых юридическим позитивизмом признаков права, представляет то, что они не позволяют оценивать действующее законодательство. Любой, принятый компетентным органом в соответствии с установленными нормотворческими процедурами, акт, объявляется правовым, безотносительно к его содержанию. Можно ли считать, в таком случае, фашистское законодательство, например, правовым? С формально-юридической — позитивистской — точки зрения, несомненно, да. Однако с такой постановкой вопроса согласны далеко не все. В частности, сторонники юснатурализма активно выступают против отождествления права с формальными его признаками, атрибутируемыми позитивистами. Они постулируют имманентную связь права с моралью. Понимая, что в современном сложноструктурированном социуме весьма проблематично найти положительное содержание справедливости, юснатуралисты с легкой руки Г. Радбруха определяют в качестве критерия оценки законодательства «негативную справедливость» — такие нормы, которые всеми или подавляющим большинством населения воспринимаются как крайняя степень несправедливости или «вопиющая несправедливость». Закон превращается в «неправо» тогда, «когда действующий закон становится столь вопиюще несовместимым со справедливостью, что закон как “несправедливое право” отрицает справедливость»⁸. Эта формула (которая в интерпретации юридического либертаризма звучит как «запрет на агрессивное насилие») может быть использована в социуме, в котором имеется моральный консенсус по вопросу «нетерпимых нарушений» прав человека. Но даже в таком случае она непригодна для оценки с моральной точки зрения большинства нормативных правовых актов, т. к. они в большинстве случаев являются морально нейтральными. Если даже такое знаковое событие, как разрушение Башен-близнецов в Нью-Йорке 11. 09. 2001, одними воспринималось как тяжелейшая трагедия, а другими (жителями европейских государств — выходцами из стран мусульманского мира, получающих социальные пособия) как торжество справедливости, то о каком моральном консенсусе может идти речь?

С позиций социологии права признаки права коренятся в обществе: в социальных предпосылках права и в том эффекте, который право оказывает на общество. Право существует не ради себя самого, — чтобы быть формально непротиворечивым, логичным, завершенным, — а ради нормального функционирования социума. Поэтому через анализ общества выявляются признаки права. К ним уместно отнести социальную обусловленность права и его эффективность. С позиций социологии права, легитимность следует рассматривать как сущностный признак права, так как легитимность демонстрирует соответствие права ожиданиям населения, то, что право адекватно выражает социальные предпосылки и является эффективным. В то же время, признавая, что именно социология права из всех классических типов правопонимания является наиболее обоснованной и адекватной современному обществу теорией права, нельзя не заметить, что и она — в своей классической версии — не лишена некоторых недостатков. К ним следует отнести то, что в классической социологии права признаки права постулируются как некая объективная данность, открываемая всезнающим юристом-Геркулесом (образ У. Блекстона, активно пропагандируемый Р. Дворкиным). С позиций постклассической философии и теории права «объективная данность» — это интересубъективное признание существования. Можно сказать по-другому: реально то, что воспринимается как реальное. Поэтому признаки права — это то, что власть (в широком смысле слова, включая научное сообщество) атрибутирует (приписывает) в качестве признаков права. В этой связи можно согласиться, с определенными оговорками, с громким заявлением Бьярна Мелкевика: «...право не имеет никакого реального или эмпирического “существования” в этом мире. Право не имеет никакого физического или материального существования в социальном или политическом мире, и еще меньше — существования с точки зрения наличия или действительности, не говоря уже о том, чтобы быть или иметь, и что, в конечном счете, следует действовать и думать соответствующим образом... Модальность “существования” неприменима к праву. В этом смысле не существует никакого “объекта”, называемого “правом”. В реальном, материальном, фактическом или просто

⁸ Радбрух Г. Философия права. М. : Международные отношения, 2004. С. 234.

“осязаемом” мире право не является чем-то “самим по себе” или не имеет этого признака, и мы не располагаем таким средством научного познания, которое позволило бы нам установить, чему может реально, действительно или объективно соответствовать эта символическая репрезентация, называемая “правом”. <...> Скорее следует утверждать, что вопрос о праве решается на практике в реальном мире с людьми из плоти и крови и, в конечном счете, представляет собой завершение спора, разрешаемого процедурным, дискурсивным, аргументативным, диалектическим путем через соответствующее судебное решение. <...> Право устанавливается на практике и *post factum* (задним числом — лат.) юриспруденцией в единственном числе, и это все!»⁹ Полагаю, что реальное или эмпирическое существование права можно обнаружить в его проявлениях, таких, как юридические тексты или действия (правоотношения, простые формы реализации права). Другое дело, что сама по себе внешняя фиксация проявлений права зависит от позиции наблюдателя, наделенного властным статусом официального или неофициального (теоретического) описания, номинации, категоризации и квалификации, которыми приписываются (атрибутируются) признаки тех явлений и процессов, которые считаются и признаются как юридически значимые. Поэтому можно согласиться с тем, что «по поводу слова “право” можно утверждать, что оно существует в определяемой форме только благодаря “новому нарративу о праве” (языку Оруэлла — И. Ч.)... Конфликтующие течения внутри “нового юридического нарратива” борются друг с другом за право определить конкретный выбор в этом отношении, <...> Надо иметь в виду то, что язык — это Власть! Возможно овладеть словом “право”, — не в рамках судебного процесса перед независимым арбитром, т. е. перед государственным или негосударственным судьей, — а использовать его как идеологический элемент и как оружие отговаривания и запугивания, как могущественный символический меч, которым (если использовать буквальную аллегорию) можно безотказно поражать врагов»¹⁰.

Постклассическая методология постулирует многомерность и потенциальную неисчерпаемость признаков права как модусов его бытия. Право взаимодействует со всеми другими социальными явлениями (и не только социальными) и не может одновременно проявлять все свои свойства. В этом смысле право неисчерпаемо в своих актуальных связях и отношениях, а потому признаки права, приписываемые ему властью и наукой, также потенциально неисчерпаемы. С позиций постклассической социокультурной диалогической концепции, развиваемой автором на протяжении последних 15 лет, праву присущи не только рассмотренные выше признаки, но и такие характеристики, как человекообразность, знаково-символическая опосредованность и дискурсивность, сконструированность, контекстуальность, диалогичность. Все они так или иначе связаны с легитимностью.

Для права свойственно, прежде всего, его *человекообразность*. Человек — основа, центр правовой системы: именно человек формирует (конструирует) ее и воспроизводит — легитимирует — своими практиками и ментальной активностью (смыслами и значениями). Именно человек, а не абстрактный безличностный субъект или «человек вообще» (по М. М. Бахтину) — неустранимая субстанция правовой реальности¹¹. Человек включен в социокультурный контекст, поэтому поведение (в том числе, юридически значимое) определяется сложной комбинацией когнитивного и ситуативного (оценкой ситуации). Фундаментальной ошибкой атрибуции является игнорирование важнейшей роли ситуационного контекста, в который включен конкретный человек.

Другой характеристикой права, конкретизирующей его формальную определенность, выступает *знаково-символическая опосредованность, дискурсивность права*. Человек мыслит с помощью знаков. Поэтому знаковость — имманентный аспект социальности и, следовательно, права при любом варианте его интерпретации: вне или без означивания (номинации и наделения значением) ни одно социальное (и правовое) явление невозможно как таковое¹². Дискурс как «проговаривание текста» обеспечивает использование языка в юридических практиках. В то же время дискурс вы-

⁹ Бьярн Мелкевик. Юридическая практика в зеркале философии права. С. 139, 147.

¹⁰ Там же. С. 79–80.

¹¹ «Никогда нельзя упускать из вида, что право творится и осуществляется через действия и через совершающих их акторов — все то, что свершается в качестве “права”, совершается нами самими и ради нас самих», — справедливо указывает Бьярн Мелкевик. — Там же. С. 4.

¹² «По своей внутренней сути юридический текст, — справедливо пишет Ю. А. Веденеев, — это прежде всего значение и наименование социальных практик в терминах того или иного юридического языка, которым они живут и воспроизводят себя. Правовая реальность обнаруживает себя и репрезентирует себя в системе юридических наименований — категорий и определений, классификаций и квалификаций. Именованье значит не просто констатировать, но и конституировать новые правовые практики. То есть, признать факт их официального существования — появления новых юридических субъектов и объектов, юридических дискурсов, новых нормативных границ в системах социального общения». — Веденеев Ю. А. Грамматика правопорядка : монография / науч. ред. В. В. Лазарев. М. : РФ-Пресс, 2018. С. 98.

стует средством конструирования и легитимации норм права через проверку их притязания на юридическую значимость, в терминологии Ю. Хабермаса.

Нельзя не отметить и такой аспект бытия права, как его *конструируемость*. Постклассическая парадигма в социогуманитарном знании и в юриспруденции, в частности, акцентирует внимание на сконструированности, а не данности социального мира (и, следовательно, права). Социальный конструктивизм, отрицая данность социального мира (и мира права), утверждает его многообразие, возможность изменения к лучшему и, следовательно, личную ответственность за его современное состояние. Выступая в оппозиции к «наивному социальному реализму», он запрещает выдавать частные, индивидуальные интересы и стремления за общественные и, тем самым, говорить от имени социального целого.

Еще одним признаком права, с моей точки зрения, является *социокультурный его контекстуализм*. Право — социокультурный феномен. Его социокультурная обусловленность выражается, прежде всего, в социальном назначении. Право существует не ради себя (поэтому система права не может быть самодостаточной, самореферентной). Право сконструировано ради обеспечения нормального функционирования социума, в чем проявляется его функциональная значимость. При этом критерий «нормальности» определяется исходя из господствующих ценностей, которыми оценивается социальная реальность и которыми обосновывается правовая политика (правовой номинации или означивания социальных ситуаций как правовых). Отсюда вытекает важный вывод: *не существует «чистых» правовых феноменов, нет правовых явлений (законов, нормативных и индивидуальных правовых актов, правоотношений), которые одновременно не были бы психическими (как писал в свое время Л. И. Петражицкий), экономическими, политическими и т. д. — в широком смысле — социокультурными феноменами.*

Очерченные выше аспекты бытия права демонстрируют его внутреннюю *диалогичность*, которая проявляется во взаимообусловленности рассмотренных аспектов бытия права и, прежде всего, юридически значимого действия и правовой структуры как социального представления о юридически должном в механизме воспроизводства права. Содержанием же диалогичности права является его *легитимность* — признание людьми, носителями статуса субъекта права. Обоснование этого тезиса заслуживает некоторого внимания.

Если право рассматривать как аспект общества, процесс воспроизводства нормативного порядка в обществе¹³, обеспечивающий, с моей точки зрения, его — общества — самосохранение, то имманентным признаком права выступает взаимное признание правовых взаимодействий (субъективных прав и обязанностей), на что справедливо указывает А. В. Поляков¹⁴, правовых институтов и правовой системы общества в целом. Право невозможно сводить исключительно к формальным «источникам» — формам внешнего выражения юридической нормативности. Правовую реальность образуют правоприменители, обыватели, попавшие волей судьбы в сферу права, их действия, включая юридические акты, последствия, орудия, используемые людьми. Именно действия людей конструируют нормы, институты, отрасли, систему права. Однако право как социальное явление существует, только если нормы — образцы юридически значимого поведения — реализуются в практиках людей, носителей юридических статусов. Социальная действительность права, по мнению Р. Алекси, обладает приоритетом по сравнению с позитивной и даже моральной действительностью¹⁵.

¹³ «Правовое или юридическое, или нормативно-должное — это такое фундаментальное качество социальной реальности, которое обеспечивает существование социального порядка в форме правопорядка как наиболее адекватной и нормативно обеспеченной форме порядка *per se*. <...> Факт существования любого общества связан и определяется системой, юридических сетей или коммуникаций. ... Конкретные формы юридического дискурса являются производными исторического контекста существования права — социально-политической практики и правовой культуры». — *Веденеев Ю. А.* Грамматика правопорядка : монография / науч. ред. В. В. Лазарев. М., 2018. С. 66, 93.

¹⁴ «Само право рассматривается в этом случае как сфера человеческого взаимодействия и взаимопонимания, согласия и компромисса, свободы и ответственности, равенства и справедливости, что позволяет развивать и совершенствовать его в этом духе. <...> Такое согласованное взаимодействие между субъектами прав и обязанностей на основе интерпретации легитимных правовых текстов и свидетельствует о наличии правовой коммуникации». — *Поляков А. В.* Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб. : ИД «Алеф-Пресс», 2014. С. 139, 164.

¹⁵ «В случае, когда система норм или отдельная норма абсолютно лишены социальной действительности, иными словами, им не присуща социальная действенность даже в малейшей степени, такая система норм или такая норма не может быть также юридически действительной. Следовательно, понятие правовой действительности обязательно включает в себя также элементы социальной действительности». — *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М. : Инфотропик Медиа, 2011. С. 107.

Именно этот важнейший момент — социальную действительность как действенность — игнорирует юридический нормативизм. Действительно, юристу-практику незачем утруждать себя вопросами о том, насколько эффективна применяемая, соблюдаемая, исполняемая или используемая им норма права. Однако юридическая наука не может игнорировать этот вопрос, если претендует на то, чтобы предлагать проекты совершенствования правовой системы. Если не знать, каков социальный эффект правового воздействия, то ни о какой оценке и тем более изменении существующего правопорядка не может идти речь.

С другой стороны, понятие нормы права не может не включать процессуальный аспект ее социального действия, так как правовая норма суть разновидность социальных норм, а признак нормативности определяется распространенностью, многократным использованием и положительной оценкой образца поведения. Более того, с позиций коммуникативной теории Ю. Хабермаса, к которой присоединяется Бьярн Мелкевик, «притязание на действительность норм может быть удовлетворено, только если норма получила универсальную оценку с перспективы универсального обмена ролями с целью удовлетворить интересы любого и каждого»¹⁶.

Из вышеизложенного неизбежен вывод: норма права будет распространенным, многократно используемым и положительно оцениваемым образцом поведения только в том случае, если она будет легитимна — признана как актуальными, так и потенциальными ее акторами. В фундаментальном исследовании коммуникативного действия Ю. - Хабермас пишет: «Норма существует или имеет социальную значимость (*soziale Geltung*), если она признана действительной (*gueltig*) или легитимной ее адресатам. ... То, что норма действует в идеальном плане, означает, что она заслуживает согласия всех заинтересованных лиц, поскольку она регулирует связанные с действием проблемы в их общих интересах. То, что норма фактически существует, означает, что содержащееся в ней притязание на значимость признается всеми заинтересованными лицами, и это intersубъективное признание обосновывает социальную действительность нормы»¹⁷.

Таким образом, можно сделать вывод: *легитимность как признание права — это внутренняя, психическая (субъективная) сторона нормативности, выражающаяся в положительной оценке или психологическом принятии правовых норм, институтов, системы права, всей правовой реальности. Легитимность — условие существования нормы права и нормативности правовой системы любого общества.*

Литература

1. Алексин Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М. : Инфотропик Медиа, 2011. 192 с.
2. Антонов М. В. Легитимность, признание, действительность и отмена правовых норм в юридическом словоупотреблении // Российский журнал правовых исследований. 2018. № 2. С. 118–124.
3. Бьярн Мелкевик. Юрген Хабермас и коммуникативная теория права / пер. с фр. Е. Г. Самохиной / науч. ред. А. В. Поляков. СПб. : ИД. «Алеф-пресс», 2018. 95 с.
4. Бьярн Мелкевик. Юридическая практика в зеркале философии права / пер. с фр. и англ. М. В. Антонова, Д. Н. Остроух, В. А. Токарева, Е. Уваровой и др. / отв. ред. М. В. Антонов. СПб. : ИД «Алеф-Пресс», 2015. 288 с.
5. Варламова Н. В. Гетерархичность современных правовых систем и постсоветская теория права // Проблемы постсоветской теории и философии права: сб. статей. М. : Юрлитинформ, 2016. С. 30–72.
6. Веденеев Ю. А. Грамматика правопорядка : монография / науч. ред. В. В. Лазарев. М. : РГ-Пресс, 2018. 232 с.
7. Красных В. В. Психолингвокультурология как наука о человеке говорящем сквозь призму лингвокультуры // (Нео)психолингвистика и (психо)лингвокультурология: новые науки о человеке говорящем. И. А. Бубнова, И. В. Зыкова, В. В. Красных, Н. В. Уфимцева / под ред. В. В. Красных. М. : Гнозис, 2017. С. 183–262.
8. Поляков А. В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. СПб. : ИД «Алеф-Пресс», 2014. 575 с.
9. Радбрух Г. Философия права. М. : Международные отношения, 2004. 238 с.
10. Albert H. Traktat über kritische Vernunft. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970. 226 p.
11. Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1–2. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981. 1216 p.

References

1. Aleksi R. The concept and validity of law (the answer to legal positivism). M. : Infotropik Media. 2011. 192 p. (In Rus).

¹⁶ Бьярн Мелкевик. Юрген Хабермас и коммуникативная теория права / Пер. французского Е. Г. Самохиной / Науч. ред. А. В. Поляков. СПб. : ИД. «Алеф-пресс», 2018. С. 57.

¹⁷ Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns, Bd 1–2. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981. Bd. 1. S. 104.

2. *Antonov M. V.* Legitimacy, recognition, validity and repeal of legal norms in legal usage // Russian Journal of Legal Studies. [Rossiyskiy zhurnal pravovykh issledovaniy]. 2018. No. 2. P. 118–124. (In Rus).
3. *Byarn Melkevik.* Jürgen Habermas and the communicative theory of law / trans. from french. SPb. : Alef-press. 2018. 95 P.
4. *Byarn Melkevik.* Legal practice in the mirror of legal philosophy / trans. from french and eng. SPb. : Alef-Press. 2015. 288 P.
5. *Varlamova N. V.* The Hierarchy of Modern Legal Systems and the Post-Soviet Theory of Law // Problems of Post-Soviet Theory and Legal Philosophy: Collection of Articles. [Problemy postsovetskoy teorii i filosofii prava: sb. Statey]. M. : Yurlitinform. 2016. P. 30–72. (In Rus).
6. *Vedeneyev Yu. A.* Law and order grammar : monograph. M. : RG-Press, 2018. 232 P. (In Rus).
7. *Krasnykh V. V.* Psycholinguoculture as the science of a person speaking through the prism of linguoculture // (Neo) psycholinguistic and (psycho) linguistic cultural studies: a new science about a person speaking. [(Neo) psikhologivgvstika i (psikho)lingvokulturologiya: novyye nauki o cheloveke govoryashchem. I. A. Bubnova. I. V. Zykova. V. V. Krasnykh. N. V. Ufimtseva / pod red. V. V. Krasnykh]. M. : Gnozis. 2017. P. 183–262. (In Rus)
8. *Polyakov A. V.* Communicative jurisprudence: Selected Works. [Kommunikativnoye pravoponimaniye: Izbrannyye trudy.] SPb. : Alef-Press, 2014. 575 P. (In Rus)
9. *Radbrukh G.* Legal philosophy. M. : International relationships, 2004. 238 P. (In rus).
10. *Albert H.* Traktat über kritische Vernunft. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970. 226 p.
11. *Habermas J.* Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1–2. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981. 1216 p.

Право доступа к информации и медиабезопасность

Кириленко Виктор Петрович

заведующий кафедрой международного и гуманитарного права Северо-Западного института управления РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации; v.vvaas@yandex.ru

Алексеев Георгий Валерьевич

доцент кафедры правоведения Северо-Западного института управления РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация, кандидат юридических наук, доцент; Deltafox1@yandex.ru

АННОТАЦИЯ

Право доступа к информации в постиндустриальном обществе приобретает фундаментальное значение для достижения целей устойчивого развития. Изменения в системе реализации прав на объекты интеллектуальной собственности отражают основные тенденции формирования культурного капитала. Во-первых, производство и продажа экземпляров произведений остается актуальным способом реализации интеллектуальных прав, но дополняется интерактивными форматами взаимодействия авторов со своей аудиторией. Во-вторых, популярность конкретных авторов и правообладателей позволяет им реализовывать субъективные права в масштабах глобального информационного пространства. В-третьих, роль автора — физического лица будет снижаться по мере того, как модули искусственного интеллекта будут все глубже интегрироваться в творческую индустрию. При развитии институтов виртуального права приоритетом медиабезопасности является сохранение превосходства творческих решений, созданных человеком, над результатами машинной обработки информации. В этом смысле право доступа индивидов к информационным технологиям, как и возможность непосредственной оценки творчества авторов массовой аудиторией, могут стать критически важными интересами для гуманного технического прогресса в глобальном информационном обществе.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, авторское право, договор, свобода слова, права человека, гуманизм, продюсер, произведение

Right of Access to Information and Media Security

Viktor P. Kirilenko

Head of the Chair of International and Humanitarian Law of North-West institute of management of RANEPA, St. Petersburg, Russian Federation, Doctor of Science (Jurisprudence), Professor, Honored Lawyer of Russian Federation; v.vvaas@yandex.ru

Georgiy V. Alekseev

Associate Professor of the Chair of Law of North-West Institute of Management of RANEPA, St. Petersburg, Russian Federation, PhD in Jurisprudence, Associate Professor; Deltafox1@yandex.ru

ABSTRACT

The right of access to information in post-industrial society is of fundamental importance for achieving the goals of sustainable development. Changes in the system of realization of rights to intellectual property reflect the main trends in the formation of cultural capital. Firstly, the production and sale of copies of works remains an actual way of exercising intellectual rights, but is complemented by interactive formats of interaction between authors and their audience. Secondly, the popularity of specific authors and rightholders allows them to exercise subjective rights in the global information space. Thirdly, the role of the author — an individual will decrease as the modules of artificial intelligence become more and more integrated into the creative industry. With the development of virtual law institutions, the priority of media security is to preserve the superiority of creative works created by man over the results of computer processing of information. In this sense, the right of individuals to access information technologies, as well as the possibility of direct evaluation of the authors' creativity by a mass audience, may become critical interests for humane technical progress in the global information society.

Keywords: intellectual property, copyright law, contract, freedom of speech, human rights, humanism, producer, artwork.

Введение. Работы западного юриста Даниэля Жерве (Daniel J. Gervais) демонстрируют, что «с перемещением многочисленных видов деятельности по созданию, распространению и потреблению контента из физической среды в цифровое онлайн-пространство авторские права больше не продаются исключительно профессионалами, такими как авторы, издатели, производители и распространители, и между ними. Инновации в области цифровых технологий позволили пользователям интернета принимать активное участие в модификации, распространении, адаптации

произведений и стать тем самым авторами производных произведений»¹. Практически нет сомнений в том, что «поскольку интернет продолжает изменять наш мир онлайн, структура авторского права в его нынешнем виде становится неадекватной и непригодной для использования»². В то же время национальные правительства восприняли идею «права на доступ к информации» или «свободы информации» как «важнейший элемент права граждан на свободу мнений и их свободное выражение, необходимого для доверия к публичному дискурсу и прозрачного, подотчетного и открытого правительства»³. Профессор В. П. Талимончик наглядно демонстрирует существование юридических обязательств «государств не препятствовать свободе человека искать, получать и распространять информацию»⁴, в то время как известный специалист по проблеме интеллектуальной собственности Е. А. Войниканис аргументированно доказывает, что «вопросы свободного доступа к информации и знаниям и развитию информационных технологий тесно взаимосвязаны»⁵.

Технологии передачи информации и формы реализации творческих проектов определяют суть правовых решений, необходимых для эффективной защиты результатов интеллектуальной деятельности и регулирования различных информационных правоотношений⁶. Признание на законодательном уровне хозяйственного значения результатов интеллектуальной деятельности в существенной степени зависит от того формата взаимодействия с авторами, который обычно практикует их потенциальная целевая аудитория на национальном уровне.

Практика применения норм права о безопасности к вопросам интеллектуальной собственности обусловлена некоторыми особенностями современного творческого процесса, которые представляются весьма перспективными объектами комплексного доктринального анализа. Российские ученые В. Б. Наумов и В. В. Архипов, исследуя правоотношения в виртуальном мире, отмечают, что «интернет вещей рассматривается как феномен, который в целом расширяет информационное пространство до мира физических объектов, выступая в качестве «моста» между различными ступенями человеческого развития в информационном обществе»⁷. Парадигма «интернета вещей»⁸ активно развивается в направлении коммерциализации отношений в виртуальном мире⁹ и обеспечения безопасности в информационном пространстве¹⁰, однако вопросы права доступа к информации и защиты интеллектуальных прав развиваются автономно, что нередко порождает коллизии и анахронизмы.

В соответствии с Федеральным законом Российской Федерации от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (ред. от 18.03.2019) граждане и организации вправе осуществлять поиск и получение любой информации в любых формах и из любых источников при условии соблюдения требований законодательства (ст. 8) Либеральный подход к информационным ресурсам широко воспринят в мировой практике регулирования информационных отношений. Страны англо-американской системы права первыми формализовали свободу доступа к информации. Так, в Канаде был принят Акт о доступе к инфор-

¹ *Gervais D. J. The Economics of Collective Management / Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law: Vol. 1: Theory. Vol. 2: Analytical Methods / eds. Ben Depoorter, David Schwartz, Peter S. Menell. 2019. 1512 p.; Gervais D. J. The Machine As Author // Iowa Law Review, Vol. 105, 2019. P. 1–61; Gervais D. J. (Re) structuring Copyright: A Comprehensive Path to International Copyright Reform. Edward Elgar Publishing, 2017. P. 185.*

² *Gervais D. J. (Re)structuring Copyright: A Comprehensive Path to International Copyright Reform. Edward Elgar Publishing, 2017. P. 3.*

³ *Shepherd E. Freedom of Information, Right to Access Information, Open Data: Who is at the Table? // The Round Table. The Commonwealth Journal of International Affairs 2015. Vol. 104, Iss. 6: Freedom of Information in the Commonwealth. P. 715.*

⁴ *Талимончик В. П. Право человека на информацию: международно-правовые аспекты // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2009. № 5 (286). С. 13.*

⁵ *Войниканис Е. А. Обеспечение свободного доступа к информации как направление правовой политики и его влияние на парадигму интеллектуальных прав // Государство и право. 2015. № 5. С. 105.*

⁶ *Алексеев Г. В. Классификация информационных правоотношений // Информационное право. 2008. № 3. С. 9–12.*

⁷ *Naumov V. B., Arkhipov V. V. Pervasive Legal Problems of the Internet of Things and the Limits of Law: Russian Perspective // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2018. Т. 13. № 6. С. 95.*

⁸ *Costigan S. S., Lindstrom G. Policy and the Internet of Things // Connections 2016. Vol. 15. № 2. P. 9–18; Gershenfeld N., Krikorian R., Cohen D. The Internet of Things // Scientific American 2004. Vol. 291. № 4. P. 76–81; Ornes S. The Internet of Things and the Explosion of Interconnectivity // Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America 2016. Vol. 113. № 40. P. 11059–11060.*

⁹ Указ. соч. *Ornes S. The Internet of Things and the Explosion of Interconnectivity.*

¹⁰ Указ. соч. *Costigan S. S., Lindstrom G. Policy and the Internet of Things.*

мации 1985 г. (Access to Information Act 1985), в Великобритании действует Акт о свободе информации 2000 г. (Freedom of Information Act 2000). Последнее время в развивающихся странах принимаются законы о свободном доступе к информации. В частности, например, в Исламской Республике Пакистан принят Акт о праве доступа к информации (The Right of Access to Information Act, 2017), а в Сьерра-Леоне аналогичный закон действует с 2013 г.¹¹. В условиях всеобщего признания свободы распространения информации защита интеллектуальных прав может оставаться юридическим инструментом ограничения доступа к интеллектуальной собственности и творческой информации, так же, как это происходило в последней четверти XX в.¹². Современные исследования проблем интеллектуальной собственности показывают, что право доступа к информации и интеллектуальная собственность находятся в состоянии взаимной зависимости¹³. Более детальное исследование политико-правового регулирования реализации права доступа обычно затрагивает специальные вопросы сетевого общения, например, связанные с использованием печатных и электронных образовательных информационных ресурсов¹⁴, или функционирования научных средств массовой информации¹⁵.

Для комплексного анализа проблемы обеспечения права на доступ к информации при эффективных гарантиях защиты законных интересов правообладателей необходим сбалансированный учет интересов всех участников информационного обмена, а также тех социально-экономических обстоятельств, которые позволяют получать доход от результатов интеллектуального труда, в том числе минуя значительную часть посредников, возникших между авторами и продюсерами художественных произведений. Охраноспособность творческих и технических решений напрямую зависит от формы художественного решения, в которой оно было создано и обнародовано. Особенности правового режима интеллектуальной собственности в постиндустриальном обществе определяются природой правоотношений в виртуальном пространстве. Вызывает интерес тезис В. В. Архипова о том, что «основным предметом виртуального права являются правовые аспекты виртуальных миров — моделируемых компьютерными средствами пространств, обеспечивающих возможность взаимодействия между пользователями»¹⁶. Отдельные юридические точки зрения, с которых рассматриваются виртуальные миры, вызывают значительный научный интерес ввиду того, что они предопределяют условия развития современной креативной индустрии.

1. Мультимедийный формат современных произведений затрудняет разграничение литературных и аудиовизуальных произведений, так как перспектива переработки и экранизации любого успешного творческого проекта всегда является объектом пристального внимания рынка. Современная публицистика воспринимает визуализацию как творческий прием, позволяющий привлекать внимание более широкой целевой аудитории. Группа российских ученых обоснованно полагает, что «распространение цифровых устройств, их внедрение во все сферы повседневной жизни привело к появлению новой профессиональной области — дизайн и программирование человеко-компьютерных интерфейсов»¹⁷. Интерфейс — творческое решение, находящееся в поле авторского права, однако мультимедийные системы затрагивают комплекс экономических вопросов¹⁸ и проблему информационной безопасности¹⁹.

В искусствоведении сложилось представление о том, что «непосредственное и практически неконтролируемое влияние на человеческую физиологию и психику осуществляется за счет

¹¹ The Right to Access Information Act, 2013 Supplement to the Sierra Leone Gazette Vol. CXLIV. № 62. 31 October, 2013.

¹² Dovey J. Copyright as Censorship-Notes on "Death Valley Days" // Screen 1986. Vol. 27. Iss. 2. P. 52–56.

¹³ Bors C., Christie A., Gervais D., Clayton E. W. Improving Access to Medicines in Low-Income Countries: A Review of Mechanisms // The Journal of World Intellectual Property 2015. Vol. 18. Iss. 1–2. P. 1–28.

¹⁴ Архипов В. В., Лукьянов В. В., Наумов В. Б. Интеллектуальная собственность в инновационной деятельности российского университета: вопросы управления и перспективы развития законодательства // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2017. № 5 (334). С. 52–67.

¹⁵ Кириленко В. П., Алексеев Г. В. Политические технологии и международный конфликт в информационном пространстве Балтийского региона // Балтийский регион. 2018. Т. 10. № 4. С. 20–38.

¹⁶ Архипов В. В. Виртуальное право: основные проблемы нового направления юридических исследований // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 2 (307). С. 93.

¹⁷ Балканский А. А., Карпушина А. О., Корпан Л. М., Лавров А. В., Смолин А. А., Сопроненко Л. П. Дизайн человеко-компьютерных систем как новая профессиональная область деятельности // Век информации. 2018. Т. 1. № 2. С. 175.

¹⁸ Алексеев Г. В. Расширение областей применения информационных технологий и информационная безопасность государства // Управленческое консультирование. 2017. № 5 (101). С. 8–19.

¹⁹ Алексеев Г. В., Колобова Е. Ю. Экономические и правовые аспекты сотрудничества и конкуренции в мировой киноиндустрии // Управленческое консультирование. 2014. № 12 (72). С. 67–78.

интерактивности современных электронных процессов. Искусство позволяет создать любую воображаемую ассоциативную среду с возможностью проникать через самые фантастические пространства и испытывать ощущения, ничем не отличающиеся от реальных»²⁰. Новые возможности цифровых технологий трансформируют старые и создают новые объекты интеллектуальной собственности, которые должны быть гармонично интегрированы в поле гражданского права.

2. Интерактивный характер цифрового телевидения и сети Интернет будут способствовать развитию новых форм сотворчества аудитории и разработчиков медийных проектов. Дальнейшая актуализация проблемы защиты интересов аудитории от произвола разработчиков может привести к созданию «виртуальной юстиции»²¹, нацеленной на привнесение справедливости в социальную реальность цифровых сетей. Признавая очевидность того факта, что «игра отвечает глубинным потребностям человека — современника эпохи постмодерна»²², российский ученый И. И. Волкова справедливо отмечает, что «активное развитие игровых интерактивных проектов на информационных порталах — неизбежность, в этом проявляется и природа Всемирной сети, и природа виртуального пространства»²³.

Весьма рационально, что социальное взаимодействие в мультимедийных проектах порождает своеобразные комплексы прав и обязанностей в глобальном информационном пространстве, которые не в полной мере регулируются международным правом и национальным законодательством. Так, например, «едва ли можно говорить о сформировавшейся системе международных договоров, направленных на охрану авторского права в телевидении, поскольку системные связи между договорами не всегда четко прослеживаются. В основу международной охраны авторского права в радиовещании, телевидении и при использовании электронных телекоммуникаций положено одно и то же правомочие автора — право на сообщение для всеобщего сведения»²⁴. Защита прав авторов и разработчиков компьютерных программ должна гармонично сочетаться с гарантиями прав потребителей интерактивных произведений искусства.

3. Креативный потенциал искусственного интеллекта актуализируется с развитием технического прогресса в сторону разработки масштабных нейросетей и умных машин²⁵. Правосубъектность элементов искусственного интеллекта всегда будет под вопросом, несмотря на их способность к обучению и творчеству. Конкуренция между авторами и технологиями искусственного интеллекта может разрушить хрупкое доверительное и наивное пространство общения автора со зрителем и читателем, однако сотворчество компетентного автора с умными машинами способно обеспечить скачок в развитии технологий, художественных произведений и новых технических решений.

Небезынтересно, что «после нескольких лет, проведенных с роботами на сцене, актриса Мидзухо Нодзима считает, что постепенно актеры начинают относиться к своим механическим коллегам по сцене как к живым»²⁶. Бесспорно, актуален «вопрос о том, должны ли в перспективе самые совершенные автономные роботы получить особый правовой статус электронных лиц — с их особыми правами и обязанностями, включая обязанность возмещения любого причиненного ими вреда»²⁷, но, разумеется, эта проблема не имеет простого решения. В правовой доктрине существуют «предпосылки к рассмотрению возможной аналогии между роботами и юридическими лицами»²⁸, однако искусственный интеллект может способствовать усилению влияния транснациональных корпораций на культурную сферу жизни общества и способствовать дискриминации авторов, как и прочих работников индустрии интеллектуальной собственности.

²⁰ Шустрова О. И. Киборг как произведение искусства мультимедиа (к проблеме расширения человека) // Вестник Санкт-Петербургского университета. Искусствоведение. 2011. № 1. С. 114.

²¹ Lastowka G. Virtual Justice: The New Laws of Online Worlds. Yale University Press, 2011. 241 p.

²² Волкова И. И. Игровые форматы мультимедийной журналистики // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Литературоведение, журналистика. 2014. № 1. С. 106.

²³ Волкова И. И. Компьютерные игры и новые медиа: игровой подход к коммуникациям в виртуальном пространстве // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Литературоведение, журналистика. 2017. Т. 22. № 2. С. 318.

²⁴ Талимончик В. П. Международная охрана авторского права в телевидении // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2016. № 3. С. 50.

²⁵ Gervais D. J. The Machine As Author // Iowa Law Review. Vol. 105, 2019. P. 1–61.

²⁶ Басалаева О. Г. Особенности взаимосвязи интеллектуальной культуры, искусственного интеллекта и творческого процесса // Вестник Кемеровского государственного университета культуры и искусств. 2017. № 40. С. 143.

²⁷ Цуканова Е. Ю., Скопенко О. Р. Правовые аспекты ответственности за причинение вреда роботом с искусственным интеллектом // Вопросы российского и международного права. 2018. Т. 8. № 4а. С. 44.

²⁸ Архипов В. В., Наумов В. Б. О некоторых вопросах теоретических оснований развития законодательства о робототехнике: аспекты воли и правосубъектности // Закон. 2017. № 5. С. 157.

4. **Программное обеспечение (софт)** достаточно часто представляется как объект права собственности разработчиков. Абсурдность идеи присвоения нематериальных объектов не останавливает корпорации, которые производят компьютерные программы, в их стремлении обосновать исключительность собственных прав на программный код, интерфейс и дизайн. Интересы свободного доступа к технологиям со стороны программистов, художников и пользователей софта не имеют особого коммерческого значения, однако оказываются неплохо защищенными естественными свойствами информации и коммуникативными практиками.

В практической плоскости проблемы правовой защиты софта отмечается, что «в последние годы увеличилось число объектов авторского права, основанных на информационно-коммуникационных технологиях, как то: ... программы для ЭВМ, базы данных, мультимедийные продукты, среди которых — видеоигры»²⁹. Отношение законодателя к программам как к произведениям литературы не отражает роли софта в развитии институтов информационного общества.

Если «объекты внешнего мира представляют собой феномены, сформированные в процессе интенционального восприятия их субъектом»³⁰, то нет сомнений в том, что реальность, сформированная программным обеспечением компьютеров, может стать сферой действия правовых норм. Признавая исключительные права на широко распространенный софт, законодатель невольно исключает значительную и наименее обеспеченную часть членов общества из числа субъектов, действующих в правовом поле виртуального мира.

5. **Исключительные права продюсеров** произведений имеют существенное социально-экономическое и культурное значение. Продюсерами выступают юридические лица: артели, компании, хозяйственные общества и транснациональные корпорации. Экономические возможности продюсеров имеют принципиальное значение, так как конкуренция между структурами глобального бизнеса и местными энтузиастами художественного творчества развивается исключительно в профессиональной плоскости. Предпочтения массовой зрительской аудитории формируются под влиянием наиболее состоятельных в экономическом плане продюсеров, которые доминируют на рынке высоких технологий.

С одной стороны, неудивительно, что «в российской судебной практике не встречаются требования о признании лица, организовавшего создание сложного объекта, автором такого объекта. Однозначность толкования норм законодательства объясняется тем, что сложные объекты интеллектуальных прав должны быть «оборотоспособными», а выяснение, является ли определенный субъект автором объекта, этому, соответственно, препятствует»³¹. С другой стороны, отсутствие притязаний на авторство не исключает признания смежных прав юридических лиц и продюсеров.

Исследования в области международного права интеллектуальной собственности показали, что «наличие унифицированных стандартов защиты прав интеллектуальной собственности гарантирует возможность компаниям поддерживать высокий уровень финансирования научно-исследовательской деятельности для возмещения экономических потерь вследствие инвестиций, не приводящих к созданию рыночного продукта»³², однако исключительные права не должны ограничивать жизненно важные интересы населения, например, права на доступ к технологиям в сфере медицины³³.

6. **Художественное достоинство произведений** является юридически безразличным обстоятельством только с формально-правовых позиций, в то время как на практике новизна и оригинальность становятся бесспорными достоинствами всякого результата интеллектуального труда. Суды и другие органы правового применения исходят из того, что оригинальность творческого решения необходима для его правовой охраны, а внимание аудитории и профессионального сообщества определяет экономический и репутационный эффект от рационального творческого проекта. Очевидно, что качество результатов творческого труда имеет существенное правовое значение при осуществлении государственной поддержки творческих проектов³⁴.

²⁹ Лебедь В. В. Мультимедийные продукты в условиях адаптации французских законов об авторском праве к информационным реалиям // Государство и право. 2014. № 5. С. 72.

³⁰ Разуваев Н. В. Государство как правовая конструкция // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2016. № 2 (325). С. 110.

³¹ Гринь Е. С., Алексеева В. А. Организатор создания сложного объекта интеллектуальных прав: проблемы теории и практики // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 7 (92). С. 123.

³² Абашидзе А. Х., Маличенко В. С. Деятельность международных организаций по всеобщему обеспечению доступа к лекарственным средствам в условиях развития механизмов защиты прав интеллектуальной собственности // Московский журнал международного права. 2017. № 2 (106). С. 107.

³³ Указ. соч. Абашидзе А. Х., Маличенко В. С.

³⁴ Колобова Е. Ю. Система государственной поддержки кинематографии как условие развития рыночной среды кинозрелищных услуг // Петербургский экономический журнал. 2017. № 3. С. 140–154.

Новизна художественных решений и широкий общественный интерес к творческим идеям и начинаниям не гарантируют общественной полезности результата интеллектуального труда, однако в современных экономических условиях популярность способна обеспечить значительный и стабильный доход. Неформальный характер зрительских симпатий и медийного интереса способствуют злоупотреблениям свободой творчества со стороны авторов и исполнителей. Творческая сфера жизни общества, привлекательная в экономическом плане, создает возможности для коррупционного поведения, которое может выражаться как в неспособности исполнителей осуществлять работу качественно и эффективно, так и в стремлении продюсеров к обману инвесторов.

Вероятность криминализации творческой сферы, как и всей индустрии интеллектуальной собственности, представляет существенную угрозу медиабезопасности. Небезопасна и открытость информации о творческих проектах, так как право доступа к информации может быть использовано для оценки результатов интеллектуального труда только после их обнародования. Емкие в интеллектуальном плане проекты обычно конфиденциальны на стадии разработки. В условиях криминализации информационного пространства конфиденциальность может стать средством сокрытия преступлений. Фактически только высокая деловая репутация авторов и продюсеров позволяет защитить творчество от деструктивного воздействия экономической преступности. Высокое качество и художественное достоинство проектов по созданию объектов интеллектуальной собственности обеспечивают безопасность инвестиций в культуру и технический прогресс.

7. Цена интеллектуальных прав является существенным условием лицензионных договоров в отношении объектов интеллектуальной собственности, однако ее чрезвычайно сложно определить с высокой степенью точности. После того как права на результат интеллектуальной деятельности будут реализованы, их цена становится очевидной для большинства профессионалов постиндустриального рынка. Вместе с тем оценить произведения искусства и технические решения на стадии их создания чрезвычайно сложно, поскольку риски убытков в сфере интеллектуальной собственности с ростом конкуренции на рынке информационных технологий остаются стабильно высокими.

Венчурный характер бизнеса продюсеров создает многоплановые угрозы, включающие криминальные проявления: мошенничество, отмывание доходов, полученных преступным путем, коррупционные деликты. Существенная вероятность творческих неудач и высокая вероятность злоупотребления творческими свободами обуславливают высокую ценность успеха творческих проектов. Представляется рациональным, что «методы, базирующиеся на оценке конкуренции и оценке полезности, предусматривают возможность гибкости цен на информационные товары и услуги, используя разнообразные системы скидок и надбавок: за новизну, дополнительные свойства, скидки корпоративным клиентам и др.»³⁵, вместе с тем формализовать стоимость объекта интеллектуальных прав до его выхода на рынок чрезвычайно сложно. Высокие цены на объекты интеллектуальной собственности отрицательно сказываются на праве доступа к высокотехнологичным объектам.

8. Права, смежные с авторскими, нередко оказываются более важными в плане обеспечения права доступа к произведению, чем исключительные права автора. В патентном праве проблема внедрения технического решения в производство всегда была центральной и, вероятно, всегда будет оставаться таковой. Смежные права в информационном обществе тесно связаны не только с исполнительским мастерством, но и с правами на недвижимое имущество³⁶. Известность и популярность исполнителей лишь отчасти определяют место произведения в культурной сфере жизни общества и ценность труда автора произведения. Затраты, известность и технические возможности кинокомпаний и студий звукозаписи нередко вносят решающий вклад в успех режиссеров, композиторов, актеров и музыкантов.

Концептуальным вопросом является возможность присвоения нематериальных результатов исполнительского мастерства, особенно неоднозначен ответ на этот вопрос в свете популярности подражаний и пародий. У массовой аудитории всегда присутствует естественное право доступа к творчеству тех, кто на основе чужой интеллектуальной собственности создает небезынтересные ей объекты смежных прав и производные произведения. Будет несправедливо лишать массовую аудиторию удовольствия ознакомиться с (возможно, и неудачными) попытками высмеивания и подражания творчеству авторов, исполнителей и продюсеров. Нет сомнений, что производные

³⁵ Процалыкина А. Н. Особенности ценообразования на информационные продукты и услуги // Бизнес. Образование. Право. 2014. № 2 (27). С. 34.

³⁶ Murray J. C. Options and Related Rights with Respect to Real Estate: An Update // Real Property, Trust and Estate Law Journal 2012. Vol. 47, № 1. P. 63–140.

произведения могут оказать влияние на доходы правообладателей первоначальных произведений, однако в ряде случаев непонятно, почему государство должно законодательно защищать предпринимателей от вероятности снижения прибыли из-за того, что конкуренты также проявили способности к эффективному взаимодействию с читателями, зрителями и другими пользователями интеллектуальной собственности.

9. Экстремистский дискурс вокруг интеллектуальной собственности всегда оказывает влияние на восприятие результатов творческой деятельности авторов. Право доступа к информации политического характера не должно ограничиваться под предлогом ее экстремистского содержания, напротив, запрещая преступную пропаганду, необходимо давать справедливую оценку экстремистским материалам, охраняя интересы представителей массовой аудитории от конкретных сообщений, представляющих критическую угрозу медиабезопасности. Экстремистские сообщества очевидно злоупотребляют свободой самовыражения³⁷, однако отдельным деятелям искусства свойственно протестное мышление, что имеет рациональное объяснение и жизненные примеры.

Эпиграммы и эпатаж не только лежат в правовом поле искусства, но и являются его интереснейшей частью. Эмоциональность киников и радикалов не следует отождествлять с преступными покушениями на конституционный строй. В культурологии доказана психологическая природа творческого протеста. Так, например, «нужен был неслыханный поступок, способный вернуть Мандельштаму самоуважение и привлечь всеобщее внимание. Таким поступком и стало написание стихотворения «Мы живем, под собою не чуя страны...»³⁸. В процессе анализа творчества Серебряного века обстоятельно аргументировано, что «Есенин и Мандельштам, преломляясь в пушкинских «Стансах» и в этом преломлении диссонируя с литературоведческими и околослитературоведческими трактовками личности и творчества Пушкина, мешают идеологической машине резко и быстро сделать Пушкина «своим», вылепить из него «нужный» образ»³⁹. В этом контексте можно констатировать точность наблюдений профессора Н. В. Разуваева за тем, как еще Платон «сурово осуждал гомеровскую поэзию»⁴⁰, однако очевидно, что подобное осуждение в информационном обществе не должно ограничивать право доступа массовой аудитории к дискуссионной информации.

10. Секьюритизация творчества происходит по двум направлениям. С одной стороны, доходы от интеллектуальной собственности могут способствовать перераспределению власти в структуре государственных органов и институтов гражданского общества⁴¹. С другой стороны, конкуренция между государствами и корпорациями в глобальном медийном пространстве может создать социально-политические условия, в которых существование национальной культуры в плоскости глобальной политики будет напрямую зависеть от конкурентоспособности национальных творческих проектов⁴². Развитие доктрины информационного суверенитета показывает, что верховенство власти и качество массовой информации находятся в непосредственной политической зависимости⁴³.

Участие экстремистских движений в создании мультимедийного контента также способствует секьюритизации медиасферы и ограничению доступа к информации на основе норм публичного права⁴⁴. Однако кризисные проявления в условиях неолиберализма подчеркивают значимость норм естественного права для устойчивого развития современного общества⁴⁵. Государственные институты, вторгаясь в пространство виртуального мира, могут рассчитывать на успех исключительно при условии того, что их действия будут восприняты медиасообществом как рациональные и

³⁷ Кириленко В. П., Алексеев Г. В. Актуальные проблемы противодействия преступлениям экстремистской направленности // Всероссийский криминологический журнал. 2018. Т. 12. № 4. С. 561–571.

³⁸ Галинская И. Л. Осип Мандельштам: «Я к смерти готов» // Культурология. 2007. № 2 (41). С. 51.

³⁹ Пяткин С. Н. Стансы как диалог с властью: Пушкин, Есенин, Мандельштам // Филологические науки. Вопросы теории и практики. 2014. № 8–1 (38). С. 152.

⁴⁰ Разуваев Н. В. Размышления о личностном самосознании в античной литературе // Платон. 2017. № 2. С. 20.

⁴¹ Кириленко В. П., Алексеев Г. В. Современная демократия и политические лидеры // Управленческое консультирование. 2018. № 7 (115). С. 17–31.

⁴² Алексеев Г. В., Колобова Е. Ю. Экономические и правовые аспекты сотрудничества и конкуренции в мировой киноиндустрии // Управленческое консультирование. 2014. № 12 (72). С. 67–78.

⁴³ Jordan T. Securitisation of the Internet. In *Information Politics: Liberation and Exploitation in the Digital Society*. London : Pluto Press, 2015. P. 98–119.

⁴⁴ Maguire M., Frois C., Zurawski N. (eds). *The Anthropology of Security: Perspectives from the Frontline of Policing, Counter-terrorism and Border Control*. London : Pluto Press, 2014.

⁴⁵ Кириленко В. П., Алексеев Г. В., Пацек М. Естественное право и кризис либерального правопорядка // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2019. Т. 10. № 1. С. 38–54.

справедливые в плане гарантии свободы доступа к информации. Медиабезопасность неразрывно связана с состоянием национальной экономики, так как качественные творческие проекты требуют существенных затрат ресурсов и высококвалифицированного труда.

Заключение. Право доступа и интеллектуальные права имеют общий объект правовой охраны — новые и оригинальные подходы к решению художественных, хозяйственных и технических задач. Реализация права доступа к информации затрагивает субъективную сторону в оценке новизны объектов интеллектуальных прав. Признание художественного или технического решения новым для определенных специалистов может сопровождаться тем, что для других членов профессионального сообщества данная технология будет банальной и самоочевидной. Более того, содержание интеллектуальных прав определяется не столько фактической новизной результатов интеллектуальной деятельности, сколько конструктивным вниманием зрительской аудитории, готовой оплачивать и потреблять объекты интеллектуальной собственности.

Модернизация в информационном обществе универсального права интеллектуальной собственности осуществляется в целях создания формальных норм, обеспечивающих более справедливые правовые коммуникации, основанные на гибкости и сбалансированности интересов всех сторон в правовом отношении⁴⁶ [11]. Взаимосвязи между правовыми институтами интеллектуальной собственности, виртуальных вещей (интернет вещей) и права доступа к информации отражают критический характер инфраструктуры знаний в современном обществе. Обеспечение медиабезопасности сопряжено с устойчивым развитием цифровой экономики, которая по мере роста испытывает все большую потребность в законодательной формализации тех норм и правил, по которым общественные отношения успешно складываются в виртуальном мире.

Учет интересов продюсеров, разработчиков программного обеспечения, активных пользователей ресурсов виртуального мира и других заинтересованных лиц при разработке национального законодательства отражает способность государства адаптироваться к новым реалиям цифровой эпохи. Несовершенные и несправедливые нормы могут оказывать депрессивное воздействие на развитие виртуальных структур в информационном обществе. Утрата конкурентной способности проектов национальной культуры на глобальном рынке интеллектуальной собственности наиболее явная и опасная угроза медиабезопасности развивающихся государств, однако и развитие государства не могут всецело полагаться на накопленный ранее культурный капитал.

Криминальные мотивы многих предпринимателей от искусства и принципиальное стремление к деконструкции государства и институтов гражданского общества со стороны экстремистских сообществ создают правовые условия, в которых аберрации законодательной и исполнительной власти в борьбе с очевидным злом приводят к угрозам устойчивому развитию. Право доступа к информации в открытом обществе гарантирует каждому его члену возможность пользоваться результатами технического и культурного прогресса, способствует развитию духа критического мышления, необходимого для дальнейшего прогресса, обеспечивает справедливость в социально-экономической оценке как законодательно признанных форм существования интеллектуальной собственности, так и тех ее новых объектов, которые неизбежно возникнут благодаря развитию технологий искусственного интеллекта.

Литература

1. Абашидзе А. Х., Маличенко В. С. Деятельность международных организаций по всеобщему обеспечению доступа к лекарственным средствам в условиях развития механизмов защиты прав интеллектуальной собственности // Московский журнал международного права. 2017. № 2 (106). С. 107–117.
2. Алексеев Г. В. Классификация информационных правоотношений // Информационное право. 2008. № 3. С. 9–12.
3. Алексеев Г. В. Расширение областей применения информационных технологий и информационная безопасность государства // Управленческое консультирование. 2017. № 5 (101). С. 8–19.
4. Алексеев Г. В., Колобова Е. Ю. Экономические и правовые аспекты сотрудничества и конкуренции в мировой киноиндустрии // Управленческое консультирование. 2014. № 12 (72). С. 67–78.
5. Архипов В. В. Виртуальное право: основные проблемы нового направления юридических исследований // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 2 (307). С. 93–114.
6. Архипов В. В., Лукьянов В. В., Наумов В. Б. Интеллектуальная собственность в инновационной деятельности российского университета: вопросы управления и перспективы развития законодательства // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2017. № 5 (334). С. 52–67.

⁴⁶ Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М. : Юриспруденция, 2014. 550 с.

7. Архипов В. В., Наумов В. Б. О некоторых вопросах теоретических оснований развития законодательства о робототехнике: аспекты воли и правосубъектности // Закон. 2017. № 5. С. 157–170.
8. Балканский А. А., Карпушина А. О., Корпан Л. М., Лавров А. В., Смолин А. А., Сопроненко Л. П. Дизайн человеко-компьютерных систем как новая профессиональная область деятельности // Век информации. 2018. Т. 1. № 2. С. 175–176.
9. Басалаева О. Г. Особенности взаимосвязи интеллектуальной культуры, искусственного интеллекта и творческого процесса // Вестник Кемеровского государственного университета культуры и искусств. 2017. № 40. С. 140–145.
10. Войниканис Е. А. Обеспечение свободного доступа к информации как направление правовой политики и его влияние на парадигму интеллектуальных прав // Государство и право. 2015. № 5. С. 103–105.
11. Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М. : Юриспруденция, 2014. 550 с.
12. Волкова И. И. Игровые форматы мультимедийной журналистики // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Литературоведение, журналистика. 2014. № 1. С. 105–112.
13. Волкова И. И. Компьютерные игры и новые медиа: игровой подход к коммуникациям в виртуальном пространстве // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Литературоведение, журналистика. 2017. Т. 22. № 2. С. 312–320.
14. Галинская И. Л. Осип Мандельштам: «Я к смерти готов» // Культурология. 2007. № 2 (41). С. 50–52.
15. Гринь Е. С., Алексеева В. А. Организатор создания сложного объекта интеллектуальных прав: проблемы теории и практики // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 7 (92). С. 123–128.
16. Кириленко В. П., Алексеев Г. В. Актуальные проблемы противодействия преступлениям экстремистской направленности // Всероссийский криминологический журнал. 2018. Т. 12. № 4. С. 561–571.
17. Кириленко В. П., Алексеев Г. В. Политические технологии и международный конфликт в информационном пространстве Балтийского региона // Балтийский регион. 2018. Т. 10. № 4. С. 20–38.
18. Кириленко В. П., Алексеев Г. В. Современная демократия и политические лидеры // Управленческое консультирование. 2018. № 7 (115). С. 17–31.
19. Кириленко В. П., Алексеев Г. В., Пацек М. Естественное право и кризис либерального правопорядка // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2019. Т. 10. № 1. С. 38–54.
20. Колобова Е. Ю. Система государственной поддержки кинематографии как условие развития рыночной среды кинозрелищных услуг // Петербургский экономический журнал. 2017. № 3. С. 140–154.
21. Лебедь В. В. Мультимедийные продукты в условиях адаптации французских законов об авторском праве к информационным реалиям // Государство и право. 2014. № 5. С. 72–77.
22. Прошлякина А. Н. Особенности ценообразования на информационные продукты и услуги // Бизнес. Образование. Право. 2014. № 2 (27). С. 34–38.
23. Пяткин С. Н. Стансы как диалог с властью: Пушкин, Есенин, Мандельштам // Филологические науки. Вопросы теории и практики. 2014. № 8–1 (38). С. 152–156.
24. Разуваев Н. В. Государство как правовая конструкция // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2016. № 2 (325). С. 110–121.
25. Разуваев Н. В. Размышления о личностном самосознании в античной литературе // Платон. 2017. № 2. С. 20–33.
26. Талимончик В. П. Международная охрана авторского права в телевидении // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право. 2016. № 3. С. 50–64.
27. Талимончик В. П. Право человека на информацию: международно-правовые аспекты // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2009. № 5 (286). С. 13–23.
28. Цуканова Е. Ю., Скопенко О. Р. Правовые аспекты ответственности за причинение вреда роботом с искусственным интеллектом // Вопросы российского и международного права. 2018. Т. 8. № 4а. С. 42–48.
29. Шустрова О. И. Киборг как произведение искусства мультимедиа (к проблеме расширения человека) // Вестник Санкт-Петербургского университета. Искусствоведение. 2011. № 1. С. 110–115.
30. Bors C., Christie A., Gervais D., Clayton E. W. Improving Access to Medicines in Low-Income Countries: A Review of Mechanisms // The Journal of World Intellectual Property 2015. Vol. 18. Iss. 1–2. P. 1–28.
31. Costigan J. S., Lindstrom G. Policy and the Internet of Things // Connections 2016. Vol. 15. № 2. P. 9–18.
32. Dovey J. Copyright as Censorship-Notes on “Death Valley Days” // Screen 1986. Vol. 27. Iss. 2. P. 52–56.
33. Gershenfeld N., Krikorian R., Cohen D. The Internet of Things // Scientific American 2004. Vol. 291. № 4. P. 76–81.
34. Gervais D. J. The Economics of Collective Management / Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law: Vol 1: Theory. Vol 2: Analytical Methods / eds. Ben Depoorter, David Schwartz, Peter S. Menell. 2019. 1512 p.
35. Gervais D. J. The Machine as Author // Iowa Law Review. Vol. 105, 2019. P. 1–61.
36. Gervais D. J. (Re)structuring Copyright: A Comprehensive Path to International Copyright Reform. Edward Elgar Publishing, 2017. 384 p.
37. Jordan T. Securitisation of the Internet. In Information Politics: Liberation and Exploitation in the Digital Society. London : Pluto Press, 2015. P. 98–119.
38. Kostova N. (Re)structuring Copyright: A Comprehensive Path to International Copyright Reform by Daniel J. Gervais // International Journal of Law and Information Technology 2018. Vol. 26. Iss. 2. P. 185–188.
39. Lastowka G. Virtual Justice: The New Laws of Online Worlds. Yale University Press, 2011. 241 p.
40. Maguire M., Frois C., Zurawski N. (eds). The Anthropology of Security: Perspectives from the Frontline of Policing, Counter-terrorism and Border Control. London : Pluto Press, 2014.

41. Murray J. C. Options and Related Rights with Respect to Real Estate: An Update // Real Property, Trust and Estate Law Journal 2012. Vol. 47. № 1. P. 63–140.
42. Naumov V. B., Arkhipov V. V. Pervasive Legal Problems of the Internet of Things and the Limits of Law: Russian Perspective // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2018. Т. 13. № 6. С. 94–123.
43. Ornes S. The Internet of Things and the Explosion of Interconnectivity // Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America 2016. Vol. 113, № 40. P. 11059–11060.
44. Shepherd E. Freedom of Information, Right to Access Information, Open Data: Who is at the Table? // The Round Table. The Commonwealth Journal of International Affairs 2015. Vol. 104, Iss. 6: Freedom of Information in the Commonwealth. P. 715–726.

References

1. Abashidze A. Kh., Malichenko V. S. The activities of international organizations on universal access to medicines in the development of mechanisms for the protection of intellectual property rights [Deyatelnost mezhdunarodnih organizatsiy po vseobshchemu obespecheniyu dostupa k lekarstvennim sredstvam v usloviyah razvitiya mekhanizmov zaschiti prav intellektualnoy sobstvennosti] // Moscow Journal of International Law. 2017. № 2 (106). P. 107–117. (In rus)
2. Alekseev G. V. Classification of information relations [Klassifikatsiya informatsionnih pravootnosheniy] // Information law. 2008. № 3. P. 9–12. (In rus)
3. Alekseev G. V. Extension of Information Technology's Application Areas and Information Security of the State. [Rasshirenie oblastey primeneniya informatsionnih tekhnologiy i informatsionnaya bezopasnost gosudarstva] // Administrative consulting. 2017. № 5 (101). P. 8–19. (In rus)
4. Alekseev G. V., Kolobova E. Yu. Economic and legal aspects of cooperation and competition in the global film industry [Ekonomichekieskie i pravovie aspekty sotrudnichestva i konkurentsii v mirovoy kinoindustrii] // Administrative consulting. 2014. № 12 (72). P. 67–78. (In rus)
5. Arkhipov V. V. Virtual law: the main problems of the new direction of legal research [Virtualnoe parvo: osnovnye problem novogo napravleniya yuridicheskikh issledovaniy] // News of higher educational institutions. Jurisprudence [Izvestiya visshih uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie] 2013. № 2 (307). P. 93–114. (In rus)
6. Arkhipov V. V., Lukyanov V. V., Naumov V. B. Intellectual property in the innovation activities of the Russian university: management issues and prospects for the development of legislation [Intellektualnaya sobstvennost v innovatsionnoy deyatelnosti rossiyskogo universiteta: voprosy upravleniya i perspektivy razvitiya zakonodatelstva] // News of higher educational institutions. Jurisprudence [Izvestiya visshih uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie] 2017. № 5 (334). P. 52–67. (In rus)
7. Arkhipov V. V., Naumov V. B. On some issues of theoretical foundations of the development of legislation on robotics: aspects of the will and legal personality [O nekotorykh voprosakh teoreticheskikh osnovaniy razvitiya zakonodatelstva o robototekhnike: aspekty voli i pravosub'ektnosti] // Law. 2017. № 5. P. 157–170. (In rus)
8. Balkansky A. A., Karpushina A. O., Korpan L. M., Lavrov A. V., Smolin A. A., Sopronenko L. P. Design of human-computer systems as a new professional field of activity [Dizain cheloveko-kompyuternykh sistem kak novaya professionalnaya oblast deyatelnosti] // Information Age [Vek informatsii]. 2018. Т. 1. № 2. P. 175–176. (In rus)
9. Basalaeva O. G. Features of the relationship of intellectual culture, artificial intelligence and the creative process [Osobennosti vzaimosvyazi intellektualnoy kultury, iskusstvennogo intellekta i tvorcheskogo processa] // Bulletin of the Kemerovo State University of Culture and Arts [Vestnik Kemerovskogo gosudarstvennogo universiteta kultury i iskusstv]. 2017. № 40. P. 140–145. (In rus)
10. Voynikanis E. A. Providing free access to information as a direction of legal policy and its influence on the paradigm of intellectual rights [Obespechenie svobodnogo dostupa k informatsii kak napravlenie pravovoy politiki i ego vliyaniye na paradigmu intellektualnykh prav] // State and law. 2015. № 5. P. 103–105. (In rus)
11. Voynikanis E. A. Intellectual property law in the digital age: a paradigm of balance and flexibility [Pravo intellektualnoy sobstvennosti v cifrovuyu epokhu: paradigma balans i gibkosti]. M. : Jurisprudence, 2014. 550 p. (In rus)
12. Volkova I. I. Game formats of multimedia journalism [Igrovie formaty multimedijnoy zhurnalistiki] // RUDN Journals of studies in literature and journalism. Series: Literary Studies, Journalism. 2014. № 1. P. 105–112. (In rus)
13. Volkova I. I. Computer games and new media: a gaming approach to communications in the virtual space [Komp'yuternie igry i novye media: igrovoy podhod k kommunikatsiyam v virtualnom prostranstve] // RUDN Journals of studies in literature and journalism. 2017. V. 22. № 2. P. 312–320. (In rus)
14. Galinska I. L. Osip Mandelstam: "I am ready for death" ["Ya k smerti gotov"] // Culturology. 2007. № 2 (41). P. 50–52. (In rus)
15. Grin E. S., Alekseeva V. A. Organizer of the creation of a complex object of intellectual rights: problems of theory and practice [Organizator sozdaniya slozhnogo ob'ekta intellektualnykh prav: problem teorii i praktiki] // Actual problems of Russian law. 2018. № 7 (92). P. 123–128. (In rus)
16. Kirilenko V. P., Alekseev G. V. Actual problems of extremist crime counteraction // All-Russian Criminological Journal. 2018. Vol. 12. № 4. P. 561–571.
17. Kirilenko V. P., Alekseev G. V. Political technologies and international conflict in the information space of the Baltic sea region // Baltic region. 2018. Vol. 10. № 4. P. 20–38.
18. Kirilenko V. P., Alekseev G. V. Modern democracy and political leaders [Sovremennaya demokratiya i politicheskie lidery] // Administrative consulting. 2018. № 7 (115). P. 17–31. (In rus)

19. *Kirilenko V. P., Alekseev G. V., Pacek M.* Natural Law and the Crisis of the Liberal legal Order [Estestvennoe parvo i krizis liberalnogo pravoporyadka] // Vestnik of Saint Petersburg University. Law. 2019. Vol. 10. № 1. P. 38–54. (In rus)
20. *Kolobova E. Yu.* The system of state support of cinematography as a condition for the development of the market environment of cinema services [Sistema gosudarstvennoj podderzhki kinematografii kak uslovie razvitiya rinochnoj sredi kinozrelishchnih uslug] // Petersburg Economic Journal. 2017. № 3. P. 140–154. (In rus)
21. *Lebed V. V.* Multimedia products in terms of the adaptation of French copyright laws to informational realities [Multimedijniye produkti v usloviyah adaptacii francuzskih zakonov ob avtorskom prave k informacionnim realiyam] // State and law. 2014. № 5. P. 72–77. (In rus)
22. *Proshchalykina A. N.* Features of pricing for information products and services [Osobennosti cenoobrazovaniya na informacionniye produkti i uslugi] // Business. Education. Right. 2014. № 2 (27). P. 34–38. (In rus)
23. *Pyatkin S. N.* Stansy as a dialogue with the authorities: Pushkin, Yesenin, Mandelstam [Stansi kak dialog s vlastyu: Pushkin, Esenin, Mandelshtam] // Philological Sciences. Questions of theory and practice. 2014. № 8–1 (38). P. 152–156. (In rus)
24. *Razuvayev N. V.* The state as a legal construct [Gosudarstvo kak pravovaya konstrukciya] // News of higher educational institutions. Jurisprudence. 2016. № 2 (325). P. 110–121. (In rus)
25. *Razuvayev N. V.* Reflections on personal identity in ancient literature [Razmishleniya o lichnostnom samosoznanii v antichnoy literature] // Platon. 2017. № 2. P. 20–33. (In rus)
26. *Talimonchik V. P.* International protection of copyright in telecasting // Vestnik of Saint Petersburg University. Law. 2016. № 3. P. 50–64. (In rus)
27. *Talimonchik V. P.* The human right to information: international legal aspects [Pravo cheloveka na informaciyu: mezhdunarodno-pravoviye aspekti] // News of higher educational institutions. Jurisprudence. 2009. № 5 (286). P. 13–23. (In rus)
28. *Tsukanova E. Yu., Skopenko O. R.* Legal aspects of liability for causing harm to a robot with artificial intelligence [Pravovie aspekti otvetstvennosti za prichinenie vreda robotom s iskusstvennim intellektom] // Questions of Russian and international law. 2018. Vol. 8. № 4a. P. 42–48. (In rus)
29. *Shustrova O. I.* Cyborg as a work of multimedia art (to the problem of human expansion) [Kiborg kak proizvedeniye iskusstva multimedia (k probleme rasshireniya cheloveka)] // Vestnik Saint Peterburg University. Arts. 2011. № 1. P. 110–115. (In rus)
30. *Bors C., Christie A., Gervais D., Clayton E. W.* Improving Access to Medicines in Low-Income Countries: A Review of Mechanisms // The Journal of World Intellectual Property 2015. Vol. 18. Iss. 1–2. P. 1–28.
31. *Costigan S. S., Lindstrom G.* Policy and the Internet of Things // Connections 2016. Vol. 15. № 2. P. 9–18.
32. *Dovey J.* Copyright as Censorship-Notes on “Death Valley Days” // Screen 1986. Vol. 27. Iss. 2. P. 52–56.
33. *Gershenfeld N., Krikorian R., Cohen D.* The Internet of Things // Scientific American 2004. Vol. 291. № 4. P. 76–81.
34. *Gervais D. J.* The Economics of Collective Management / Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law. Vol. 1: Theory Vol. 2: Analytical Methods / eds. Ben Depoorter, David Schwartz, Peter S. Menell. 2019. 1512 p.
35. *Gervais D. J.* The Machine As Author // Iowa Law Review. Vol. 105, 2019. P. 1–61.
36. *Gervais D. J.* (Re)structuring Copyright: A Comprehensive Path to International Copyright Reform. Edward Elgar Publishing, 2017. 384 p.
37. *Jordan T.* Securitisation of the Internet. In Information Politics: Liberation and Exploitation in the Digital Society. London : Pluto Press, 2015. P. 98–119.
38. *Kostova N.* (Re)structuring Copyright: A Comprehensive Path to International Copyright Reform by Daniel J. Gervais // International Journal of Law and Information Technology 2018. Vol. 26. Iss. 2. P. 185–188.
39. *Lastowka G.* Virtual Justice: The New Laws of Online Worlds. Yale University Press, 2011. 241 p.
40. *Maguire M., Frois C., Zurawski N.* (eds). The Anthropology of Security: Perspectives from the Frontline of Policing, Counter-terrorism and Border Control. London : Pluto Press, 2014.
41. *Murray J. C.* Options and Related Rights with Respect to Real Estate: An Update // Real Property, Trust and Estate Law Journal 2012. Vol. 47, № 1. P. 63–140.
42. *Naumov V. B., Arkhipov V. V.* Pervasive Legal Problems of the Internet of Things and the Limits of Law: Russian Perspective // Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences [Trudy Instituta gosudarstva i prava Rossiyskoy akademii nauk]. 2018. Vol. 13. No. 6. P. 94–123.
43. *Ornes S.* The Internet of Things and the Explosion of Interconnectivity // Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America 2016. Vol. 113, № 40. P. 11059–11060.
44. *Shepherd E.* Freedom of Information, Right to Access Information, Open Data: Who is at the Table? // The Round Table. The Commonwealth Journal of International Affairs 2015. Vol. 104. Iss. 6: Freedom of Information in the Commonwealth. P. 715–726.

Дуализм права: исторический анализ, современные тенденции, сочетание частных и публичных начал в гражданском праве

Трегубов Михаил Владимирович

кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой правоведения СЗИУ РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация; tregubov-mv@ranepa.ru

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена восприятию частного и публичного права в традиции романо-германской правовой семьи. С использованием формально-логического, социолого-правового и ретроспективного методов исследования проводится изучение трансформации взглядов на основания разграничения права частного и права публичного, анализируются современные тенденции развития научной мысли по проблеме дихотомии права, рассматривается сочетание частных и публичных начал в гражданском праве. Делается вывод о развитии в современных юридических системах России и Европы двух взаимосвязанных процессов — «публицизация» частного права и «коммерциализация» публичного.

Ключевые слова: дихотомия права, частное право, публичное право, теория конвергенции частного и публичного права, сочетание частных и публичных начал в гражданском праве

Dichotomy of Law: Historical Analysis, Current Trends, a Combination of Private and Public Principles in Civil Law

Tregubov Michail Vladimirovich

PhD in Jurisprudence, Associate Professor, Head of the Chair of Jurisprudence of North-West Institute of Management — Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Saint-Petersburg, Russian Federation; tregubov-mv@ranepa.ru

ABSTRACT

The article is devoted to the perception of private and public law in the tradition of the Romano-German legal family. With the use of formal-logical, sociological-legal and retrospective methods of research the author studies the transformation of views on the grounds of differentiation of private and public law, analyzes the current trends in the development of scientific thought on the problem of dichotomy of law, the combination of private and public principles in civil law is studied. The conclusion is made about the development of two interrelated processes in the modern legal systems of Russia and Europe — “publicization” of private law and “commercialization” of public law.

Keywords: dichotomy of law, private law, public law, convergence theory of private and public law, combination of private and public principles in civil law

Доктрина дуализма права, как присущее романо-германской (континентальной) правовой семье разделение права на частное и публичное, на протяжении всей истории своего существования вызывала многочисленные дискуссии, порождала различные теории и концепции, являлась предметом научного интереса многих ученых-правоведов. Внимание к вопросу о наиболее правильном, удачном, методологически обоснованном критерии разграничения права частного и права публичного в зависимости от исторической эпохи то ослабевало, то вспыхивало с новой силой и в настоящее время, наряду с проблемой поиска баланса сочетания частных и публичных начал, вновь вызывает пристальный интерес научного сообщества.

К настоящему времени юридическая наука создала огромное количество теорий, сформировались целые школы, но единства мнений по вопросу о необходимости и практической значимости деления права на частное и публичное, а тем более о критерии такого разграничения, достигнуто не было.

Идея о делении права на частное и публичное зародилась в структуре римского права, сформировавшегося в V в. до нашей эры в Древнем Риме и традиционно связывается с трудами древнеримского юриста Д. Ульпиана, который в основу деления права положил понятие интереса: публичное право — это то, которое имеет в виду интересы государства как целого, а частное право — то, которое имеет в виду интересы индивида как такового (“publicum jus est quod ad statum rei romane spectat privatum quod ad singulorum utilitatem”)¹. По нашему мнению, хотя в вы-

¹ Голубцов В. Г. Соотношение публичного и частного права в России: исторический аспект // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2008. № 1 (1). С. 59.

сказываниях Ульпиана, Аристотеля и Демосфена имелись отдельные положения о рассмотрении права с двух точек зрения, деление права на частное и публичное системного характера не носило и использовано должно было быть для удобства изучения права, а вовсе не для практического применения.

Юридическая система древних римлян, не имевшая в то время аналогов, была в той или иной мере унаследована рядом государств, сформировавшихся после распада Римской империи. Несмотря на то, что в период раннего Средневековья официальное и обычное право государств континентальной Европы существенно потеснило позиции римского права, начиная с XII в. юридическое университетское образование в европейских странах практически полностью базируется на исследовании наследия римской юридической традиции, где особое внимание уделяется Дигестам — обширному собранию высказываний римских юристов о правовых аспектах собственности, завещаний, договоров, деликтов, о преступлении и наказании, а также праве городов². Было перцепировано и деление права на публичное и частное, в основе которого стала базироваться общая концепция: правоотношения, складывающиеся в сфере публичного права и частного права, различны по своей сути и требуют разных способов регламентации и регулирования. Методика обучения, основанная на рецепции римского права, постепенно формировала у юристов правосознание, базирующееся на постулате дихотомии права, который стал базисом для романо-германской правовой семьи.

В период с конца XVII — начала XVIII вв. доктрина о разделении права на публичное и частное активно исследуется учеными Западной Европы, где дуализм права стал символом отделения зарождающегося гражданского общества от государственных институтов. Цитирование классического термина Ульпиана более не отвечает потребностям развития юридической мысли, обусловленного влиянием эпохи Просвещения и в дальнейшем Великой французской революции. В XIX в. западные ученые-цивилисты решительно противопоставляют публичное право частному, государство — гражданскому обществу, видя в частном праве источник свободы индивида от диктатуры государства.

Стремление четко структурировать право на подсистемы частного и публичного, присущее германским ученым XIX–XX вв., затронуло и русское научное сообщество, которое вплоть до известных событий 1917 г. активно исследовало доктрину деления права на публичное и частное.

К XX в. общей теорией права было разработано значительное количество теоритических конструкций, формулирующих критерии разграничения права или отрицающих необходимость такого разделения.

В рамках позитивистской теории основанием демаркации права на публичное и частное выступал предмет и метод правового регулирования. В ведении частного права находилось регулирование правоотношений в сфере интересов частных лиц, как физических, так и юридических, то есть общественные отношения между формально равными субъектами, выражающие их личный интерес, с преобладанием диспозитивного метода правового регулирования, основанного на учете инициативы участников регулируемых отношений, их самостоятельности в выборе вариантов действий.³ Публичное право занималось регулированием общественных отношений, отражающих интерес государства и общества, с преобладанием императивного метода правового регулирования, строго обязательного, не допускающего отступлений от требований юридического установления.

Французский юрист Л. Дюги (1859–1928), рассматривая вопрос о дуализме права через призму солидаризма, высказывал уверенность в неуклонной, неотвратимой смене частноправовых начал принципами публичного права и, как следствие, превращении всего права в публичное.⁴

Представитель социологической теории позитивизма Н. М. Коркунов (1853–1904), отрицая интерес как приемлемый критерий разграничения права, видит отличие между правом публичным и правом частным в различии их дуальной юридической формы — поделения объекта, как установления разграничения «моего» и «твоего» и приспособления объекта к совместному осуществлению разграничиваемых интересов. «Нетрудно доказать, — писал Н. М. Коркунов, — что, основывая различие частного и публичного на различии поделения и приспособления, мы легко можем объяснить существование частных прав и у государства. Если государству предоставляется власть над данным объектом ради его приспособления к пользованию — это право публичное: таково право государства на дороги. Если же, напротив, данный объект предоставляется государству

² Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М. : Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА. 1998. С. 127–128.

³ Васильев О. Д. Проблемы разделения права на публичное и частное в русской позитивистской теории права в конце XIX — начале XX вв.: дис. ... канд. юрид. наук. Благовещенск. 1999. 142 с.

⁴ Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени кодекса Наполеона / под ред. и с предисл.: А. Г. Гойхбарг, пер.: М. М. Сиверс. М. : Гос. изд-во. 1919. 110 с.

только для пользования самим правительством ради извлечения из него средств для приспособления других объектов — это право частное: таково право государства на государственное имущество, доходы с которого идут на удовлетворение тех или других задач государственного управления»⁵. Частное право, распределяя объекты в частное обладание, разрешает субъекту определить способ пользования ими по свободному усмотрению, то есть регулирует не потребление и производство, а только распределение, тогда как публичное право, приспособлявая объект к совместному пользованию, регулирует и потребление, и производство.

Известный русский ученый К. Д. Кавелин (1818–1885) не признавал традиционный для римской юридической мысли дуализм права по признаку частного или общественного интереса, поскольку отрицал принципиальную возможность проведения четкой границы между публичным и частным правом. «Нельзя себе представить, — писал К. Д. Кавелин, — ни одного юридического отношения, — как бы оно незначительно ни казалось, как бы оно, по-видимому, не ограничивалось исключительно одним или несколькими частными лицами, которое бы, хотя косвенно, хотя в самой малой степени, не касалось общественного быта, не имело на него никакого влияния. Частный быт, частные отношения заключаются в общественном, вне его не существуют, не мыслимы, а потому и не могут не иметь на него никакого действия; точно так же частные отношения, существуя в обществе, сами неизбежно находятся под влиянием общественного быта. Отсюда непрерывное взаимодействие частных и публичных элементов, хотя оно редко выступает наружу и бросается в глаза, а обыкновенно совершается в тиши, незаметно для наблюдателя, и обнаруживается только в своих действиях и результатах»⁶. Таким образом можно говорить лишь о разумном балансе и соразмерном сочетании данных элементов. Отыскать баланс между частным и публичным, по мнению К. Д. Кавелина, представляется задачей нетривиальной, поскольку, на первый взгляд, даже договор между двумя гражданами имеет приватный характер. Однако нельзя отрицать и тот факт, что подобная сделка всегда имеет и публичную сторону, поскольку ее предметом может стать вещь, ограниченная к гражданскому обороту или изъятая из него, что придает ей общественное значение. Тем самым грань между частными и публичными интересами может нарушиться и «невозможно с полной уверенностью утверждать об исключительности частного либо публичного характера правового регулирования гражданских отношений, но можно говорить об их паритетном сочетании»⁷.

Представитель исторической школы права Ф. К. Савиньи предлагал разграничивать частное и публичное право по целевому признаку, хотя понятие цели не разработал. В публичном праве отдельный человек играет лишь подчиненную роль, поскольку целью является целое, зато в частном праве «отдельный человек является целью сам по себе, и всякое правоотношение относится к его существованию или особому состоянию как средство», писал в 1840 г. Фридрих Карл фон Савиньи⁸.

Основоположник теории императивов, известный германский цивилист и теоретик права Август Тон (1839–1912) в качестве критерия разграничения публичного и частного права предложил использовать метод правового регулирования: если охрана предоставляется исключительно по требованию лица, чье право нарушено, то это право следует признать частным; если же нарушенное право охраняется только по инициативе государства, даже помимо воли потерпевшего лица, то это сфера права публичного⁹.

Широко известное высказывание В. И. Ленина о непризнании ничего частного в хозяйстве, высказанная от лица коммунистической партии, на долгие годы определило позицию советских ученых по данной проблематике. Однако нельзя сказать, что в советский период теоретические разработки по дуализму права не велись совсем. Еще в 1920 г., исследуя ценность частного права для общества и индивидуума, взаимодействие права частного с правом публичным, профессор М. М. Агарков предлагает классифицировать все существующие на тот момент теории по четырем группам: теории материального критерия, теории формального критерия, теории, объединяющие два первых критерия, и теории, отрицающие дуализм системы права.¹⁰

⁵ Коркунов М. Н. Курс лекций. СПб. : Юридический центр-Пресс. 2004. С. 162.

⁶ Кавелин К. Д. Гражданское право. История русского судостроительства. М. : Юрайт. 2018. С. 2, 12, 38.

⁷ Анисимов А. П. Гражданское право России. Общая часть: учебник для академического бакалавриата / А. П. Анисимов, А. Я. Рыженков, С. А. Чаркин; под общ. ред. А. Я. Рыженкова. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт. 2016. С. 38.

⁸ Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени кодекса Наполеона / под ред. и с предисл.: А. Г. Гойхбарг, пер.: М. М. Сиверс. М. : Гос. изд-во. 1919. С. 67.

⁹ Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики: монография. М. : Норма: ИНФРА-М. 2015. 240 с.

¹⁰ Агарков М. М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 1. С. 25–41.

Советский ученый-цивилист Б. Б. Черепахин, развивая идеи М. М. Агаркова, в 1926 г. публикует работу «К вопросу о частном и публичном праве», где анализирует основные направления научной мысли по вопросу о том, где проходит демаркационная линия между частным и публичным правом, и приходит к выводу, что в основу разграничения должен быть положен формальный критерий — разграничение должно проводиться в зависимости от способа построения и регулирования юридических отношений. Таким образом, полагает Б. Б. Черепахин, «частноправовое отношение построено на началах координации субъектов, частное право представляет собой систему децентрализованного регулирования жизненных отношений. Публично-правовое отношение построено на началах субординации субъектов, публичное право представляет собой систему централизованного регулирования жизненных отношений».¹¹ Теории же материального критерия исходят из того, что мерилom разграничения частного и публичного права служит, во-первых, ответ на вопрос, чей именно интерес — государства или человека — является предметом регулирования; во-вторых, какие именно интересы защищают нормы права — имущественные или личные. Изменчивость содержания правовых норм и отношений, вызываемая социальными, политическими, экономическими переменами в обществе, не позволяет отыскать такой материальный критерий, который бы выдержал испытание с историко-догматической точки зрения, что делает, по мнению Б. Б. Черепяхина, идеи сторонников данного критерия несостоятельными.

Возрождение интереса к рассматриваемой проблематике в российском научном мире произошло в 90-е гг. на фоне политических процессов перестройки, активного развития институтов гражданского общества и попыток встроить в советскую систему права нехарактерные для него нормы западной цивилистики. На волне глобальных социально-экономических изменений взаимодействие частного и публичного права в России начиная с 90-х гг. приобретает новые грани. Так, Указом Президента РФ от 07.07.1994 № 1473 утверждается Программа «Становление и развитие частного права в России» (далее — Программа), положения которой предписывают принятие мер по возрождению и развитию частного права. В Программе подчеркивается, что на смену правовой системе тоталитарного прошлого, где основой было огосударствление экономики, приходит регулирование отношений на основе общепризнанных в мире принципов частного права: независимости и автономии личности, признания и защиты частной собственности, свободы договора. Поскольку частное право не стало обычным для юридической практики и не вошло в сознание участников экономических отношений, необходимо принять ряд мер для создания законодательных основ частноправовых отношений. К числу таких мер относятся: разработка гражданского кодекса и других актов гражданского законодательства (законы о регистрации юридических лиц, регистрации недвижимости и сделок с ней, об акционерных обществах, об ипотеке и т. п.) как основного источника частного права в России; подготовка специалистов в области частного права.

Термины «частное» и «гражданское» право в Программе используется в качестве синонимов. Отождествление данных понятий широко используется в юридической науке, но, на наш взгляд, с таким подходом нельзя согласиться, поскольку подобное искусственное смешение нивелирует критерии индивидуализации отраслей права и искажает идею разграничения частного права и публичного. Полагаем, уместнее будет говорить о сочетании частных и публичных начал в гражданском праве, понимая под гражданским правом отрасль частного права, включающую в себя право лиц, физических и юридических (в той мере, в которой оно регулирует их правоспособность), право обязательств и договоров, право собственности, право наследования, а также личные неимущественные права.

Возвращаясь к течениям правовой мысли в России с начала 90-х гг., отметим, что возврат к идеям верховенства права, приоритета прав и свобод человека и гражданина активизировал интерес к частному праву. Публичное право, отождествляемое с государственным, подверглось серьезному критическому осмыслению. У истоков исследования современных проблем публичного права и зарождения научной школы публичного права в 1995 г. стоял советский и российский ученый-правовед Ю. А. Тихомиров. Ученый призывал отказаться от противопоставления частного и публичного права, поскольку они органически связаны и взаимодействуют между собой. Подчеркивая исторически подтвержденную подвижность границ между публичным и частным правом, пагубность явного превалирования или публичного, или частного права, Ю. А. Тихомиров термин «публичное право» предлагает воспринимать целостно, как специфику «права в общественно значимой сфере, т. е. в той сфере, от которой зависят существование, функционирование, развитие

¹¹ Тихомиров Ю. А. Публичное право. Учебник. М. : БЕК. 1995. С. 33.

и общества, и государства, и организованных групп, корпораций, объединений, и граждан». ¹² «Публичное право, — пишет ученый, — охватывает многие сферы. Это — устройство государства и власти, сферы управления и организации самоуправления, выражение публичного интереса как суммарного, усредненного социального интереса в каждой из сфер — экономической, социальной и др. Это — общепризнанное целеполагание для действий всех субъектов права, формирование основ и поддержание функционирования правовой системы, обеспечение единых принципов правотворчества и правоприменения». ¹³

Развивая идеи о дополнении и взаимодействии структур частного и публичного права Н. М. Коршунов разработал теорию конвергенции. Суть теории — в признании взаимодействия между самостоятельными ветвями права — частным и публичным при отсутствии их взаимопроникновения и тем более поглощения одного другим. Обладающие общими системными признаками и специфическими особенностями частное и публичное право взаимодействуют «посредством сочетания частноправовых и публично-правовых методов их регулирования», то есть в сфере публичного права возможно использование договорных методов (например, государственно-частное партнерство), а для реализации некоторых частных субъективных юридических прав возможно установление особой процедуры (например, государственная регистрация актов гражданского состояния, государственная регистрация юридических лиц, государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним, лицензирование отдельных видов деятельности). ¹⁴ Взаимодействуя, обе ветви права всецело сохраняют свои специфические особенности, системные признаки и юридическую сущность. Выступая с критикой теории конвергенции, Т. А. Солодовниченко отметила, что использование в качестве единственного объективного критерия разграничения метода правового регулирования (частноправового или публично-правового) исключает возможность взаимопроникновения частного и публичного права. Данная позиция представляется спорной. ¹⁵ Конечно, трудно отрицать, что в качестве оптимального критерия отграничения права публичного от права частного исключительно метод правового регулирования подходит мало. С этим соглашается и сам Н. М. Коршунов, делая вывод, что в современном мире «чистых» публичных или частных отраслей права не существует, а значит, логичным будет признать теорию конвергенции частного и публичного права как обеспечивающую баланс понимания границ частного и публичного в праве.

Обращаясь к вопросу о конвергенции частных и публичных начал в современном гражданском праве, мы видим активное вторжение публичного в область частного. Хотя в период разработки ГК РФ, базируясь на постулате, что гражданское право — это только частное право, неоднократно обсуждалась необходимость отказа от сохранения публичного интереса, то есть от норм, учитывающих интересы государства и всего общества, и категорично настаивать на исключительно частноправовой природе гражданского права в нынешних реалиях по меньшей мере наивно.

Не оспаривая позицию С. Алексеева, который считал, что «до тех пор, пока гражданское законодательство, законы о собственности, предпринимательстве, все аналогичные законы не будут признаны и конституированы в общественном и юридическом бытии в качестве частного права, у нас не будет действительной частной собственности, предпринимательства, частной инициативы, права крестьян на землю» ¹⁶, вспомним, что «публицизация» в гражданском праве существовала в той или иной степени всегда, во всех странах. Изначально такое положение было связано с возможностью государства гарантировать само применение частного права, а частные лица свободно могли заключать договора как угодно и с кем угодно. С течением времени роль публичного права возрастает. Являясь основой управления в государстве, выражая базовые принципы устройства общества и статуса человека и гражданина, оно выражает отношения взаимозависимости членов общества и гарантирует жизнеспособность структуры, поскольку за индивидуальными, эгоистичными интересами не всегда удается разглядеть общественно-значимую цель.

Поэтому в гражданском праве как России, так и других стран существуют положения публично-правовой природы. Это проявляется: 1) в купировании принципа свободы договора — оговаривается запрет на отказ лица от заключения публичного договора, обязательность заключения договора для стороны, которой направлена оферта, предусматриваются обязательные контракты

¹² Солодовниченко Т. А. Критическая оценка теории конвергенции частного и публичного права // Вестник ОмГУ. Серия: Право. 2018. № 2 (55). С. 28.

¹³ Там же.

¹⁴ Коршунов Н. М. Указ. соч.

¹⁵ Богданов Е. Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве // Российская юстиция. 2000. № 4. С. 23–24.

¹⁶ Васильев О. Д. Проблемы разделения права на публичное и частное в русской позитивистской теории права в конце XIX — начале XX вв.: дис. ... канд. юрид. наук. Благовещенск. 1999. С. 15.

(страхование), регулируемые контракты (например, на поставку электроэнергии, ограничивая права естественных монополий), контракты без права свободного выбора партнера (право преимущественной покупки); в установлении порядка заключения, изменения и расторжения договора и его формы; 2) в ограничении прав собственности — закреплены требование обязательной государственной регистрации права собственности и других вещных прав на недвижимые вещи и обязательность получения разрешений на строительство и надстройку, предусмотрены сервитуты, возможности принудительного изъятия имущества у собственника (обращение взыскания на имущество по обязательствам, отчуждение имущества, включая объекты незавершенного строительства, выкуп, реквизиция, конфискация, обращение по решению суда в доход Российской Федерации имущества, денег, ценностей и доходов от них, приватизация, национализация), реторсии в отношении имущественных прав граждан и юридических лиц иностранных государств; 3) в ограничении видов деятельности — установлен запрет на возможность свободно (без лицензии) производить (выращивать) и продавать ряд товаров, существуют обязательные к соблюдению квоты продукции; 4) в ограниченном и исчерпывающем перечне видов организационно-правовых форм юридических лиц; 5) в праве государства и государственных образований быть участниками гражданских отношений; 6) в ограничении свободы завещания — установлены правила об обязательной доли в наследстве, предусмотрено ограничение наследования государственных наград, почетных и памятных знаков; 7) в ограничении личных неимущественных и исключительных прав — реторсии в отношении личных неимущественных прав граждан и юридических лиц иностранных государств, принудительная лицензия; 8) в установлении формальных требований для физических лиц — участников гражданских правоотношений (возраст, вменяемость, необходимость регистрации актов гражданского состояния); 9) в установлении пределов осуществления гражданских прав — не допускаются действия в обход закона с противоправной целью, исключительно с намерением причинить вред другому лицу, злоупотребление правом, ограничение конкуренции, злоупотребление доминирующим положением на рынке; 10) в необходимости выплаты налогов с любых экономических операций, даже «абсолютно» свободных.

Это далеко не полный перечень проявлений публичных начал в гражданском праве. «Публицизация» гражданского права обусловлена рядом объективных причин. Например, выполняя социальную функцию, государство ограничивает права монополий, обеспечивая поддержку граждан-потребителей; установив специфическую значимость для общества определенных объектов гражданских правоотношений (природных ресурсов, земли, оружия, ядовитых веществ, наркотических и психотропных средств, валюты), государство устанавливает специальные правила их оборота, обеспечивая экономическое развитие и безопасность общества; для выполнения социальных программ используется в том числе и государственная собственность. То, что в частном, гражданском, праве становится все больше императивных норм, — результат социализации права, поскольку для защиты всеобщего интереса приходится посягать на индивидуальную свободу.

Привнесение публичных начал в гражданское право не приводит его к утрате частноправовой сути, нормы частного права, даже императивные, не становятся нормами права публичного. Согласие по-прежнему является фундаментальным элементом доктрины об автономии воли в гражданском праве. Договор, как основной источник гражданско-правовых обязательств, остается юридическим инструментом, основанным на консенсусе. Даже когда договор является юридическим обязательством, закон не может в полной мере заменить согласие сторон. Случаи, когда согласие действительно не требуется, очень редки и мотивированы соображениями общественной пользы. Однако мнение, что гражданское право является только частным, в котором не может быть ничего публичного, приводит к дезориентации и правотворческой и правоприменительной деятельности, вызывает напряженность в обществе.

В завершение исследования вопроса полагаем возможным сделать следующие выводы.

Во-первых, с момента постановки проблемы древнеримскими учеными и до настоящего времени наука не выработала однозначных подходов ни к одному из аспектов доктрины дуализма права. Нет единства мнений по используемой терминологии (например, допустимо ли отождествление понятий «частное» и «гражданское» право); не выработан общий подход к выбору критерия разграничения права частного и публичного; не разработана универсальная, логически непротиворечивая система критериев разделения дихотомической системы права по отраслям (например, такие отрасли, как трудовое, лесное, горное, страховое, международное частное право, одними учеными причисляются к частному праву, другими — к публичному, третьи же полагают их нейтральными, не относимыми ни к одной из ветвей); дискутируется и целесообразность двухчастного деления права. Удивителен тот факт, что, независимо от разных подходов, само разграничение права на публичное и частное остается довольно устойчивым в системе романо-германской

правовой семьи на протяжении многих лет. Этот эффект подметил еще Г. Ф. Шершеневич, который писал, что «несмотря на повседневность указанного деления, с научной стороны до сих пор остается не вполне выясненным, где находится межевая черта между гражданским и публичным правом, каковы отличительные признаки той сферы права, которая носит название частного права и составляет предмет особой науки. Это различие, установившееся исторически и упорно поддерживаемое, скорее создается инстинктивно, чем основывается на точных признаках».¹⁷

Во-вторых, доктрина дуализма права является концептуальной только для романо-германской правовой семьи. Англосаксонская правовая система и мусульманская правовая семья идею деления права на частное и публичное не восприняли. Попытки отыскать в прецедентном праве и шариате зачатки доктринального деления права на частное и публичное предпринимались, но распространения не получили, поскольку юристы англосаксонского и мусульманского права практического применения данной концепции не признают. Таким образом, идея дихотомии права не носит ни универсальный, ни фундаментальный характер. Как остроумно заметил А. М. Михайлов, что «если теоретическая романо-германская “проблема” деления права на частное и публичное была бы онтологически укоренена в жизни социума и имела объективно обусловленный потребностями юридической практики характер, то вряд ли она игнорировалась бы одними авторитетными учеными и “раздувалась” пес plus ultra другими. Смог ли бы хотя один ученый-юрист при изложении теоретических основ государственности исключить из изучения такой признак государства, как государственная территория или начисто проигнорировать налоговую систему?»¹⁸

В-третьих, весь массив концепций о дуализме права можно достаточно условно подразделить на материальные, в которых критерием демаркации частного и публичного права выступает содержание общественных отношений, предмет регулирования правовой нормы, формальные, где в основе разделения лежит совокупность приемов и способов регулирования правоотношений, нигилистические, отрицающие дуализм системы права как научную категорию, полагая всю систему права в зависимости от мировоззрения автора правом публичным или, наоборот, частным, смешанные, в которых говорится о необходимости сочетания различных критериев разграничения для уяснения сущности дуализма права и теории конвергенции, где упор делается на взаимосвязь, взаимообусловленность частного и публичного, и практические аспекты проникновения норм частного и публичного права друг в друга при сохранении их самостоятельности.

В-четвертых, в юридических системах России и Европы в настоящее время набирают силу два взаимосвязанных процесса — «публицизация» частного права и «коммерциализация» публичного. Императивных норм в частном праве становится все больше, поскольку для защиты всеобщего интереса приходится ограничивать свободу индивида. В свою очередь, в некоторых случаях отношения государства и частных лиц регулируются нормами частного права. Гражданское право не может обойтись без использования императивных правил и запретов, которые устанавливаются как в интересах отдельных групп, так и во всеобщих интересах. Гражданское право никогда не было и не будет частным в «чистом» виде, оно всегда подвергается ограничениям публичного характера. Границы сфер влияния частного и публичного в гражданском праве находятся в постоянном колебании.

В-пятых, следует признать, что поиск универсальной границы между правом частным и правом публичным зашел в тупик и более не отвечает потребностям современной юридической науки и практики. Говорить о доктрине дуализма права как об обязательном условии обеспечения приоритета прав и свобод человека и демократизации общественной жизни полагаем наивным и утопичным. Признавая необходимость изучения исторического наследия и высоко ценя вклад ученых в развитие представлений о сути права, полагаем необходимым в настоящее время сосредоточиться на поиске наиболее удачной формулы сочетания частного и публичного начал в гражданском праве и изучении механизмов конвергенции публичного и частного права для обеспечения баланса прав индивидуума, общества и государства.

Литература

1. *Агарков М. М.* Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 1. С. 25–41.
2. *Анисимов А. П.* Гражданское право России. Общая часть: учебник для академического бакалавриата / А. П. Анисимов, А. Я. Рыженков, С. А. Чаркин; под общ. ред. А. Я. Рыженкова. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт. 2016. 394 с.

¹⁷ *Черепяхин Б. Б.* К вопросу о частном и публичном праве // X сб. трудов профессоров и преподавателей Иркутского гос. ун-та. Иркутск, 1926. С. 9.

¹⁸ *Курбатов А. Я.* Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М. : ЮрИнфоР. 2001. С. 85.

3. Голубцов В. Г. Соотношение публичного и частного права в России: исторический аспект // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2008. № 1 (1). С. 57–62.
4. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М. : Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА. 1998. 624 с.
5. Васильев О. Д. Проблемы разделения права на публичное и частное в русской позитивистской теории права в конце XIX — начале XX вв.: дис. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук. Благовещенск. 1999. 142 с.
6. Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени кодекса Наполеона / под ред. и с предисл.: А. Г. Гойхбарг, пер.: М. М. Сиверс. М. : Гос. изд-во. 1919. 110 с.
7. Кавелин К. Д. Гражданское право. История русского судостроительства. М. : Юрайт. 2018. 257 с.
8. Коркунов М. Н. Курс лекций. СПб. : Юридический центр-Пресс. 2004. 458 с.
9. Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики: монография. М. : Норма: ИНФРА-М. 2015. 240 с.
10. Богданов Е. Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве // Российская юстиция. 2000. № 4. С. 23–24.
11. Солодовниченко Т. А. Критическая оценка теории конвергенции частного и публичного права // Вестник ОмГУ. Серия: Право. 2018. № 2 (55). С. 37–39.
12. Тихомиров Ю. А. Публичное право. Учебник. М. : БЕК. 1995. 496 с.
13. Черепяхин Б. Б. К вопросу о частном и публичном праве // X сб. трудов профессоров и преподавателей Иркутского гос. ун-та. Иркутск, 1926. С. 8–35.

References

1. Agarkov M. M. Value of Private Law [Tsennost' Chastnogo Prava] // Jurisprudence [Pravovedeniye]. 1992. № 1. P. 25–41. (in rus.)
2. Anisimov A. P. Civil Law of Russia. The general part: a textbook for academic bachelor [Grazhdanskoye pravo Rossii. Obshchaya chast': uchebnik dlya akademicheskogo bakalavriata] / A. P. Anisimov, A. Ya. Ryzhenkov, S. A. Charkin; under total ed. A. Ya. Ryzhenkova. 4th ed., revised and enlarged edition M. : [Yurayt]. 2016. 394 p. (in rus.)
3. Golubtsov V. G. The Ratio of Public and Private Law in Russia: the Historical Aspect [Sootnosheniye publichnogo i chastnogo prava v Rossii: istoricheskiy aspekt] // Perm University Herald. Yuridical sciences [Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskiye nauki]. 2008. № 1 (1). P. 57–62. (in rus.)
4. Berman G. J. Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition [Zapadnaya traditsiya prava: epokha formirovaniya] / Trans. from Eng. 2nd ed. M. : Moscow State University Publishing House: INFRA-M-NORM Publishing Group. 1998. 624 p.
5. Vasiliev O. D. Problems of Separation of the Right to Public and Private in the Russian Positivist Theory of Law in the Late XIX — early XX centuries.: Dis. of Cand. legal sciences.[Problemy razdeleniya prava na publichnoye i chastnoye v russkoy pozitivistской teorii prava v kontse XIX — nachale XX vv.: dis. kand. yurid. nauk.] Blagoveshchensk. 1999. 142 p. (in rus.)
6. Duguit L. General Transformations of Civil Law from the Time of Napoleon's Code / ed. and with foreword: A. G. Goyhbarg, Trans from fr.: M. M. Sievers. M. : State. publishing house [Gos. izd-vo] 1919. 110 p.
7. Kavelin K. D. Civil Law. History of the Russian judicial system [Grazhdanskoye pravo. Istoriya russkogo sudoustroystva]. M. : [Yurayt]. 2018. 257 p. (in rus.)
8. Korkunov M. N. Course of lectures. SPb. [Kurs lektsiy. SPb.] / Legal Center-Press[Yuridicheskiy tsentr-Press]. 2004. 458 p. (in rus.)
9. Korshunov N. M. Convergence of Private and Public Law: Problems of Theory and Practice: a monograph [Konvergentsiya chastnogo i publichnogo prava: problemy teorii i praktiki: monografiya]. M. : Norma: INFRA-M. 2015. 240 p. (in rus.)
10. Bogdanov E. The Ratio of Private and Public in Civil Legislation [Sootnosheniye chastnogo i publichnogo v grazhdanskom zakonodatel'stve] // Russian justice [Rossiyskaya yustitsiya]. 2000. № 4. P. 23–24. (in rus.)
11. Solodovnichenko T. A. Critical Assessment of the Theory of Convergence of Private and Public Law [Kriticheskaya otsenka teorii konvergentsii chastnogo i publichnogo prava] // Herald of OMSK University. Series: Right [Vestnik OmGU. Seriya: Pravo]. 2018. № 2 (55). P. 37–39. (in rus.)
12. Tikhomirov Yu. A. Public Law. Textbook [Publichnoye pravo. Uchebnik]. M. : BEK. 1995. 496 p. (in rus.)
13. Cherepakhin B. B. On the Issue of Private and Public Law [K voprosu o chastnom i publichnom prave] // X sb. works of professors and teachers of the Irkutsk State. University [X sb. trudov professorov i prepodavateley Irkutskogo gos. un-ta]. Irkutsk, 1926. P. 8–35. (in rus.)

Условия реализации иностранными гражданами некоторых основных социальных прав как субъективных прав

Петрова Анастасия Игоревна

Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры Российской Федерации, соискатель ученой степени кандидата юридических наук по специальной дисциплине 12.00.11; аппарат Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге, старший инспектор, Российская Федерация, Санкт-Петербург¹
anastasiapetrova@bk.ru

АННОТАЦИЯ

При высокой миграционной привлекательности России важен вопрос реализации основных социальных прав иностранцами, в т. ч. несовершеннолетними, на ее территории. Автором рассмотрены действующие нормативные акты, закрепляющие право на охрану здоровья и медицинскую помощь, образование, жилище и социальное обеспечение, и практика Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге. Предложены пути решения выявленных проблем в практике и устранения коллизии в законодательстве Санкт-Петербурга.

Ключевые слова: иностранные граждане, дети, основные права человека, право на охрану здоровья и медицинскую помощь, право на образование, право на жилище, право на социальное обеспечение.

Conditions for Exercise by Foreign Citizens of Some Fundamental Social Rights as Subjective Rights

Petrova I. Anastasiia

Saint Petersburg Law Institute (branch) of the Academy of the General Prosecutor of the Russian Federation, Degree-Seeking Student (academic discipline 12.00.11); Public Authority the Ombudsman for children in Saint Petersburg, Senior Inspector, Russian Federation, Saint- Petersburg
anastasiapetrova@bk.ru

ABSTRACT

With a high migration attractiveness of Russia, the issue of the exercise of fundamental social rights by foreigners, including minors, in Russia is important. The author reviewed the existing regulations, enshrining the right to health and medical care, education, housing and social security, and the practice of the Ombudsman for children in Saint Petersburg. The ways of solving the identified problems in practice and eliminating conflicts in the legislation of Saint Petersburg are proposed.

Keywords: foreign citizens, children, fundamental human rights, right to health and medical care, right to education, right to housing, right to social security.

Социальные реалии современности характеризуются масштабностью миграционных процессов². По данным исследования Департамента по экономическим и социальным вопросам ООН за 2017 г., число международных мигрантов в мире с 2000 г. выросло на 49% и составило 258 млн чел. Российская Федерация (далее — РФ) входит в пятерку стран с наибольшим количеством жителей — внешних мигрантов, занимая в ней четвертое место³.

Процессы миграции порождаются, в частности, поиском людьми лучших условий жизни: убежища, места для спасения от стихийных бедствий или военных конфликтов, постоянной и высокооплачиваемой работы и т. п.⁴ В XXI в. миграция была признана мировым сообществом одним из инструментов по достижению устойчивого развития⁵.

¹ Научный руководитель: Коршунова Ольга Николаевна, доктор юридических наук, профессор, старший советник юстиции, заслуженный работник прокуратуры РФ, почетный работник прокуратуры РФ, заведующий кафедрой прокурорского надзора и участия прокурора в рассмотрении уголовных, гражданских и арбитражных дел Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры Российской Федерации.

² Хабриева Т. Я. Миграционное право России: теория и практика. М. : «Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2008. С. VII.

³ Гордеев В. Количество мигрантов в мире выросло с начала века почти на 50 %. [Электронный ресурс] // Новостной интернет-портал «РБК».: [сайт]. [19.12.2017]. URL: <https://www.rbc.ru/politics/19/12/2017/5a38670d9a7947cbce6346bb> (дата обращения: 29.03.2019).

⁴ Прудникова Т. А. Теоретико-методологические и правовые основы регулирования миграционных процессов (На примере России и государств — членов Европейского Союза). М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2015. С. 40.

⁵ Андриченко Л. В., Плюгина И. В. Миграционное законодательство Российской Федерации: тенденции развития и практики применения [Текст]. М.: Норма ИНФРА-М, 2019 [т. е. 2018]. 391 с. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Устойчивое социально-экономическое положение, сохранение исторических и культурных связей народов государств — участников Содружества Независимых Государств, взаимные безвизовые поездки, учреждение Евразийского экономического союза являются мощными факторами миграционной привлекательности РФ⁶. Последняя красноречиво подтверждается официальной статистикой МВД России. Так, за 2017 г. в РФ было осуществлено 15 710 227 постановок на миграционный учет иностранных граждан и лиц без гражданства (далее — иностранные граждане)⁷. В 2018 г. количество прибывших в РФ иностранцев возросло более, чем на два миллиона человек — было осуществлено 17 764 489 постановок иностранных граждан на миграционный учет⁸.

К основным задачам демографической политики РФ на период до 2025 г. относится привлечение мигрантов согласно потребностям демографического и социально-экономического развития, с учетом необходимости их социальной адаптации и интеграции⁹.

С начала 1980-х годов в науке признается, что в миграционных процессах участвуют не отдельные индивиды, а группы взаимосвязанных людей (семейства или домашние хозяйства), принимающие решение о миграции не только в целях улучшения своего материального благосостояния, но и повышения социального статуса¹⁰.

Практика деятельности различных государственных органов, а именно, исполняющих полномочия по предоставлению государственных услуг в сфере миграции, наделенных компетенцией по защите прав несовершеннолетних, а также государственных учреждений здравоохранения и образования, дипломатических представительств зарубежных государств подтверждает, что в процессах миграции активно участвуют семьи иностранных граждан, в состав которых входят несовершеннолетние дети. При этом, родители-мигранты воспринимают получение детьми образования в России как вертикальный социальный лифт для последних¹¹, что подтверждает тезис об использовании миграционных механизмов для повышения социального статуса семьи.

В России признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией Российской Федерации. Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения (ч. 1–2 ст. 17 Конституции Российской Федерации, принятой всенародным голосованием 12.12.1993¹², далее — Конституция РФ).

Права человека — это права, принадлежащие всякому человеку независимо от его гражданской принадлежности, т. е. иностранным гражданам, лицам без гражданства. При этом ч. 1 ст. 17 Конституции РФ закреплен приоритет общепризнанных принципов и норм международного права в установлении стандартов прав человека, что порождает вполне определенные обязательства для законодательной, исполнительной и судебной власти. Отсюда следует, что Конституция РФ, обязывая признавать права человека, налагает на государство обязанность юридически закрепить права человека, существующие до и вне государства, а также воспроизвести в российском законодательстве международные стандарты прав человека¹³.

⁶ Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации на 2019–2025 гг.: утв. указом Президента Рос. Федерации от 31 окт. 2018 г. № 622 // СЗ РФ. 2018. № 45. Ст. 6917.

⁷ Отдельные показатели миграционной ситуации в Российской Федерации за январь–декабрь 2017 года с распределением по странам и регионам [Электронный ресурс] // Официальный сайт Министерства внутренних дел Российской Федерации. URL: <https://xn--b1aew.xn--p1ai/Deljatelnost/statistics/migracionnaya/item/12162171/> (дата обращения: 29.03.2019).

⁸ Отдельные показатели миграционной ситуации в Российской Федерации за январь–декабрь 2018 года с распределением по странам и регионам [Электронный ресурс] // Официальный сайт Министерства внутренних дел Российской Федерации. URL: <https://xn--b1aew.xn--p1ai/Deljatelnost/statistics/migracionnaya/item/15851053/> (дата обращения: 29.03.2019).

⁹ Концепция демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года: утв. указом Президента Рос. Федерации от 09 окт. 2007 г. № 1351: в ред. указа Президента Рос. Федерации от 01 июля 2014 г. № 483 // СЗ РФ. 2007. № 42. ст. 5009; 2014. № 27. Ст. 3754.

¹⁰ Балашова Т. Н. Конституционно-правовые проблемы формирования миграционной политики. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2011. С. 37–38.

¹¹ Разд. 2.3 «Дети иностранных граждан» Ежегодного Доклада Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге за 2018 год [Электронный ресурс] // Официальный сайт Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге. URL: http://www.spbdeti.org/files/doklad2018/2_3.pdf (дата обращения: 29.03.2019).

¹² Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30. дек. 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 дек. 2008 г. № 7-ФКЗ, от 05 фев. 2014 г. № 2-ФКЗ, от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ) // Рос. газ. 1993. 25 дек. № 237; 2008. 31 дек. № 267; 2008. 31 дек. № 267; 2014. 07 фев. № 27; 2014. 23 июля. № 163.

¹³ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под. ред. В. Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотр. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 170.

Согласно ч. 1 ст. 7 Конституции РФ Россия является социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека¹⁴.

С учетом изложенного представляется актуальным исследование нормативно-правовой базы, регулирующей реализацию иностранными гражданами некоторых социальных прав, предусмотренных международно-правовыми актами и закрепленных Конституцией РФ, крайне важных для жизнеустройства семей внешних мигрантов на территории РФ с учетом правового положения иностранцев в РФ и их возрастной принадлежности.

При этом надлежит отметить, что логика изложения в данной статье продиктована следующим. Санкт-Петербург и Ленинградская область вместе взятые в 2018 г. заняли второе место по миграционному притоку после Москвы¹⁵. В отношении основных прав несовершеннолетних детей иностранцы чаще всего обращаются в аппарат Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге по вопросам получения их детьми медицинской помощи (далее — МП) и образовательных услуг¹⁶. Поэтому рассмотрение условий реализации иностранными гражданами отдельных основных прав будет начато именно с прав на охрану здоровья и МП, а также права на образование как вызывающих наибольшее количество проблем при их реализации.

Также необходимо сделать ряд теоретико-правовых замечаний применительно к пониманию категорий «субъективные права» и «субъект права». Полагаем возможным согласиться с мыслью Ю. Я. Баскина, согласно которой «когда мы говорим о праве, то следует сделать предварительное замечание, заключающееся в том, что оно (право) по своей природе субъективно (и в процессе создания, и в ходе своего действия»¹⁷. Ученый признавал корректным взгляд на право как на продукт человеческой деятельности¹⁸. Анализируя научное наследие В. С. Нерсисянца, Ю. Я. Баскин отмечал, что «закон отражает волю издавшего его органа»¹⁹. И действительно, нормативно-правовые акты создаются конкретными людьми — должностными лицами государственных органов, наделенных соответствующей компетенцией. В ходе нормотворческого процесса они действуют, руководствуясь не своими личными убеждениями, а существующей в государстве социальной и политической обстановкой, экономическими условиями, необходимостью реализации прав и законных интересов проживающих в нем людей.

При этом предписания нормативных правовых актов как совокупность действующих юридических норм обладают объективным характером для участников правоотношений, у которых на их основании возникают субъективные права как совокупность правовых полномочий²⁰.

Часть 2 ст. 17 Конституции РФ наделяет основными правами каждого человека от рождения²¹. То есть с данного момента у всех людей независимо от их гражданской принадлежности возникают соответствующие субъективные права. Вместе с тем полагаем, что под субъектом права корректно понимать лишь человека разумного и обладающего свободной волей. В юридической литературе субъект права традиционно обозначается категорией «лицо», человек — «физическое лицо». Субъект права как активный участник правоотношений и эта категория соотносятся таким образом: конструкция физического лица, закрепленная в законодательстве — это вспомогательное средство мышления, наиболее удобной компоновки нормативного материала. Признание же малолетних детей субъектами права является законодательной фикцией. Правопорядок наделяет их правами, но истинными субъектами права при реализации прав детей будут их законные представители — здравомыслящие люди²², обладающие полной дееспособностью, т. е. способностью

¹⁴ Конституция Российской Федерации.

¹⁵ Отдельные показатели миграционной ситуации в Российской Федерации за январь-декабрь 2018 года с распределением по странам и регионам [Электронный ресурс] // Официальный сайт Министерства внутренних дел Российской Федерации. URL: <https://xn--b1aew.xn--p1ai/Deljatelnost/statistics/migracionnaya/item/15851053/> (дата обращения: 29.03.2019).

¹⁶ Разд. 2.3 «Дети иностранных граждан» Ежегодного Доклада Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге за 2018 год [Электронный ресурс] // Официальный сайт Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге. URL: http://www.spbdeti.org/files/doklad2018/2_3.pdf (дата обращения: 29.03.2019).

¹⁷ Баскин Ю. Я. Очерки философии права: учеб. пособие. СПб.: Ленинградский государственный университет им. А. С. Пушкина, 2006. С. 91.

¹⁸ Баскин Ю. Я. Указ. соч. С. 4.

¹⁹ Баскин Ю. Я. Указ. соч. С. 46.

²⁰ Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: учебник. СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. С. 369.

²¹ Конституция Российской Федерации.

²² Петрова А. Человеческий эмбрион — субъект или объект права? // Право, общество, государство: вопросы теории и истории: сб. материалов Всерос. студ. науч. конф., Москва, 24–25 апр. 2015 г. М.: Рос. ун-та дружбы народов, 2015. С. 257–259.

самостоятельно осуществлять свои субъективные права и обязанности²³, возрастная граница достижения которой закреплена в соответствующем отраслевом законодательстве²⁴. Родители (или законные представители в рамках замещающих семей), заботящиеся о детях, как в физическом смысле, так и в правовом, осознающие смысл и характер прав, которыми наделены дети, оценивающие потребность в их реализации, приращивают массив правоотношений детям, участие в которых те смогут лично продолжить по мере взросления²⁵.

Таким образом, общие условия реализации иностранцами основных прав как прав субъективных — наличие у них сознания и воли, позволяющих самостоятельно оценить ситуацию, требующую реализации прав, а также достижение возрастной границы дееспособности — установленного законом возраста, позволяющего реализовать права самостоятельно. Для детей же их неременным, исходным условием будет наличие законных представителей, восполняющих до времени отсутствующую дееспособность.

Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948 (далее — ВДПЧ), и принятые в ее развитие документы, в частности, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, принятый 16.12.1966 Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН (далее — Пакт) закрепляют право на охрану здоровья, на образование, жилище, социальное обеспечение, которое, в том числе, сопряжено с охраной материнства и детства (ст. 25, 26, 16, 22 ВДЧП²⁶, ст. 12, 13, 11, 10 Пакта²⁷). В юридической литературе эти основные права относят к группе социальных²⁸.

При этом уже на уровне международных договоров закладывается возможность ограничительных условий для реализации иностранцами гражданами указанных прав. Так, в соответствии с подп. «с» п. 1 ст. 8 Декларации о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, принятой резолюцией 40/144 Генеральной Ассамблеи ООН от 13.12.1985 (далее — Декларация), иностранцы, проживающие на законном основании на территории государства, пользуются, в том числе, в соответствии с национальными законами данного государства, правом на охрану здоровья, медицинское обслуживание, социальное обеспечение, социальное обслуживание, образование при условии, что это не возлагает на ресурсы государства чрезмерного бремени.

В отношении реализации права на жилище в данном документе вопрос решен следующим образом. Согласно подп. «д» п. 2 ст. 5 Декларации иностранцы вправе владеть имуществом с учетом ограничений внутреннего законодательства страны²⁹. Таким образом, внешние мигранты могут разрешить свой жилищный вопрос посредством приобретения жилого помещения.

По ч. 1 ст. 41 Конституции РФ каждый имеет право на охрану здоровья и медицинскую помощь, которая в государственных и муниципальных медицинских учреждениях оказывается гражданам бесплатно за счет бюджетных средств, страховых взносов, иных поступлений³⁰. То есть уже Конституция РФ ограничивает возможность оказания МП на бесплатной для них основе лицам, не имеющим гражданства РФ.

Федеральный закон (далее — ФЗ) от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации») является основополагающим в сфере регулирования охраны здоровья граждан в нашей стране (ст. 3 указанного ФЗ). В число основных принципов охраны здоровья в соответствии со ст. 7 данного ФЗ входит приоритет охраны здоровья детей.

Согласно ст. 19 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» право на МП иностранных граждан, проживающих и пребывающих в нашей стране, устанавливается законодательством России и соответствующими международными договорами РФ. Лица без гражданства,

²³ Поляков А. В., Тимошина Е. В. Указ. соч. С. 383.

²⁴ Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности [Текст]. М.: НОРМА, 2008. 448 с. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁵ Петрова А. Указ. соч. С. 259–260.

²⁶ Всеобщая декларация прав человека: принята Генеральной Ассамблеей ООН 10 дек. 1948 г. // Рос. газ. 1995. 05 апр. № 67.

²⁷ Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах: принят Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-ом пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН 16 дек. 1966 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. №. 17 (1831). Ст. 291.

²⁸ Конституционное право России: курс лекций / Ю. Л. Шульженко [и др.]. М. : Юрлитинформ, 2013. С. 289–290. (Конституционное право Российской Федерации).

²⁹ Действующее международное право. Т. 1. М. : Московский независимый институт международного права, 1996. С. 255–259.

³⁰ Конституция Российской Федерации.

постоянно проживающие в РФ, пользуются правом на МП наравне с гражданами России, если иное не предусмотрено международными договорами РФ. Порядок оказания МП иностранным гражданам определяется Правительством Российской Федерации³¹. В настоящее время действуют Правила оказания медицинской помощи иностранным гражданам на территории Российской Федерации, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 06.03.2013 № 186 (далее — Правила).

Согласно Правилам внешние мигранты — застрахованные лица согласно ФЗ от 29.11.2010 № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании (далее — ОМС) в Российской Федерации», вправе получить МП бесплатно в рамках ОМС³². К ним согласно ст. 10 данного ФЗ относится ряд категорий временно и постоянно проживающих в РФ иностранных граждан³³, т. е. имеющих разрешение на временное проживание (далее — РВП) и вид на жительство (далее — ВНЖ) в РФ соответственно (ст. 2 ФЗ от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»)³⁴, включая детей со дня рождения до достижения ими 18-летнего возраста. Также к застрахованным лицам относятся лица, имеющие право на МП согласно ФЗ от 19.02.1993 № 4528-1 «О беженцах» (далее — ФЗ «О беженцах»), то есть, иностранцы, ходатайствующие о признании беженцами, чье ходатайство рассматривается по существу, и члены их семей, включая детей, не достигших возраста 18 лет; лица, признанные беженцами и члены их семей, включая детей, не достигших возраста 18 лет; а также лица, получившие временное убежище и члены их семей, включая детей, не достигших 18-летнего возраста (если иное не предусмотрено международными договорами РФ)³⁵.

Медицинская помощь в экстренной форме в ситуациях, представляющих угрозу жизни пациента, оказывается иностранным гражданам бесплатно. Скорая МП, в том числе специализированная, оказывается внешним мигрантам в ситуациях, требующих срочного медицинского вмешательства, но не представляющих угрозу жизни пациента. Государственными и муниципальными медицинскими организациями систем данный вид МП оказывается иностранным гражданам бесплатно.

Медицинская помощь в неотложной форме (за исключением скорой, в том числе скорой специализированной, МП) и плановой форме оказывается внешним мигрантам на основании договоров о предоставлении платных медицинских услуг либо договоров добровольного медицинского страхования и (или) заключенных в пользу иностранных граждан, являющихся застрахованными лицами согласно ФЗ от 29.11.2010 № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» в сфере ОМС.

МП в плановой форме оказывается при условии представления внешним мигрантом письменных гарантий исполнения обязательства по оплате фактической стоимости медицинских услуг или предоплаты медицинских услуг исходя из предполагаемого объема предоставления этих услуг (за исключением случаев оказания МП иностранным гражданам, являющихся застрахованными лицами в рамках ОМС)³⁶.

Применительно к оказанию МП детям, не достигшим 18-летнего возраста, в том числе внешним мигрантам, возникает следующая правовая проблема. Согласно ч. 2 ст. 54 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», по общему правилу дети в возрасте старше 15 лет или больные наркоманией несовершеннолетние в возрасте старше 16 лет имеют право на информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство или на отказ от него³⁷.

С учетом изложенного можно констатировать, что подростки считаются дееспособными применительно к решению основных вопросов оказания им МП до 18 лет.

Полагаем возможным согласиться с позицией Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге, согласно которой данное обстоятельство противоречит СК РФ, по которому ребенком

³¹ Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации: федер. закон Рос. Федерации от 21 нояб. 2011 г. № 323-ФЗ; в ред. федер. закона Рос. Федерации от 06 марта 2019 г. № 18-ФЗ // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724; 2019. № 10. Ст. 888.

³² Правила оказания медицинской помощи иностранным гражданам на территории Российской Федерации: утв. постановлением Правительства Рос. Федерации от 06 марта 2013 г. № 186 // СЗ РФ. 2013. № 10. Ст. 1035.

³³ Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации: федер. закон Рос. Федерации от 29 нояб. 2010 г. № 326-ФЗ; в ред. федер. закона Рос. Федерации от 06 февр. 2019 г. № 6-ФЗ // СЗ РФ. 2010. № 49. Ст. 6422; 2019. № 6. Ст. 464.

³⁴ О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: федер. закон Рос. Федерации от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ; в ред. федер. Закона Рос. Федерации от 27 дек. 2018 г. № 528-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032; 2018. № 53. Ч. 1. Ст. 8454.

³⁵ О беженцах: федер. закон Рос. Федерации от 19 февр. 1993 г. № 4528-1; в ред. федер. Закона Рос. Федерации от 27 дек. 2018 г. № 528-ФЗ // Рос. газ. 1997. 03 июня. № 126; 2018. 29 дек. № 295.

³⁶ Правила оказания медицинской помощи иностранным гражданам на территории Российской Федерации.

³⁷ Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации.

признается лицо, не достигшее 18-летнего возраста (совершеннолетия). Защита прав и законных интересов ребенка осуществляется родителями (лицами, их заменяющими). Родители ответственны за воспитание и развитие своих детей; они обязаны заботиться о здоровье, физическом, психическом, духовном и нравственном развитии своих детей (ст. 54, 56, 63 СК РФ)³⁸. Уполномоченный по правам ребенка в Санкт-Петербурге С. Ю. Агапитова неоднократно обращалась в Министерство здравоохранения Российской Федерации по вопросу внесения изменений в данную норму, однако, позиция Минздрава России заключается в том, что несовершеннолетние к указанному возрасту в состоянии принимать самостоятельные решения в отношении своего здоровья. Ряд трагических случаев, произошедших с юными жителями нашего города, наводит на мысль о том, что это не так³⁹. Данное несовершеннолетие законодательства представляет угрозу и для благополучия подростков-иностранцев, находящихся в нашей стране.

Основное право на образование нашло отражение в ст. 43 Конституции РФ, согласно ч. 4 которой основное общее образование обязательно. Родители или лица, их заменяющие, обеспечивают получение детьми основного общего образования⁴⁰. Рассмотрим условия реализации права на получение образования внешними мигрантами в российских школах.

В соответствии с ФЗ от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» (далее — ФЗ «Об образовании в Российской Федерации») иностранные граждане обладают равными с гражданами РФ правами на получение начального общего, основного общего и среднего общего образования на общедоступной и бесплатной основе (ч. 2 ст. 78 указанного ФЗ)⁴¹. Таким образом, правовой статус внешних мигрантов на территории нашей страны не является фактором, определяющим условия реализации права на общее образование. При этом на основании ФЗ «О беженцах» лица, признанные беженцами, имеют право на получение содействия в устройстве их детей в образовательные организации (ст. 8 указанного ФЗ)⁴². Лица, которым предоставлено временное убежище, наделены более узким перечнем прав по сравнению с беженцами. Действующие нормативно-правовые акты не предоставляют им данного права наравне с беженцами, как и прав, подлежащих рассмотрению в дальнейшем⁴³.

По общему правилу «потребителями» государственных услуг в сфере общего образования являются несовершеннолетние, которые принимаются в российские школы с 6,5 лет при отсутствии противопоказаний по состоянию здоровья, но не позже достижения ими возраста 8 лет (ч. 1 ст. 67 ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»)⁴⁴.

Согласно Порядку приема граждан на обучение по программам начального общего, основного общего и среднего общего образования, утвержденному Приказом Минобрнауки России от 22.01.2014 № 32, комплект документов для приема ребенка в образовательную организацию подается его законными представителями⁴⁵. Таким образом, для начала реализации права ребенка на образование требуется, чтобы родитель восполнил его отсутствующую дееспособность своей.

В соответствии с указанным Порядком на обучение в российские образовательные организации принимаются дети-иностранцы, находящиеся в РФ на законных основаниях⁴⁶. Срок же временного пребывания детей-мигрантов, прибывших в РФ в безвизовом порядке, по ст. 5 ФЗ

³⁸ Семейный кодекс Российской Федерации. от 29 дек. 1995 № 223-ФЗ: в ред. федер. закона Рос. Федерации от 18 марта 2019 г. № 35-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16; 2019. № 12. Ст. 1225.

³⁹ Светлана Агапитова представила в ЗАКСЕ Доклад за 2018 год [Электронный ресурс] // Официальный сайт Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге. URL: <http://www.spbdeti.org/id7617> (дата обращения: 29.03.2019).

⁴⁰ Конституция Российской Федерации.

⁴¹ Об образовании в Российской Федерации: федер. закон Рос. Федерации от 29 дек. 2012 г. № 273-ФЗ: в ред. федер. закона Рос. Федерации от 06 марта 2019 г. № 17-ФЗ // СЗ РФ. 2012. № 53. Ч. 1. Ст. 7598; 2019. № 10. Ст. 887.

⁴² О беженцах: федеральный закон Российской Федерации от 19 февр. 1993 г. № 4528-1: в ред. федерального закона Российской Федерации от 27 дек. 2018 г. № 528-ФЗ // Российская газета 1997. 03 июня. № 126; 2018. 29 дек. № 295.

⁴³ 1) О беженцах; 2) Порядок предоставления временного убежища на территории Российской Федерации: утв. постановлением Правительства Рос. Федерации от 09 апр. 2001 г. № 274: в ред. постановления Правительства Рос. Федерации от 25 мая 2017 г. № 631 // СЗ РФ. 2001. № 16. ст. 1603; 2017. № 23. Ст. 3330.

⁴⁴ Об образовании в Российской Федерации.

⁴⁵ Порядок приема граждан на обучение по образовательным программам начального общего, основного общего и среднего общего образования: утв. приказом Министерства образования и науки Рос. Федерации от 22 янв. 2014 г. № 32: в ред. Приказа Министерства просвещения Рос. Федерации от 17 янв. 2019 г. № 19 // Рос. газ. 2014. 11 апр. № 83; Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 05.02.2019.

⁴⁶ Там же.

от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», не может превышать 90 суток суммарно в течение каждого периода в сто восемьдесят суток⁴⁷. В то же время ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» не относит окончание срока легального пребывания в РФ ребенка-мигранта к основаниям для досрочного отчисления учащегося из образовательной организации⁴⁸.

Для соблюдения миграционного режима дети-иностранцы зачастую вынуждены выезжать на родину в середине учебного года. Трехмесячный же перерыв процесса обучения может негативно сказаться на качестве освоения ими образовательной программы.

В интересах детей-иностранцев Управление по вопросам миграции Главного управления Министерства внутренних дел Российской Федерации по Санкт-Петербургу и Ленинградской области рассматривает возможность продления срока пребывания детям мигрантов, прибывших в РФ в безвизовом порядке с целью трудоустройства, а также получивших РВП, ВНЖ, либо уже вступивших в гражданство РФ, при обращении в территориальные подразделения ведомства до истечения законного срока пребывания ребенка в России. В каждом случае оцениваются правовые основания нахождения в РФ ребенка и его родителей, а также обстоятельства жизнеустройства семьи в нашей стране⁴⁹. Позиция о возможности продления срока пребывания детей-иностранцев была выработана Управлением Федеральной миграционной службы России по Санкт-Петербургу и Ленинградской области во взаимодействии с Прокуратурой Санкт-Петербурга и продолжает реализовываться после передачи полномочий по предоставлению государственных услуг в сфере миграции в ведение МВД России.

К сожалению, практика показывает, что иностранные граждане ненадлежащим образом заботятся о реализации прав своих детей, пребывая в России. Так, они отказываются оплачивать медицинские услуги, оказанные ребенку, о чем впоследствии учреждения здравоохранения сообщают в аппарат Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге, специалистами которого проводятся проверки по указанным ситуациям. Кроме того, взрослые иностранцы, узаконив свое пребывание в РФ на длительный срок, своевременно не заботятся о легализации пребывания ребенка в нашей стране⁵⁰, что фактически выводит ребенка из правового поля, создавая угрозу его благополучию.

Представляется справедливой позиция Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге, согласно которой незнание взрослыми мигрантами российского законодательства в отношении важнейших вопросов жизнеустройства их детей в РФ должно устраняться путем разъяснительной работы, проводимой с вновь прибывшими в Россию иностранцами профильными ведомствами (в Санкт-Петербурге таковым является Комитет по межнациональным отношениям и реализации миграционной политики)⁵¹. Такой подход позволит внешним мигрантам своевременно оценить возможность и риски переезда ребенка в Россию и принять взвешенное обоснованное решение о семейной миграции в РФ с участием детей.

Статья 40 Конституции РФ закрепляет право каждого на жилище⁵².

При этом согласно ч. 3 данной статьи «малоимущим, иным указанным в законе гражданам, нуждающимся в жилище, оно предоставляется бесплатно или за доступную плату из государственных, муниципальных и других жилищных фондов в соответствии с установленными законом нормами»⁵³. Ограничение круга лиц, имеющих право получить жилье их публично-правовых фондов, гражданами РФ, получает развитие в ЖК РФ. Так, жилые помещения по договорам социального найма не предоставляются иностранным гражданам, лицам без гражданства (ч. 5 ст. 49 ЖК РФ). Также жилые помещения не предоставляются по договорам найма жилых помещений жилищного фонда социального использования иностранным гражданам, лицам без гражданства (ч. 3 ст. 91.3 ЖК РФ). Изъятия из этих правил могут быть предусмотрены международным договором РФ⁵⁴.

⁴⁷ Федеральный закон от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации».

⁴⁸ Об образовании в Российской Федерации.

⁴⁹ Разд. 2.3 «Дети иностранных граждан» Ежегодного Доклада Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге за 2018 год [Электронный ресурс] // Официальный сайт Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге. URL: http://www.spbdeti.org/files/doklad2018/2_3.pdf (дата обращения: 29.03.2019).

⁵⁰ Дети мигрантов страдают из-за безответственности родителей [Электронный ресурс] // Официальный сайт Уполномоченного по правам ребенка в Санкт-Петербурге. URL: <http://www.spbdeti.org/id7125> (дата обращения: 29.03.2019).

⁵¹ Там же.

⁵² Конституция Российской Федерации.

⁵³ Там же.

⁵⁴ Жилищный кодекс Российской Федерации. от 29 дек. 2004 г. № 188-ФЗ: в ред. федер. закона Рос. Федерации от 15 апр. 2019 г. № 60-ФЗ // Рос. газ. 2005. 12 янв. № 1; 2019. 17 апр. № 84.

Статья 35 Конституции РФ гарантирует право частной собственности⁵⁵. Действующее российское законодательство не ограничивает иностранных граждан в праве заключения гражданско-правовых договоров (в частности, купли-продажи, найма у частных лиц) жилых помещений. Таким образом, внешние мигранты могут разрешить жилищный вопрос в отношении себя и своих несовершеннолетних детей, о которых они обязаны заботиться, посредством заключения соответствующих сделок. Для иностранных граждан, имеющих место жительства в России, т. е. имеющих РВП либо ВНЖ, а также беженцев, данное положение усиливается предписанием ст. 1195 ГК РФ, согласно которой их личным законом является российское право⁵⁶. А в соответствии с п. 2 ст. 20 ГК РФ местом жительства детей, не достигших 14-летнего возраста, признается место жительства их законных представителей⁵⁷. В отношении же несовершеннолетних, временно пребывающих на территории РФ совместно с родителями аналогичного правового статуса, с формально-юридической точки зрения полагаем корректным отметить, что они должны проживать с последними ввиду родственной связи, налагающей на них обязанности по заботе о детях.

При этом в соответствии со ст. 8 ФЗ «О беженцах» беженцы имеют право на пользование жилыми помещениями из фонда жилья для временного поселения⁵⁸, относящимися к жилым помещениям специализированного жилищного фонда (п. 6 ч. 1 ст. 92 ЖК РФ)⁵⁹.

На основании ст. 39 Конституции РФ «каждому гарантируется социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом. Государственные пенсии и социальные пособия устанавливаются законом»⁶⁰.

В ранее подготовленном диссертационном исследовании по вопросам прокурорского надзора за исполнением законодательства в миграционной сфере, отмечается, что «ребенок трудящегося-мигранта обладает равным с гражданами государства трудоустройства правом <...> на получение социальных пособий. С учетом объектов их можно разделить на социальные выплаты (пенсии, пособия, компенсации и т. п.)»⁶¹. При этом, по действующему пенсионному законодательству (ч. 1 ст. 3 ФЗ от 15.12.2001 № 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации»⁶², ч. 3 ст. 4 ФЗ от 28.12.2013 № 400-ФЗ «О страховых пенсиях»⁶³), по общему правилу, право на получение пенсий имеют постоянно проживающие в РФ иностранные граждане и лица без гражданства, то есть, получившие ВНЖ (ст. 2 ФЗ от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»⁶⁴). Также правом на пенсионное обеспечение наделены беженцы⁶⁵. Таким образом, с учетом действующего законодательства не представляется возможным признать справедливой констатацию о наличии права на получение пенсий у ребенка внешнего мигранта, временно пребывающего в РФ, как и родитель.

Подростки, достигшие возраста 14 лет, вправе обратиться за установлением пенсии самостоятельно⁶⁶. При этом, как указывалось выше, личным законом данных категорий иностранцев

⁵⁵ Конституция Российской Федерации.

⁵⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья от 26 нояб. 2011 г. № 146-ФЗ: в ред. федер. закона Рос. Федерации от 03. авг. 2018 г. № 292-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 49. ст. 4552; 2018. № 32. Ч. 1. Ст. 5085.

⁵⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая от 30 нояб. 1994 № 51-ФЗ: в ред. федер. закона Рос. Федерации от 03. авг. 2018 г. № 339-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; 2018. № 32. Ч. 2. Ст. 5132.

⁵⁸ О беженцах.

⁵⁹ Жилищный кодекс Российской Федерации.

⁶⁰ Конституция Российской Федерации.

⁶¹ Добыш М. А. Прокурорский надзор за исполнением законов в сфере миграционных отношений: дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.11. М., 2012. С. 58.

⁶² О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации: федер. закон Рос. Федерации от 15 дек. 2001 г. № 166-ФЗ: в ред. федер. закона Рос. Федерации от 27 дек. 2018 г. № 536-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 51. Ст. 4831; 2018. № 53. Ч. 1. Ст. 8462.

⁶³ О страховых пенсиях: федер. закон Рос. Федерации от 28 дек. 2013 г. № 400-ФЗ: в ред. федер. закона Рос. Федерации от 06 марта 2019 г. № 25-ФЗ // СЗ РФ. 2013. № 52. Ч. 1. Ст. 6965, 2014. № 2. Ч. 2. (поправка); 2019. № 10. Ст. 895.

⁶⁴ О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации.

⁶⁵ О беженцах.

⁶⁶ Правила обращения за страховой пенсией, фиксированной выплатой к страховой пенсии с учетом повышения фиксированной выплаты к страховой пенсии, накопительной пенсией, в том числе работодателями, и пенсией по государственному пенсионному обеспечению, их назначения, установления, перерасчета, корректировки их размера, в том числе лицам, не имеющим постоянного места жительства на территории Российской Федерации, проведения проверок документов, необходимых для их установления, перевода с одного вида пенсии на другой в соответствии с федеральными законами «О страховых пенсиях», «О накопительной пенсии»

является российское право, которое также применяется при определении их гражданской дееспособности (п. 1 ст. 1197 ГК РФ)⁶⁷. Поэтому они вправе распоряжаться своей пенсией самостоятельно с учетом предписаний ст. 26 ГК РФ⁶⁸. Совершеннолетние лица самостоятельно получают пенсии и расходуют в своих интересах.

В отношении же малолетних детей пенсии оформляют их законные представители. Денежные средства зачисляются на отдельный номинальный счет, открытый законным представителем, и расходуются в интересах ребенка (п. 1 ст. 28 ГК РФ, п. 1 ст. 37 ГК РФ)⁶⁹.

Помимо пенсионного обеспечения, российское законодательство предусматривает обширный спектр мер социальной поддержки. Остановимся на условиях предоставления предусмотренных ФЗ от 19.05.1995 № 81-ФЗ «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей» пособий иностранным гражданам в зависимости от их правового положения. Согласно ст. 1 указанного ФЗ, пособия предоставляются постоянно проживающим на территории РФ иностранным гражданам и беженцам, а также временно проживающим на территории РФ и подлежащим обязательному социальному страхованию на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством иностранных граждан⁷⁰. Таким образом, не усматривается возможность предоставления данных пособий временно пребывающим иностранным гражданам, в том числе прибывшим с целью работы.

Подробнее остановимся на мерах социальной поддержки, предусмотренных законодательством Санкт-Петербурга, в правовом регулировании которых выявлено противоречие.

Согласно п. 1 ст. 17 Закона Санкт-Петербурга от 22.11.2011 № 728-132 «Социальный кодекс Санкт-Петербурга» ряд пособий на детей предоставляется беженцам и иностранным гражданам, имеющим место жительства в СПб.⁷¹ В свою очередь Постановление Правительства Санкт-Петербурга, регулирующее вопрос предоставления данных пособий, предусматривает выплату пособий только лицам, имеющим ВНЖ⁷².

Таким образом, нормативные акты Санкт-Петербурга содержат противоречие в части определения круга проживающих в Санкт-Петербурге иностранцев, подлежащих обеспечению пособиями на детей. Полагаем, что оно должно быть устранено. При этом, в части его содержательного наполнения полагаем возможным упомянуть мысль В. С. Соловьева, творчество которого высоко оценивалось Ю. Я. Баскиным: позитивное право — это «принудительное требование реализации определенного минимального добра»⁷³. Учитывая, что формирование нормативной базы осуществляется публично-территориальным образованием с учетом социальных, экономических и политических условий, а также, что лица, получившие РВП, должны принимать меры по жизнеустройству своей семьи во избежание его аннулирования (п. 1 ст. 7 ФЗ от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»)⁷⁴, полагаем, что данная коллизия может быть устранена как путем предоставления внешним мигрантам, получившим РВП, пособий, предусмотренных законодательством Санкт-Петербурга, так и созданием непротиворечивого регулирования, закрепляющего их выплату только лицам, имеющим ВНЖ.

Для оформления пособий в администрации районов Санкт-Петербурга обращаются законные представители детей. На детей до 7 лет ряд пособий перечисляется на выдаваемые родителям пластиковые карты и может быть потрачен на оплату товаров детского ассортимента в организа-

и «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации»: утв. приказом Минтруда России от 17 нояб. 2014 г. № 884н; в ред. приказа Минтруда России от 28 янв. 2019 г. № 43н // Рос. газ. 2015. 16 янв. № 6; Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 21.02.2019.

⁶⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 3.

⁶⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1.

⁶⁹ Там же.

⁷⁰ О государственных пособиях гражданам, имеющим детей: федер. закон Рос. Федерации от 19 мая 1995 г. № 81-ФЗ; в ред. федер. закона Рос. Федерации от 29 июля 2018 г. № 264-ФЗ // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1929; 2018. № 31. Ст. 4853.

⁷¹ Социальный кодекс Санкт-Петербурга: закон Санкт-Петербурга от 22 нояб. 2011 г. № 728-132; в ред. закона Санкт-Петербурга от 11 апр. 2019 г. № 175-38 // Информационный бюллетень Администрации Санкт-Петербурга. 2011. № 46; Официальный сайт Администрации Санкт-Петербурга <https://www.gov.spb.ru/>, 16.04.2019.

⁷² О реализации главы 5 «Социальная поддержка семей, имеющих детей» Закона Санкт-Петербурга «Социальный кодекс Санкт-Петербурга»: постановление Правительства Санкт-Петербурга от 22 мая 2013 г. № 343; в ред. постановления Правительства Санкт-Петербурга от 17 дек. 2018 г. № 946 // Официальный сайт Администрации Санкт-Петербурга <https://www.gov.spb.ru/>, 27.05.2013; 20.12.2018.

⁷³ Соловьев В. С. Сочинения: в 2 т. /сост., общ. ред. и вступ. ст. А. Ф. Лосева и А. В. Гулыги; примеч. С. Л. Кравца [и др.]; АН СССР, Ин-т философии. М.: Издательство «Мысль». Т. 1. 1988. С. 450. (Филос. наследие. Т. 104).

⁷⁴ О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации.

циях торговли, прошедших квалификационный отбор⁷⁵. Так обеспечивается учет интересов дошкольников как конечных «выгодоприобретателей» пособий.

Проведенное исследование доказывает, что наибольший спектр возможностей имеется у внешних мигрантов, создавших крепкую правовую связь с РФ — постоянно проживающих в ней, а также беженцев. Последние нуждаются в особой поддержке из-за крайне интенсивных изменений своего правового статуса, происходящих помимо их воли, и нуждаются в быстрой адаптации к условиям принимающего сообщества⁷⁶.

Подводя итог, отметим, что семейная миграция оценивается как позволяющая увеличить выгоды от смены места проживания, так и минимизировать риски неудач, связанных с миграцией⁷⁷. Успешная адаптация внешних мигрантов к условиям принимающего российского сообщества возможна при их своевременном ознакомлении с законодательством РФ. Также важными факторами для адаптации является создание аппаратом государства условий для реализации иностранцами их основных прав, а именно соблюдение ведомствами, участвующими в обеспечении прав совершеннолетних иностранцев и их детей в рассматриваемой сфере (предоставляющим соответствующие государственные услуги), предписаний нормативных актов, на основании которых у внешних мигрантов могут возникнуть субъективные права, и надлежащее осуществление органами прокуратуры надзорных полномочий в отношении них с учетом особенностей реализации прав иностранными гражданами, проистекающими из их правового статуса.

Литература

1. Андриченко Л. В., Плюгина И. В. Миграционное законодательство Российской Федерации: тенденции развития и практики применения. М. : Норма ИНФРА-М, 2019. 391 с. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
2. Балашова Т. Н. Конституционно-правовые проблемы формирования миграционной политики. СПб. : Издательство «Юридический центр Пресс», 2011. 291 с.
3. Баскин Ю. Я. Очерки философии права: учеб. пособие. СПб. : Ленинградский государственный университет им. А. С. Пушкина, 2006. 142 с.
4. Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. М. : НОРМА, 2008. 448 с. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
5. Добыш М. А. Прокурорский надзор за исполнением законов в сфере миграционных отношений: дис. канд. юрид. наук.: 12.00.11. М., 2012. 261 с.
6. Комментарий к Конституции Российской Федерации / под. ред. В. Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотр. М. : Норма: ИНФРА-М, 2011. 1008 с.
7. Конституционное право России: курс лекций / Ю. Л. Шульженко [и др.]. М. : Юрлитинформ, 2013. 656 с. (Конституционное право Российской Федерации).
8. Петрова А. Человеческий эмбрион — субъект или объект права? // Право, общество, государство: вопросы теории и истории: сб. материалов Всерос. студ. науч. конф., Москва, 24–25 апр. 2015 г. М. : Рос. ун-т дружбы народов, 2015. С. 257–260.
9. Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: учебник. СПб. : Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. 472 с.
10. Прокурорский надзор за исполнением миграционного законодательства: актуальные вопросы: пособие / А. В. Паламарчук [и др.]; Ген. прокуратура Рос. Федерации, Акад. Ген. прокуратуры Рос. Федерации. М., 2014. 124 с.
11. Прудникова Т. А. Теоретико-методологические и правовые основы регулирования миграционных процессов (На примере России и государств-членов Европейского Союза): монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2015. 141 с.
12. Соловьев В. С. Сочинения: в 2 т. /сост., общ. ред. и вступ. ст. А. Ф. Лосева и А. В. Гулыги; примеч. С. Л. Кравца [и др.]; АН СССР, Ин-т философии. М. : Издательство «Мысль». Т. 1. 1988. 894 с. (Филос. наследие. Т. 104).
13. Хабриева Т. Я. Миграционное право России: теория и практика. М. : «Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2008. 336 с.

References

1. Andrichenko L. V., Plyugina I. V. Migration legislation of the Russian Federation: development trends and practice of application [Migratsionnoye zakonodatel'stvo Rossiyskoy Federatsii: tendentsii razvitiya i praktiki primeneniya]. M. : Norma INFRA-M, 2019. 391 p. (in rus.)

⁷⁵ 1) Социальный кодекс Санкт-Петербурга; 2) О реализации главы 5 «Социальная поддержка семей, имеющих детей» Закона Санкт-Петербурга «Социальный кодекс Санкт-Петербурга».

⁷⁶ Прокурорский надзор за исполнением миграционного законодательства: актуальные вопросы: пособие / А. В. Паламарчук [и др.]; Ген. прокуратура Рос. Федерации, Акад. Ген. прокуратуры Рос. Федерации. М., 2014. С. 71.

⁷⁷ Балашова Т. Н. Указ. соч. С. 37.

2. *Balashova T. N.* Constitutional and legal problems of formation of migration policy [Konstitutsionno-pravovyye problemy formirovaniya migratsionnoy politiki]. SPb. : Legal Press Publishers, 2011. 291 p. (in rus.)
3. *Baskin Yu. Ya.* Essays on the philosophy of law: studies. Allowance [Ocherki filosofii prava: ucheb. posobiye]. SPb. : Leningrad State University A. S. Pushkin, 2006. 142 p. (in rus.)
4. *Vitruk N. V.* The general theory of the legal status of the individual [Obshchaya teoriya pravovogo polozheniya lichnosti]. M. : NORMA, 2008. 448 p. (in rus.)
5. *Dobysh M. A.* Prosecutor's supervision over the execution of laws in the sphere of migration relations [Prokurorskiy nadzor za ispolneniyem zakonov v sfere migratsionnykh otnosheniy]. dissertation of the Candidate of Law Sciences.: 12.00.11. M., 2012. 261 p. (in rus.)
6. Comment to the Constitution of the Russian Federation [Kommentariy k Konstitutsii Rossiyskoy Federatsii] / under. ed. V. D. Zorkin. 2nd ed., Revision. M. : Norma: INFRA-M, 2011. 1008 p. (in rus.)
7. Constitutional law of Russia: a course of lectures [Konstitutsionnoye pravo Rossii: kurs lektsiy] / Yu. L. Shulzhenko [et al.]. M. : Yurлитinform, 2013. 656 p. (in rus.)
8. *Petrova A.* A human embryo — a subject or object of law? [Chelovecheskiy embrion — sub"yekt ili ob"yekt prava?] // Law, society, state: questions of theory and history: Coll. materials vseros. stud scientific Conf. [Pravo, obshchestvo, gosudarstvo: voprosy teorii i istorii: sb. materialov Vseros. stud. nauch. konf.], Moscow, 24–25 apr. 2015 M. : Ros. University of Peoples' Friendship, 2015. P. 257–260. (in rus.)
9. *Polyakov A. V., Timoshina E. V.* The general theory of law: a textbook. SPb. : Publishing House of St. Petersburg. state University Press, Faculty of Law, St. Petersburg state University [Obshchaya teoriya prava: uchebnik. SPb.: Izdatel'skiy Dom S.-Peterb. gos. un-ta, Izdatel'stvo yuridicheskogo fakul'teta S.-Peterb. gos. un-ta], 2005. 472 p. (in rus.)
10. Public prosecutor's supervision over the implementation of migration legislation: current issues: handbook [Prokurorskiy nadzor za ispolneniyem migratsionnogo zakonodatel'stva: aktual'nyye voprosy: posobiye] / A. V. Palamarchuk [et al.]; Gene. Prosecutor Office of the Rus. Federation, Acad. of the Gene. Prosecutor of the Rus. Federation M., 2014. 124 p. (in rus.)
11. *Prudnikova T. A.* Theoretical, methodological and legal framework for the regulation of migration processes (On the example of Russia and the member states of the European Union): monograph [Teoretiko-metodologicheskiye i pravovyye osnovy regulirovaniya migratsionnykh protsessov (Na primere Rossii i gosudarstv-chlenov Yevropeyskogo Soyuza): monografiya]. M., 2015. 141 p. (in rus.)
12. *Soloviev V. S.* Works: in 2 vol. / comp., Total. ed. and entry Art. A. F. Losev and A. V. Hulygi; note S. L. Kravets [and others] [Sochineniya: v 2 t. /sost., obshch. red. i vstup. st. A. F. Loseva i A. V. Gulygi; primech. S. L. Kravtsa [i dr.]]; USSR Academy of Sciences, Institute of Philosophy. M. : Publisher "Thought". Vol. 1. 1988. 894 p. (Philos. Heritage. T. 104), (in rus.)
13. *Khabrieva T. Ya.* Migration Law of the Russian Federation: Theory and Practice [Migratsionnoye pravo Rossii: teoriya i praktika]. M. : 2008. 336 p. (in rus.)

Субъективная коллективная воля при управлении долевой землей сельскохозяйственного назначения и ее следствия

Майборода Виктор Александрович

к. ю. н., доцент кафедры гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, судья Тульского областного суда в отставке, mayboroda-va@ranepa.ru

АННОТАЦИЯ

Новый этап в развитии отношений по управлению земельными участками сельскохозяйственного назначения пришел на смену первоначальной приватизации земель сельскохозяйственного назначения. Его отличием является смена состава участников долевой собственности и наличием экономически сильных хозяйственных контрагентов-арендаторов земель. Состав новых собственников социально неоднороден и вследствие этого не имеет правового инструмента, позволяющего формировать коллективную волю общего собрания согласно целям управления собственностью, поскольку сама неоднородность состава пресекает зарождение возможности единства целей управления. Выражение субъективного коллективного волеизъявления должно иметь правовой инструмент пресечения возможности его узурпации экономически сильным субъектом. Представляется, что таким инструментом должна выступить дифференциация видов споров, связанных с формированием коллективного волеизъявления по управлению долевой собственностью и процессуальных особенностей их разрешения.

Ключевые слова: субъективные права при коллективном волеизъявлении; земельный участок сельскохозяйственного назначения; общая долевая собственность; общее собрание; гражданско-правовое сообщество.

Subjective Collective Will In the Management of Shared Agricultural Land and Its Consequences

Mayboroda Viktor Aleksandrovich

Candidate of Laws, Associate Professor of the Department of Civil and Labor Law of the North-West Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation, retired judge of the Tula Regional Court, mayboroda-va@ranepa.ru

ABSTRACT

A new stage in the development of relations in the management of agricultural land plots has replaced the initial privatization of agricultural land. Its difference is the change in the composition of the participants in the share ownership and the presence of economically strong economic counterparties-tenants of land. The composition of new owners is socially heterogeneous and, as a result, it does not have a legal instrument allowing to form the collective will of the general meeting according to the goals of property management, since the heterogeneity of the composition prevents the emergence of the possibility of unity of management goals. The expression of subjective collective will must have a legal instrument to prevent the possibility of its usurpation by an economically strong subject. It seems that such an instrument should be the differentiation of the types of disputes related to the formation of collective will on the management of common ownership and the procedural peculiarities of their resolution.

Keywords: subjective rights at collective will; agricultural land; common ownership; general meeting; civil law community.

Постановка проблемы

С 2002 г., после институциональной реформы земельных отношений в Российской Федерации действует Федеральный закон от 24.07.2002 № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» (далее — Закон). Напомним, что реформа заключалась в изменении формы собственности и распределении земель сельскохозяйственного назначения между участниками колхозов и работниками совхозов пропорционально их трудовому стажу соответственно в колхозе и совхозе. Впоследствии к лицам, имевшим право на получение земельной доли, были приравнены работники социальной сферы на селе — здравоохранения, образования, культуры и т. д. В результате приватизации 1991–1993 гг. был образован класс собственников земельных долей, которые в совокупности обладали правом собственности на земли сельскохозяйственного назначения. При этом, у этих же лиц право ординарной имущественной приватизации, также, как и у иных участников ваучерной приватизации предполагалось к трансформации в общую собственность на средства производства: недвижимое имущество, сельскохозяйственную технику и т. д. Дальнейшая динамика развития общественных отношений привела к сохранению долевой собственности на

землю, но к фактической утрате долевой формы собственности на имущество приватизированных колхозов и совхозов. Само течение времени привело к смене поколений и обладателями общей долевой собственности на земельные участки на сегодняшний день выступают иные лица, нежели участники первоначальной приватизации: как правило, наследники в порядке, установленном для наследования в гражданском законодательстве. Новые собственники земельных долей не являются носителями сознания, в котором была бы закреплена ценность коллективной формы сельскохозяйственного производства в связи с тем, что коллективное (кооперативное) сельскохозяйственное производство не является доминирующей формой сельскохозяйственного производства. Результатом отсутствия доминирующей ценности в массовом сознании — преимущества коллективной формы хозяйствования в сельскохозяйственном производстве выступает происходящая непосредственно в текущее время дифференциация социальной группы собственников земельных паев. На наш взгляд такая дифференциация является новым общественным отношением, регулирование которого — законодательная проблема современного развития регулирования оборота земель сельскохозяйственного назначения.

В правовом смысле указанный Закон в действующей редакции устанавливает тождество понятий земельной доли и доли в праве на общую собственность в земельном участке. Такая тождественность позволяет применять не только специальные правила управления земельными участками, находящимися в общей собственности, в случае, если собственников более пяти, но и применять правила гражданского законодательства Российской Федерации, в части не урегулированной указанным законом.

Изложенное позволяет заключить, что, во-первых, современные правообладатели земельного пая не тождественны владельцам иного недвижимого имущества, либо долей в праве на иное недвижимое имущество. Земля находится в долевой собственности, средства ее обработки находятся с собственности сельскохозяйственного товаропроизводителя и это разные группы собственников. При этом имущество, как непосредственно земля, так и средства ее обработки получены указанными группами уже не в результате трудового участия, а по иным гражданско-правовым основаниям и составляет для них имущественную, а не трудовую ценность. Во-вторых, обладатели земельных паев не составляют однородного в социальном смысле коллектива, которым они являлись в начале 1990-х годов. Это не лица, вместе создававшие коллективную собственность, а лица, чье имущественное, социальное и образовательное неравенство является очевидным, в том числе и им самим. В-третьих, отсутствие тождества базовых ценностей неизбежно влияет на существо принимаемых решений при управлении общей долевой собственностью, что в свою очередь обуславливает необходимость настоящего анализа и предложений по изменению механизма управления, которым является общее собрание собственников в земельном участке.

Автономия индивидуальной воли участника отношений и общность коллективной воли

Основным началом гражданского законодательства Российской Федерации ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации определяет, что граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

Статья 2 ГК Российской Федерации закрепляет, что отношения в гражданском законодательстве основаны на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников. Основанность отношений на равенстве физических и юридических лиц корреспондирует конституционному положению о равенстве всех перед законом и судом, указанным в ч. 1 ст. 19 Конституции России. Сама идея автономии воли при определении договоренности принимается в качестве *a priori*¹.

Однако конституционный принцип равенства сам по себе не исключает возможность установления различных правовых условий для различных категорий субъектов права. Важным является, что такие различия должны иметь законное закрепление и основываться на объективных характеристиках соответствующих категорий субъектов.

Субъекты отношений, связанных с оборотом земель сельскохозяйственного назначения поименованы в п. 1 ст. 2 Закона, согласно которому участниками отношений, регулируемых указанным Федеральным Законом, являются граждане, юридические лица, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования.

¹ Nygh P. *Autonomy in International Contracts*. Oxford, 1999. P. 13–14.

Иностранные граждане, иностранные юридические лица, лица без гражданства, а также юридические лица, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более чем 50% фактически являются обособленной группой субъектов, гарантия равенства прав которым относительно ординарного субъектного круга урезана. Данные лица не вправе обладать земельными участками сельскохозяйственного назначения на праве собственности. Фактически они не могут обладать и долями в праве в указанных земельных участках на праве собственности, следуя правоприменительной практике реализации положений указанного закона².

Российская Федерация в качестве субъекта отношений в отличие от иных публично-правовых субъектов фактически следует принципу английского права о том, что кто имеет в собственности землю, тот владеет всем до небес и вниз до центра земли³, выделяя недра и воздух в отдельные объекты регулирования.

Иные ординарные субъекты — физические и юридические лица ограничены Законом в правах собственника относительно объема прав в отношении иного недвижимого имущества. Такое ограничение касается не только невозможности изменения вида разрешенного использования земельных участков сельскохозяйственных угодий в составе земель сельскохозяйственного назначения, но и установлением предела в размере земельной собственности, которая может находиться у одного лица⁴. При этом публично-правовой субъект наделен рядом преимуществ относительно частного: например, правом преимущественного приобретения земельного участка⁵, правом изъятия земельного участка для публичных нужд⁶ и т. д. То есть субъектный состав рассматриваемых отношений наделен отдельными свойствами, отличающими его от ординарной правосубъектности участников гражданского оборота. В связи с чем постановка проблемы о наличии имманентных свойств в формировании воли субъектов в данных отношениях носит не только экономический характер обоснования, но и имеет нормативно-правовые предпосылки к выделению этих свойств в отдельный предмет исследования.

Закон устанавливает специальную норму о том, что владение, пользование и распоряжение земельным участком, находящимся в собственности 5 и более участников, осуществляются в соответствии с решением участников долевой собственности, которое принимается на общем собрании участников долевой собственности. В качестве общих норм относительно данного специального правила следует рассматривать п. 1 ст. 246 ГК Российской Федерации и п. 1 ст. 247 ГК Российской Федерации, согласно которым распоряжение, владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляется по соглашению всех ее участников. Владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, при не достижении согласия собственников осуществляются в порядке, устанавливаемом судом.

Специальная же норма Закона объединяет все правомочия собственника доли в праве общей собственности в единый порядок реализации — через решения общего собрания участников общей долевой собственности.

Применительно к цели настоящего исследования следует обратить внимание, что Закон предусматривает два механизма реализации правомочий владения, пользования и распоряжения земельным участком, находящимся в общей собственности:

1) полномочия, которые отнесены к компетенции общего собрания, осуществляются в соответствии с процедурой проведения общего собрания и при наличии кворума, достаточного для его проведения;

2) иные полномочия по владению, пользованию и распоряжению земельным участком разрешаются посредством заключения соглашения о порядке пользования, владения и распоряжения земельным участком. При заключении такого соглашения должна быть выражена позитивная воля каждого из участников общей долевой собственности, в отличие от волеизъявления по вопросам, отнесенным к компетенции общего собрания участников общей долевой собственности.

² Майборода В. А. Наследование земельной доли иностранным гражданином // Наследственное право. 2018. № 3. С. 19–22.

³ Gray K. J., Gray S. F. *Elements of Land Law*. 4th ed. OUP, 2005. P. 18.

⁴ Ответ на вопрос 5 в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2013 г., утв. Президиумом Верховного Суда РФ 4 июня 2014 г.

⁵ См.: Липски С. А. Правовой механизм государственного регулирования рыночного оборота земель сельскохозяйственного назначения в современной России: особенности формирования, тенденции и перспективы // Право и экономика. 2011. № 12. С. 18–24.

⁶ См.: Майборода В. А. Изъятие земельных участков для публичных нужд // Правовые вопросы недвижимости. 2015. № 1. С. 28–32.

А лицо, не согласное с условиями договора имеет право выделиться вне зависимости от согласия арендатора земельного участка. То есть коллективная воля в данном правиле сочетается с индивидуальным интересом (волей) посредством исключения из общего правила для арендатора земельного участка, который своим согласием (не согласием) на выдел сохраняет условия определенности в отношении арендуемого им объекта — земельного участка. Дихотомия коллективной/индивидуальной воли (интереса) к сделке арендодателя разрешен законодателем за счет арендатора.

Таким образом, рассматриваемое регулирование указывает на две формы волеизъявления: индивидуальный (интерес) и коллективное волеизъявление. Если относительно индивидуального интереса закреплена ее свобода к заключению договора вышеприведенным регулированием основных начал гражданского законодательства, то относительно коллективной воли, порядка ее формирования и выражения прямой нормы о ее автономии и свободе к заключению договора, правил о ней ни в общих началах, ни в специальном регулировании мы не найдем.

Аналогичным является и рассуждение об автономии воли. Индивидуальный владелец земельного пая наделен ею в полной мере, а при коллективном выражении воли персональная автономия воли вытесняется коллективным выражением воли большинства участников общего собрания, судьбе которого должно следовать меньшинство, за единственным исключением, основанным реализацией принципа о свободе договора — не согласием с условиями договора аренды.

Формирование коллективной воли при управлении общей долевой собственностью — земельным участком сельскохозяйственного назначения осуществляется за счет ограничения индивидуальной автономии каждого из участников общей долевой собственности в земельном участке. Такая конструкция является доктринально разработанной в корпоративном праве, но не в отношении гражданско-правовых сообществ, к числу которых относятся участники общей собственности в земельном участке. В корпоративном праве такое вытеснение автономии воли коллективным волеизъявлением мотивируется экономической целесообразностью при управлении компанией⁷. Однако участники корпорации добровольно жертвуют автономией воли, утрачивая имущественную самостоятельность в части вклада в уставный (складочный) капитал своей волей. Участники же общей долевой собственности в земельном участке атрибута автономии воли лишены самим законом, регулирующим отношения по обороту земель сельскохозяйственного назначения в случае следования меньшинства воле большинства.

В приведенной связи особенно следует выделить и то обстоятельство, что участники общей долевой собственности в земельном участке, в отличие от корпоративной общности не базируются на универсальной ценности извлечения прибыли с помощью принадлежащего им имущества. Как отмечено выше — теперь это неоднородная группа лиц, не имеющая единой ценностной платформы для унификации волевого объединения на общем собрании. При наличии единства ценностей справедливым было бы следование меньшинством воле большинства, как это справедливо в корпоративном объединении. В рассматриваемом же случае участники долевой собственности могут иметь разные цели: одних привлекает ценность размера аренды, для других, напротив, размер арендной платы, стабильность ее выплаты и прочие обстоятельства имеют негативное свойство, поскольку ими преследуется цель скупки земельных долей с последующим выделом в отдельный земельный участок. А чем менее стабильна аренда, тем ниже цена земельной доли. Третьи полагают участок в долевой собственности несоразмерно объединяющим пашни, сенокосы, пастбища, залежи и другие угодья и они преследуют цель выдела наиболее ценной части из общей собственности, опередив в этом других.

Таким образом — в отношениях общей долевой собственности умаление автономии воли меньшинства в пользу воли большинства не имеет единства объединяющих ценностей и не может являться справедливым в отношении всего объединения.

Порядок формирования коллективного волеизъявления

Закон предполагает две формы формирования коллективного волеизъявления: общее собрание участников долевой собственности на земельный участок и возражение на предлагаемый одним из участников (группой участников) проект межевания земельного участка. При этом вопрос аренды земельного участка, находящегося в общей собственности не может быть решен иным способом, нежели общее собрание участников общей долевой собственности.

⁷ Roth G. H., Kindler P. The Spirit of Corporate Law. Core Principles of Corporate Law in Continental Europe. Munchen, 2013. P. 113–115.

Общее собрание участников общей долевой собственности нельзя отнести к корпоративным отношениям по очевидной причине: отсутствие корпорации⁸.

В указанной связи общие собрания необходимо рассматривать как организационный элемент правосубъектности одной из сторон сделки в договоре аренды — арендодателя. Общие собрания имеют организационное единство, но не единство цели⁹.

В соответствии с подп. 1.1 п. 1 ст. 8 ГК Российской Федерации гражданские права и обязанности возникают в том числе из решений собраний в случаях, предусмотренных законом. При этом в силу п. 2 ст. 181.1 ГК Российской Федерации решение собрания, с которым закон связывает гражданско-правовые последствия, порождает правовые последствия, на которые решение собрания направлено, для всех лиц, имевших право участвовать в данном собрании (участников юридического лица, собственников, кредиторов при банкротстве и других — участников гражданско-правового сообщества), а также для иных лиц, если это установлено законом или вытекает из существа отношений. Таким образом, гражданским законом установлено, что одним из обязательных условий признания решения собрания основанием возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей является наличие в законе указания на гражданско-правовые последствия, обязательные для всех управомоченных на участие в таком собрании лиц.

В п. 5 ст. 14 Закона установлено, что участник долевой собственности, выразивший на общем собрании участников долевой собственности несогласие с передачей в аренду земельного участка, находящегося в долевой собственности, или с условиями договора аренды такого земельного участка, в случае передачи его в аренду вправе выделить земельный участок в счет принадлежащих ему земельной доли или земельных долей без проведения общего собрания. При этом согласие арендатора земельного участка или залогодержателя права аренды земельного участка на выдел в счет земельной доли или земельных долей земельного участка не требуется и договор аренды или залог прав аренды в отношении выделенного земельного участка прекращается.

Изложенное позволяет заключить, что общее собрание участников общей долевой собственности в земельном участке по своей природе отличается от корпоративных собраний и от иных собраний гражданско-правовых сообществ, поскольку применительно к вопросу аренды земельного участка и залога прав аренды не только оно само по себе выступает основанием к возникновению гражданских прав и обязанностей, но и его течение, то есть процедура проведения является основанием к возникновению и (или) прекращению гражданских прав и обязанностей.

Поэтому в отношении рассматриваемого собрания, как ни для какого иного собрания важен способ голосования — способ формирования коллективной воли.

В соответствии с п. 8 ст. 14.1 Закона решения принимаются общим собранием открытым голосованием. При этом Закон указывает, что решение считается принятым, если за него проголосовали участники общего собрания, владеющие в совокупности более чем 50% долей общего числа долей собственников, присутствующих на общем собрании (при условии, что способ указания размера земельной доли допускает сопоставление долей в праве общей собственности на этот земельный участок), или большинство участников общего собрания.

Открытое голосование является антитезой тайному голосованию, которое предполагает использование средств сокрытия индивидуального волеизъявления, то есть — бюллетеней, кабинок для голосования и т. д. Открытость голосования означает, что происходит консолидация голосующих на физическом уровне. Управомоченные на участие в общем собрании лица вместе выражают свою волю общим движением: поднятием рук; поднятием регистрационного документа и т. п. То есть участники общего собрания в момент открытого голосования находятся в единстве, либо одобряя соответствующий пункт повестки для, либо отвергая его¹⁰. Фактически именно общее собрание является единственно возможным средством достижения консенсуса относительно достоинств и недостатков земельного участка, в том числе относительно выделяемого земельного участка применительно к земельному участку, остающемуся в общей собственности. Зачастую учитываются такие факторы, как качество угодий, наличие (отсутствие) инфраструктуры, давность и качество использования удобрений, наличие и качество ветрозащитных лесополос, величина пахотной «клетки» применительно к имеющейся в наличии сельскохозяйственной технике и др. И все эти обстоятельства должны быть сгруппированы в простом «за» или «против», что неизбежно

⁸ См.: Лаптев В. А. Решения собраний и сделки: правовой режим и отличия // Юрист. 2016. № 2. С. 30–37.

⁹ См.: Филипенко Н. В. О правосубъектности объединений граждан на примере практики Конституционного Суда РФ // Закон. 2017. № 4. С. 141–150.

¹⁰ Ямпольская Ц. А. О понятии общественных организаций в СССР // Вопросы теории и истории общественных организаций. М., 1971. С. 14.

приводит к формированию кратковременной социальной общности, основанных на единстве интереса¹¹.

Резюмируя изложенное, можно заключить, что правовая природа общего собрания по решению вопроса аренды земельного участка сочетая в себе формирование коллективной воли и возможность противопоставления индивидуальной воли носит дуалистичный характер. Решение собрания по такому вопросу является одновременно и основанием возникновения прав и обязанностей по сделке аренды между арендодателями и арендатором и основанием к возникновению вещного права на будущий земельный участок, образование которого предполагается из земельной доли (долей) лица, проголосовавшего «против» заключения договора аренды, или его условий.

Применительно к решению вопросов по выделу земельного участка общее собрание является исключительно основанием к возникновению прав и обязанностей.

Вторая форма формирования коллективной воли предусмотрена п. 14 ст. 13.1 Закона и представляет собой подачу возражений относительно размера и местоположения границ выделяемого в счет земельной доли или земельных долей земельного участка. В этом случае возражения в формальном смысле являются индивидуальными. Но в фактическом положении эти возражения направлены против умаления общей долевой собственности за счет выдела из нее долей, то есть очевидно также выступают выражением коллективного волеизъявления, даже и при индивидуальности их подачи. Податель возражений является сторонником общей собственности, выступая за сложившийся правопорядок управления общей собственности. Члены долевой собственности не объединены физическим единством голосования, а объединены общей ценностью. И эта общность носит постоянный, а не кратковременный характер.

Изложенное позволяет заключить, что вне зависимости от порядка формирования коллективного волеизъявления оно имеет доминирующее значение применительно к совершению стороной собственников земельных долей сделки с принадлежащим им земельному участку и в этом смысле является основанием к возникновению прав и обязанностей, то есть — обязательств. Коллективная воля в таком случае является принадлежностью обязательственного отношения. В случае же голосования против условий договора аренды собственником земельной доли (долей) такое решение, принимаемое им на общем собрании, является основанием к возникновению прав на будущую вещь — подлежащий формированию земельный участок. И такое индивидуальное волеизъявление является основанием к возникновению вещного правоотношения.

Такое деление с позиции гражданского регулирования полностью корреспондирует экономической сущности приведенных решений. Первые могут быть охарактеризованы как решения экономически зависимых субъектов, полагающихся на использование принадлежащей им собственности третьим лицом за арендную плату; вторые же, как правило, являются решениями экономически сильных субъектов, полагающихся на свою способность вести сельскохозяйственное производство на выделяемом земельном участке. Такие позиции по существу являются разнонаправленными: в первом случае речь идет о сохранении традиционного социалистического уклада, во втором прослеживается осознание собственником земельной доли права на присвоение себе того, что он может контролировать, извлекая из этого пользу¹².

Выводы исследования

Изложенное позволяет с определенностью утверждать, что решения общих собраний участников общей долевой собственности должны быть дифференцированы по кругу вопросов, включаемых в повестку дня.

Во-первых, экономические вопросы, основанные на необходимости выдела, могут рассматриваться по существующей процедуре, но с установлением арбитражной подведомственности данной категории дел, поскольку очевидно, что не субъектный состав участников правоотношения является определяющим фактором, а существо спора, то есть спора о выделе земельного участка из состава общей долевой собственности. Выдел влечет экономические последствия для остающихся и для выделяющихся¹³.

Действующее на сегодняшний день разграничение подведомственности приведенной категории дел относит их целиком к подведомственности судов общей юрисдикции.

¹¹ См.: Майборода В. А. О возможности нотариального удостоверения решений долевых собственников земельных участков сельскохозяйственного назначения // Судья. 2015. № 12. С. 29–32.

¹² Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law. 1922. Reprinted by The Lawbook Exchange Ltd. 2008. P. 192.

¹³ См.: Майборода В. А. Профилактика земельных споров как элемент стратегического планирования развития муниципального района // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2016. № 4. С. 25–29.

Во-вторых, вопросы, связанные с арендой общего земельного участка, представляют собой формат принятия решения по управлению общей собственностью и могут рассматриваться через орган местного самоуправления, посредством делегирования ему полномочия на предоставление земельного участка общей долевой собственности на тех же условиях и в том же порядке, что и предоставление в аренду земель публичной собственности, то есть на аукционе¹⁴.

Такой подход позволит внести правовую определенность в статус должностного лица органа местного самоуправления, участвующего в проведении общего собрания, доводя до логического конца реализацию им публично-правовых полномочий в данных отношениях.

Литература

1. Gray K. J., Gray S. F. Elements of Land Law. 4th ed. OUP, 2005.
2. Nygh P. Autonomy in International Contracts. Oxford, 1999.
3. Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law. 1922. Reprinted by The Lawbook Exchange Ltd. 2008.
4. Roth G. H., Kindler P. The Spirit of Corporate Law. Core Principles of Corporate Law in Continental Europe. Munchen, 2013.
5. Лаптев В. А. Решения собраний и сделки: правовой режим и отличия // Юрист. 2016. № 2. С. 30–37.
6. Липски С. А. Правовой механизм государственного регулирования рыночного оборота земель сельскохозяйственного назначения в современной России: особенности формирования, тенденции и перспективы // Право и экономика. 2011. № 12. С. 18–24.
7. Майборода В. А. Изъятие земельных участков для публичных нужд // Правовые вопросы недвижимости. 2015. № 1. С. 28–32.
8. Майборода В. А. Наследование земельной доли иностранным гражданином // Наследственное право. 2018. № 3. С. 18–23.
9. Майборода В. А. О возможности нотариального удостоверения решений долевых собственников земельных участков сельскохозяйственного назначения // Судья. 2015. № 12. С. 29–32.
10. Майборода В. А. Предоставление земель публичной собственности на основе аукциона // Юрист. 2015. № 19. С. 40–46.
11. Майборода В. А. Профилактика земельных споров как элемент стратегического планирования развития муниципального района // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2016. № 4. С. 25–29.
12. Майборода В. А. Развитие правоохранительной функции нотариата в сделках с земельными участками // Нотариус. 2015. № 6. С. 41–44.
13. Филипенко Н. В. О правосубъектности объединений граждан на примере практики Конституционного Суда РФ // Закон. 2017. № 4. С. 141–150.
14. Ямпольская Ц. А. О понятии общественных организаций в СССР // Вопросы теории и истории общественных организаций. М., 1971.

References

1. Gray K. J., Gray S. F. Elements of Land Law. 4th ed. OUP, 2005.
2. Nygh P. Autonomy in International Contracts. Oxford, 1999.
3. Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law. 1922. Reprinted by The Lawbook Exchange Ltd. 2008.
4. Roth G. H., Kindler P. The Spirit of Corporate Law. Core Principles of Corporate Law in Continental Europe. Munchen, 2013.
5. Laptev V. A. Decisions of meetings and transactions: legal regime and differences [Resheniya sobraniy i sdelki: pravovoy rezhim i otlichiya] // Lawyer. [Yurist] 2016. N 2. P. 30–37.
6. Lipsky S. A. The legal mechanism of state regulation of market turnover of agricultural land in modern Russia: features of formation, trends and prospects [Pravovoy mekhanizm gosudarstvennogo regulirovaniya rynochnogo oborota zemel' sel'skokhozyaystvennogo naznacheniya v sovremennoy Rossii: osobennosti formirovaniya, tendentsii i perspektivy] // Law and Economics. [Pravo i ekonomika.] 2011. N 12. P. 18–24.
7. Mayboroda V. A. Withdrawal of land for public needs [Iz'yatiye zemel'nykh uchastkov dlya publichnykh nuzhd // Pravovyye voprosy nedvizhimosti.] // Legal issues of real estate. 2015. N 1. P. 28–32.
8. Mayboroda V. A. Inheritance of land share by a foreign citizen [Nasledovaniye zemel'noy doli inostrannym grazhdaninom] // Inheritance law. 2018. N 3. P. 18–23.
9. Mayboroda V. A. On the possibility of notarization of decisions of equity owners of agricultural land plots [O vozmozhnosti notarial'nogo udostovereniya resheniy dolevykh sobstvennikov zemel'nykh uchastkov sel'skokhozyaystvennogo naznacheniya] // Judge. [Sud'ya] 2015. N 12. P. 29–32.
10. Mayboroda V. A. The provision of public property land on the basis of the auction [Predostavleniye zemel' publichnoy sobstvennosti na osnove auktsiona] // Lawyer. [Yurist.] 2015. N 19. P. 40–46.

¹⁴ См.: Майборода В. А. Предоставление земель публичной собственности на основе аукциона // Юрист. 2015. № 19. С. 40–46.

11. *Mayboroda V. A.* Prevention of land disputes as an element of strategic planning for the development of a municipal district [Profilaktika zemel'nykh sporov kak element strategicheskogo planirovaniya razvitiya munitsipal'nogo rayona] // Municipal Service: legal issues. 2016. N 4. P. 25–29.
12. *Mayboroda V. A.* The development of the law enforcement function of the notary in transactions with land plots [Razvitiye pravookhranitel'noy funktsii notariata v sdelkakh s zemel'nymi uchastkami] // Notary. 2015. N 6. P. 41–44.
13. *Filipenko N. V.* Legal personality of social communities illustrated by the practice of the constitutional court of the Russian Federation // Zakon. 2017. N 4. P. 141–150.
14. *Yampolskya Ts. A.* On the concept of public organizations in the USSR // Questions of the theory and history of public organizations. M., 1971.

Субъективные права, свободы и законные интересы осужденных к лишению свободы

Смирнов Леонид Борисович

профессор кафедры уголовного права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ доктор юридических наук профессор, Российская Федерация, Санкт-Петербург.
lbs1958@yandex.ru

АННОТАЦИЯ

В статье рассмотрены теоретические и правоприменительные аспекты субъективных прав, свобод и законных интересов осужденных, отбывающих наказания в местах лишения свободы. Проблема прав, свобод и законных интересов осужденных, отбывающих лишение свободы, остается актуальной и нуждается в серьезном осмыслении, так как является составной частью проблемы охраны прав и свобод человека и гражданина в целом. Защита прав, свобод и законных интересов осужденных является важным направлением работы юристов в условиях правового государства.

Ключевые слова: субъективное право, норма уголовно-исполнительного права, лишение свободы, осужденные, ограничения прав. юридические обязанности.

Subjective Rights, Freedoms and Legitimate Interests of Convicted Persons to Imprisonment

Leonid Smirnov

Professor of criminal law, the North-Western Institute of management of the Russian presidential Academy of national economy and public administration, doctor of law Professor, Russian Federation, Saint-Peterburg.
lbs1958@yandex.ru

ABSTRACT

The article deals with the theoretical and law enforcement aspects of the subjective rights, freedoms and legitimate interests of convicts serving sentences in prison. The problem of the rights, freedoms and legitimate interests of convicts serving deprivation of liberty remains relevant and needs serious consideration, as it is an integral part of the problem of protection of human rights and freedoms of the individual and the citizen as a whole. Protection of the rights, freedoms and legitimate interests of convicts is an important area of work of lawyers in the conditions of the rule of law.

Keywords: subjective law, rule of criminal Executive law, deprivation of liberty, convicts, restrictions of rights, legal duty.

Под правовым положением осужденных обычно понимают совокупность субъективных прав и юридических обязанностей, которые выступают элементами структуры их правового статуса. Однако существуют позиции, согласно которым в структуру правового статуса осужденных входят законные интересы, правоограничения, правоотношения, правосубъектность и юридическая ответственность. Мы разделяем традиционный двухэлементный состав структуры правового статуса осужденных, состоящий из субъективных прав и юридических обязанностей.

По нашему мнению, законный интерес — это разновидность прав осужденного и вряд ли можно считать его самостоятельным элементом правового статуса. Законный интерес, выступающий как предусмотренное в законе благо, или вариант поведения, реализация которого зависит с одной стороны от поведения заключенного, с другой стороны от оценки этого поведения. Законный интерес основан на стремлении заключенного получить предусмотренное законом социальное благо материального и нематериального характера или реализовать определенный вариант поведения. Законный интерес заключенного может быть реализован в результате положительной оценки личности заключенного.

Что касается таких элементов как правоотношения, правосубъектность, правоограничения и юридическая ответственность, то они не являются элементами структуры правового статуса осужденных. Правоограничения выступают как главный признак правового статуса осужденных.

Уголовное наказание, в результате его применения, изменяет правовое положение гражданина. Даже в случае самого сурового наказания, каким является лишение свободы, заключенный всегда имеет возможность воспользоваться правами, свободами и законными интересами, которые составляют сферу его разрешенного поведения.

В соответствии с Конституцией РФ, права и свободы гражданина могут быть ограничены только федеральным законом, и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения

обороноспособности страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55). К признакам правовых ограничений относят наступление неблагоприятных условий для осуществления собственных интересов субъекта, сужение возможностей, свобод¹. Ограничение прав и свобод, в связи с лишением свободы, носит вынужденный характер, т. к. без него невозможно применение средств исправительного воздействия, да и самого наказания².

Наибольшая степень ограничений прав и свобод человека допускается в отношении осужденных к лишению свободы [1, с. 68]³. Осужденные к лишению свободы как особая категория граждан обладают специальным правовым статусом осужденного, который дифференцирован в зависимости от вида исправительного учреждения.

Правовым фундаментом положения осужденных является общегражданский правовой статус, установленный Конституцией РФ и общепризнанными международными нормами. Уголовное наказание лишь ограничивает часть общеправового статуса осужденных. Наибольшие ограничения правового статуса осужденных присущи осужденным к лишению свободы.

Правовое положение осужденных к лишению свободы отражает особенности развития и состояние государства и общества. Поскольку лишение свободы является разновидностью заключения, то осужденные к лишению свободы выступают как категория заключенных. В дальнейшем мы будем обозначать осужденных к лишению свободы «осужденные заключенные».

Уголовное наказание в виде лишения свободы заключается в создании наиболее существенных для человека правоограничений и применяется с целью восстановления социальной справедливости, исправления и предупреждения совершения новых преступлений, как ими, так и иными лицами. В этом проявляется карательная сущность лишения свободы.

Правовой статус осужденных заключенных не является общим для всех категорий, он дифференцирован в зависимости от различных критериев и оснований классификации осужденных и дифференциации карательно-исправительного процесса. Классификация правовых статусов осужденных заключенных заключается в выделении различных групп или категорий по социально-демографическим, уголовно-правым, пенитенциарно-педагогическим и иным критериям.

В зависимости от социально-демографического критерия следует выделить правовые статусы осужденных заключенных мужчин и женщин, взрослых и несовершеннолетних, иностранцев, лиц без гражданства, бывших сотрудников органов внутренних дел.

В соответствии с уголовно-правовым критерием необходимо выделить правовые статусы осужденных заключенных за преступления различной степени тяжести:

- осужденных заключенных за неосторожные преступления и умышленные;
- осужденных заключенных при различных формах рецидива;
- осужденных заключенных к пожизненному лишению свободы.

Уместно выделить основные категории осужденных заключенных содержащихся в исправительных учреждениях разных видов. Несовершеннолетние осужденные заключенные содержатся в воспитательных колониях. Взрослые осужденные заключенные женского пола содержатся в колониях — поселениях и исправительных колониях общего режима. Совершеннолетние осужденные заключенные за неосторожные преступления и умышленные преступления небольшой и средней степени тяжести, если они ранее не отбывали реальное лишение свободы, содержатся в колониях поселениях. Совершеннолетние осужденные заключенные мужского пола за тяжкие преступления отбывают наказания исправительных колониях общего режима при условии, что они не отбывали ранее реальное лишение свободы. Совершеннолетние осужденные заключенные мужского пола при опасном рецидиве и за особо тяжкие преступления содержатся в исправительных колониях строго режима. Совершеннолетние заключенные мужского пола, осужденные за преступления при особо опасном рецидиве, осужденные которым смертная казнь заменена лишением свободы или пожизненным лишением свободы, а также осужденные к пожизненному лишению свободы содержатся в колониях особого режима. Отдельные категории осужденных заключенных мужского пола за совершение особо тяжких преступлений содержатся в тюрьмах.

В зависимости от соблюдения режима отбывания, выделяют осужденных заключенных вставших на путь исправления, осужденных заключенных твердо вставших на путь исправления и осужденных заключенных, не вставших на путь исправления.

¹ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве // Общая теория государства и права. Академический курс. Т. 2. Теория права. М. : Издательство «Зерцало», 1998. С. 496.

² Витрук Н. Права осужденных: Перспективы развития // Преступление и наказание. 1993. № 4–5. С. 21.

³ Бриллиантов А. В. Правовой статус осужденного и направление реформ в системе исполнения уголовного наказания // Совершенствование законодательства и практики учреждений, исполняющих наказания, на основе Конституции Российской Федерации. Тезисы докладов и сообщений (июнь 1994 г.). М., 1995. С. 68.

Принадлежность осужденного заключенного к тому или иному групповому или индивидуальному статусу предопределяет его содержание и может служить основанием для изменения условий содержания в пределах исправительного учреждения или изменения его вида.

Субъективные права осужденных заключенных представляют собой предусмотренные законом и гарантированные государством возможности реализации заключенным определенного поведения и пользования ими социальными благами.

Особенность реализации прав осужденных заключенных заключается в том, что они обеспечиваются должностными лицами органов, исполняющих наказания, исходя из их юридических обязанностей. Например, право на личную безопасность осужденных заключенных сопряжено с обязанностью администрации пенитенциарных учреждений обеспечить безопасность осужденного заключенного в случае возникновения или обнаружения опасности его жизни или здоровью.

Субъективные права осужденных заключенных предполагают юридические возможности пользоваться определенными социальными благами, требовать соответствующего поведения от других лиц, вести себя должным образом.

Таким образом, субъективным правам осужденных заключенных корреспондируют юридические обязанности администрации пенитенциарных учреждений.

В уголовно-исполнительном законодательстве права осужденных заключенных выражаются в форме дублирования и конкретизации. Дублирование прав осужденных заключенных касается воспроизводства, а в уголовно-исполнительном кодексе отдельных норм о правах человека, отраженных в Конституции и других законах.

Абсолютными правами являются право на жизнь, достоинство, на неприкосновенность, защиту своей чести и доброго имени, свобода совести и свобода вероисповедания. Приоритет абсолютных прав исключает любые их ограничения в период отбывания лишения свободы.

В ст. 12 УИК РФ закреплены основные права осужденных, к числу которых относятся:

- право на получение информации о своих правах и обязанностях;
- право на вежливое обращение со стороны персонала учреждения;
- право на заявления и жалобы; право обращаться на государственном языке;
- право на охрану здоровья;
- право на психологическую помощь;
- право на социальное обеспечение;
- право на получение юридической помощи;
- право на личную безопасность;
- право на свободу совести и свободу вероисповедания.

Основополагающим, естественным правом человека является право на свободу слова. Осужденные заключенные, как и другие граждане России и лица без гражданства, в соответствии с Конституцией РФ, имеют право свободно высказывать свои мысли, суждения и иметь убеждения по различным проблемам и вопросам, за исключением агитации, пропаганды, возбуждающей расовую, национальную либо религиозную нетерпимость, ненависть и агрессию, а так же пропаганды расового, социального, национального, религиозного либо языкового превосходства.

Федеральный закон от 26 сентября 1997 г. «О свободе совести и о религиозных объединениях» наделяет заключенных правом совершать религиозные обряды и церемонии в пенитенциарных заведениях. Статья 14 УИК РФ предусматривает право заключенных на общение со священнослужителем по просьбе самих заключенных. Таким образом, в настоящее время осужденным заключенным гарантируется свобода совести и свобода вероисповедания.

Осужденные заключенные имеют право на пенсионное обеспечение в старости, при инвалидности, потере кормильца и в иных случаях предусмотренных законом. Выплата денежных средств (пенсии) обеспечивается органами социальной защиты по месту нахождения мест лишения свободы на лицевой счет заключенного.

Разновидностью прав осужденных заключенных выступают законные интересы, как предусмотренные в законе возможности получения благ в случае их примерного поведения. К законным интересам осужденных заключенных относятся предусмотренные в законе поощрения, а также другие блага, формально поощрениями не являющимися.

Осужденные заключенные в первую очередь ограничены в свободе передвижения и распоряжения собой, в свободе общения, свободе действий, в праве на отдых, политических и личных свободах.

Сущность юридических обязанностей осужденных заключенных выражаются в совершении определенных действий, или воздержании от установленных законом действий. Осужденные заключенные обязаны исполнять установленные законодательством обязанности, соблюдать установленные нормы поведения.

Одной из проблем обеспечения безопасности осужденных заключенных является размещение и жилищные условия. В исправительных колониях осужденные заключенные размещаются в общежитиях по 150 человек, поэтому есть необходимость, чтобы они на ночь помещались в отдельные помещения. Европейские пенитенциарные правила (ЕПП) рекомендуют размещать осужденных заключенных на ночь в отдельных камерах, за исключением тех случаев, когда им предпочтительнее их размещать совместно с другими заключенными (14.5 ЕПП). По нашему мнению, необходимо чтобы осужденные заключенные размещались по комнатам не более двух человек, с учетом их психологической совместимости, а в последующем перейти на одиночное размещение на ночь.

К осужденным заключенным установлено прямое ограничение права на свободу передвижения. Они обязаны постоянно находиться в исправительном учреждении.

Осужденные заключенные, не имеющие профессии (специальности), знаний и навыков которые они могут применить на практике, выполняя работу в исправительном учреждении, обязаны получить начальное профессиональное образование или пройти профессиональную подготовку по специальности.

Осужденные заключенные лишены политического права принимать участие в выборах в органы власти. Такое положение нам представляется несправедливым и не должно входить в содержание наказания в виде лишения свободы. В местах заключения находится более 600 тыс. заключенных и будет справедливо и полезно, если они будут принимать участие в выборах органов государственной власти.

Совершенствование института правового положения осужденных заключенных важно по политическим и гуманистическим основаниям, так как служит показателем демократии и соблюдении прав человека. В современных условиях является актуальным расширение прав осужденных заключенных. Ограничения прав осужденных заключенных должны носить вынужденный характер, поэтому необходимо минимизировать кару.

Литература

1. *Бриллиантов А. В.* Правовой статус осужденного и направление реформ в системе исполнения уголовного наказания // Совершенствование законодательства и практики учреждений, исполняющих наказания, на основе Конституции Российской Федерации. Тезисы докладов и сообщений (июнь 1994 г.). М., 1995.
2. *Витрук Н.* Права осужденных: Перспективы развития // Преступление и наказание. 1993. № 4–5.
3. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве // Общая теория государства и права. Академический курс. Т. 2. Теория права. М. : Издательство «Зерцало», 1998.

References

1. *Diamonds A. V.* The legal status of the convicted person and the direction of reforms in the system of execution of criminal punishment [Pravovoy status osuzhdennogo i napravleniye reform v sisteme ispolneniya ugovnogo nakazaniya] // Improving the legislation and practice of institutions that execute punishment, on the basis of the Constitution of the Russian Federation. Abstracts of reports and communications (June 1994) [Sovershenstvovaniye zakonodatel'stva i praktiki uchrezhdeniy, ispolnyayushchikh nakazaniya, na osnove Konstitutsii Rossiyskoy Federatsii. Tezisy dokladov i soobshcheniy (iyun' 1994 g.)]. M., 1995. (in rus)
2. *Vitruk N.* The Rights of Convicts: Prospects for Development [Prava osuzhdennykh: Perspektivy razvitiya] // Crime and Punishment. [Prestupleniye i nakazaniye]. 1993. N 4–5. (in rus)
3. *Malko A. V.* Incentives and restrictions in law [Stimuly i ogranicheniya v prave] // General Theory of State and Law. Academic course. V. 2. Theory of Law [Obshchaya teoriya gosudarstva i prava. Akademicheskij kurs. T. 2. Teoriya prava]. M.: Zertsalo Publishing house, 1998. (in rus)

Аккредитив, как платежный инструмент при осуществлении экспортно-импортной сделки

Бутакова Надежда Александровна

Российская Академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Северо-Западный институт управления, к. ю. н., доцент кафедры гражданского и трудового права, Российская Федерация, Санкт-Петербург
nadbutakova@gmail.com

АННОТАЦИЯ

Аккредитив — финансовый термин, обозначающий один из видов платежных инструментов, предназначенных для произведения расчетов между участниками экспортно-импортных сделок. На сегодняшний день аккредитив признан финансистами всего мира самым универсальным способом расчетов во внешнеэкономической деятельности. Аккредитивная форма расчета позволяет решить предпринимателю несколько задач сразу. Аккредитив гарантирует минимизацию возможных юридических рисков, дополнительную страховку от недобросовестных контрагентов по внешнеторговой сделке. Российские компании, имеющие опыт работы с международными партнерами на основе долговременного сотрудничества, способны достигнуть соглашения об оплате товара по факту его поставки. Однако у начинающих предприятий нет никаких шансов найти зарубежную компанию, которая была бы согласна работать на подобных условиях. Кроме того, оплата авансом невыгодна и далеко не безопасна и для самих начинающих участников внешнеэкономической деятельности, делающих первые шаги на иностранных рынках. Именно в такой ситуации и можно оценить универсальность аккредитива как инструмента международных расчетов.

Ключевые слова: аккредитив, подтверждающий банк, авизирующий банк, банк-эмитент, покрытый и непокрытый аккредитив, отзывной и безотзывный аккредитив.

Letter Of Credit as a Payment Instrument of the Export-Import Deal

Butakova Nadezhda Alexandrovna

Russian Academy of national economy and public administration under the President of the Russian Federation, North-West Institute of management, Ph.D., associate Professor of department of civil and labor law, Russian Federation, St. Petersburg
nadbutakova@gmail.com

ABSTRACT

Letter of credit — a financial term, one of the types of payment instruments between the participants of export-import contract. Today the letter of credit is recognized by financiers in all over the world as the most universal way of payment in foreign economic activity. The letter of credit allows the businessmen to solve several problems at once. The letter of credit guarantees: minimization of possible legal risks; additional insurance against unfair contractors in a foreign trade. Russian companies that have experience of working with international partners on the basis of long-term cooperation are able to reach an agreement on payment for products upon delivery. However, start-up companies have no chance to find a foreign company that would be willing to work on such conditions. In addition, payment in advance is unprofitable and not safe for the start-up traders, making the first steps in foreign markets. In this situation the letter of credit is an universal instrument of international payments.

Keywords: credit, confirming Bank, advising Bank, issuing Bank, covered and uncovered credit, revocable and irrevocable credit.

Введение

В соответствии с действующим законодательством все предприятия, учреждения и организации независимо от организационно-правовой формы должны рассчитываться между собой в безналичном порядке. Расчеты по счетам клиентов осуществляются банком в соответствии с установленными законом платежными документами.

Правовой режим осуществления расчетов определяется гл. 46 ГК РФ и «Положением о правилах осуществления перевода денежных средств» (утв. Банком России 19.06.2012 № 383-П; ред. от 11.10.2018; Зарегистрировано в Минюсте России 22.06.2012 № 24667; с изм. и доп., вступ. в силу с 06.01.2019).

Согласно ст. 847 ГК РФ «права лиц, осуществляющих от имени клиента распоряжения о перечислении и выдаче средств со счета, удостоверяются клиентом путем представления банку документов, предусмотренных законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и договором банковского счета».

В соответствии с п. 1 ст. 862 и п. 1.1 «Положения о правилах осуществления перевода денежных средств» устанавливаются следующие формы безналичных расчетов:

- платежные поручения;
- по аккредитиву;
- чеками;
- по инкассо;
- в иных формах, предусмотренных законом, банковскими правилами или применяемыми в банковской практике обычаями.

Аккредитивная форма расчетов

Аккредитив — одно из самых действенных средств расчетов при осуществлении торговых сделок, главным образом, экспортно-импортных. Данный документ выполняет функцию обеспечения исполнения торгового договора и одновременно кредитную функцию. «Таким образом, в платежной системе аккредитив — это мощный инструмент в торговых операциях, позволяющий умелому торговому агенту опровергнуть неизбежность кредитов в сделках и обрести надежду на успех, используя ситуационную информацию и разнообразие технологий аккредитивов»¹.

При заключении экспортно-импортной сделки стороны в качестве платежного инструмента для расчетов между собой часто используют различные виды аккредитива. Данное кредитование получило свое развитие через коммерческую практику. Стороны вправе по собственному усмотрению выбрать тот или иной вид аккредитива, однако в действительности выбор аккредитива во многом зависит от финансовых причин или от того, подлежит ли страна покупателя строгому валютному регламентированию. Степень доверия коммерческих партнеров друг другу также может быть причиной, послужившей основанием для выбора отдельного вида аккредитива. Использование различных видов аккредитива является распространенной практикой в коммерческом мире при заключении экспортно-импортной сделки.

Согласно ст. 867 Гражданского кодекса РФ «при расчетах по аккредитиву банк-эмитент, действующий по поручению плательщика, обязуется перед получателем средств произвести платежи или акцептовать и оплатить переводной вексель, выставленный получателем средств, либо совершить иные действия по исполнению аккредитива по представлению получателем средств предусмотренных аккредитивом документов и в соответствии с условиями аккредитива».

Расчеты по аккредитиву, за исключением исполнения аккредитива посредством оплаты, акцепта или учета переводного векселя, согласно п. 6.1 разд. 6 «Положения о правилах осуществления перевода денежных средств» (утв. Банком России 19.06.2012 № 383-П; ред. от 11.10.2018; зарегистрировано в Минюсте России 22.06.2012 № 24667; с изм. и доп., вступ. в силу с 06.01.2019) осуществляются банком, действующим по распоряжению плательщика об открытии аккредитива и в соответствии с его указаниями (далее — банк-эмитент), который обязуется осуществить перевод денежных средств получателю при условии представления документов, предусмотренных аккредитивом и подтверждающих выполнение его условий (далее — исполнение аккредитива), либо предоставить полномочие другому банку (далее — исполняющему банку) на исполнение аккредитива.

В настоящее время аккредитив, как и другие формы расчетов, получил следующий виток развития — это блокчейн.

Согласно Проекту «Положения о правилах осуществления перевода денежных средств», опубликованному Банком России, определен порядок зачисления денежных средств на банковский счет получателя средств, а также особенности обмена информацией и представления документов по аккредитиву в электронном виде с использованием информационных систем, в том числе распределенных информационных систем (блокчейн).

Аккредитив — это обязательство банка произвести платеж за счет средств клиента в пределах обозначенной суммы и на условиях, указанных в поручении.

Участники расчетов обязаны предоставить в банки ссылки на созданные на основе блокчейна информационные системы, где содержатся документы по аккредитиву.

Положение предусматривает ряд условий, при которых документ будет считаться предоставленным. Получивший его банк должен иметь возможность его открыть, прочитать и проверить на соответствие условиям аккредитива. Информационная система, с помощью которой он был направлен, должна быть идентифицируема и доступна в течение срока его проверки.

¹ Семикова П. В. Аккредитивы как инструменты платежа // Финансы и кредит. 2 (116), 2003. С. 11.

Доступ к такой системе может быть ограниченным, в том числе платным, если это предусмотрено условиями аккредитива, в противном случае размещенный в ней документ не будет считаться предоставленным.

Получатели средств по аккредитиву смогут уведомлять банки-исполнители о завершении предоставления документов в электронном виде (в том числе с использованием блокчейн-системы) или письменно.

Хранение документов по аккредитивам также может осуществляться на основе блокчейна, созданного на платформе «Мастерчейн» ЦБ. «Мастерчейн» представляет собой платформу взаимодействия между участниками финансового рынка. Он позволяет оперативно подтверждать актуальность данных о клиенте или сделке, а также быстро создавать различные финансовые сервисы, благодаря чему участники финансового рынка смогут предоставлять клиентам принципиально новые услуги и продукты.

В создании «Мастерчейна», помимо ЦБ, приняли участие крупнейшие финансовые организации — ПАО «Сбербанк», ПАО «ВТБ», АО «Альфа-Банк», АО «Газпромбанк», ПАО Банк «ФК Открытие», АО «КИВИ Банк», и АО «НСПК».

Виды аккредитивов

Можно выделить следующие виды аккредитивов:

- a) отзывной или безотзывный
- b) резервный;
- c) отсроченный;
- d) переводной;
- e) компенсационный;
- f) с красной оговоркой;
- g) возобновляемый; и
- h) транзитный.

Отзывной или безотзывный аккредитив

Само название «отзывной» предполагает, что этот аккредитив может быть отменен покупателем в любое время до совершения платежа, что может причинить продавцу большие неудобства. Экспортно-импортная торговля в подавляющем большинстве случаев осуществляется на основе безотзывного и подтвержденного аккредитива в силу присущих такому аккредитиву преимуществ, а именно гарантированного платежа покупателя, получив который продавец может заранее завершить подготовительные этапы, часто необходимые для изготовления или приобретения товара, предназначенного к поставке. Вместе с тем следует подчеркнуть, что аккредитив может быть аннулирован, особенно в тех случаях, когда импортер (покупатель) не слишком уверен в надежности продавца как торгового партнера, хотя проверка его деловой репутации и была произведена в обычном порядке. Поэтому предприниматели, безусловно, стремятся вести предпринимательскую деятельность на основе безотзывного аккредитива. В аккредитиве должно быть четко указано, является ли он отзывным или безотзывным. При отсутствии такого указания аккредитив будет считаться безотзывным (ст. 6 «Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов»; публикация Международной торговой палаты № 600; ред. 1993 г., вступили в силу с 01.01.1994; далее по тексту МТП 600)².

В случае изменения или аннулирования отзывного аккредитива банк-эмитент должен предоставить возмещение банку, уполномоченному им на осуществление платежа по предъявлении, акцепта или неогоциации по отзывному аккредитиву, за любой платеж, акцепт или неогоциацию, произведенные этим банком по получении им уведомления об изменении или аннуляции, против документов, которые по внешним признакам соответствуют условиям аккредитива (ст. 8 i МТП 600). Если этот банк до уведомления об отзыве или изменении аккредитива принял или согласовал документы, которые по внешним признакам соответствуют условиям аккредитива, банк-эмитент должен предоставить возмещение банку, уполномоченному им на осуществление платежа с рассрочкой по отзывному аккредитиву (ст. 8 ii МТП 600). Эти положения предназначены для обеспечения защиты второго (другого) банка.

² «Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов» (публикация Международной торговой палаты № 600) (ред. 2007 г. [Электронный ресурс] // СПС Консультант Плюс (дата обращения: 12.12.2018).

С другой стороны, безотзывный аккредитив представляет собой определенное обязательство банка-эмитента произвести платеж при условии предоставления соответствующих документов либо банку-эмитенту, либо подтверждающему банк, если он есть, либо любому исполняющему банку. Если аккредитив предусматривает платеж при его предъявлении, он должен быть оплачен при предъявлении; если он предусматривает отсрочку платежа, то должен быть оплачен по истечении срока, указанного в аккредитиве.

При наличии документарного аккредитива бенефициар (экспортер) не всегда может получить платеж сразу же, после предъявления установленных документов. Документы рассматриваются подтверждающим или авизирующим банком. Несмотря на то что банк-эмитент обязуется совершить платеж, подтверждающий банк не произведет расчеты с экспортером до того момента, пока не получит свое возмещение (ст. 18 МТП 600). Если подтверждающий банк для этой цели отсутствует, экспортер может представить документы в свой банк обслуживания.

Следует отметить, что безотзывный аккредитив может быть подтвержденным или неподтвержденным³. В целях подтверждения безотзывного аккредитива банк-эмитент уполномочивает подтверждающий банк предоставить свое собственное подтверждение, которое составляет твердое обязательство такого банка (подтверждающего банка) в дополнение к обязательству, уже предоставленному банком-эмитентом. Неподтвержденный безотзывный аккредитив будет основываться только на обязательстве банка-эмитента; в случае таких аккредитивов авизирующий банк просто консультирует бенефициара (п. В ст. 19 МТП 600).

МТП 600 не предусматривает «отзывных» и «неподтвержденных» аккредитивов, по-видимому, потому, что составители считали, что импортно-экспортная торговля в основном осуществляется на основе подтвержденного безотзывного аккредитива. Однако по-прежнему существуют предприниматели, которые все еще заключают экспортно-импортные торговые сделки на основе МТП 500 или МТП 400. В МТП 500 предусматривается «отзывной» аккредитив, тогда как в МТП 400 предусматривается «отзывной» и «неподтвержденный» аккредитив.

Резервный аккредитив

Резервные аккредитивы (stand-by letter of credit, SBLC) — аккредитивы, которые выполняют функции гарантии. Данные аккредитивы часто используются, когда нет полной уверенности в том, что импортер выполнит свои обязательства по договору. Банк-эмитент становится обязанным уплатить по аккредитиву в случае нарушения импортером контрактных обязательств. Отличие резервного аккредитива от гарантии заключается в том, что резервный аккредитив можно подчинить унифицированным правилам МТП 600, которые предусматривают определенные стандарты для проверки документов, что неприменимо к гарантии. Более того, подчинение резервных аккредитивов унифицированным правилам МТП 600 устраняет проблемы, связанные с тем, что гарантии обычно подчиняются законодательству страны банка-гаранта.

Для того чтобы воспользоваться резервным аккредитивом, бенефициар (экспортер) должен предоставить в банк выставленную в адрес импортера счет-фактуру, платеж по которой не был получен своевременно. Резервные аккредитивы, как правило, являются безотзывными; это объясняется тем, что экспортер рассчитывает в любом случае получить причитающуюся ему оплату за поставленный товар. Импортер в свою очередь будет стремиться, чтобы такой аккредитив не был активирован, потому что, если его активировать, то банк, который дал обязательство, должен оплатить его, что на самом деле ставит под угрозу деловые отношения между импортером и банком. Эти аккредитивы активируются только в исключительных и непредвиденных обстоятельствах.

Общепринятая практика, обычаи и применение резервных аккредитивов отражаются в Правилах Международной практики резервных аккредитивов (ISP98). В них устанавливаются отдельные правила для резервных аккредитивов. Практика резервных аккредитивов довольно обширна, что говорит о серьезности и важности данного финансового инструмента.

В ISP98 предлагается стандартный порядок предоставления документов в электронном виде. Условие о представлении документов в электронном виде должно быть указано в самом резервном аккредитиве. ISP98 применяется в том случае, если стороны указали об этом в самом документе. Поэтому какие-то разновидности резервного аккредитива могут подчиняться ISP98, какие-то — МТП600. Для подчинения резервного аккредитива правилам ISP необходимо включить в его текст фразу о том, что настоящее обязательство выставлено согласно «Международной практике резервных аккредитивов 1998».

³ См.: Алибуттаева Д. М. Виды аккредитивов в международной практике. «Банковское право». 2004. № 2. [Электронный ресурс] // <https://www.lawmix.ru/bux/113431> (дата обращения: 12.12.2018).

Отсроченный аккредитив

Отсроченный аккредитив, как следует из названия, означает, что выплата по аккредитиву откладывается на определенный срок, который оговаривается между бенефициаром/поставщиком и импортером/покупателем. Одна из причин ведения бизнеса на основе отсроченного аккредитива заключается в том, что это может позволить избежать гербового сбора на переводном векселе, который в некоторых странах может быть очень высоким. Отсроченный аккредитив отличается от «отсроченного платежа». В рамках соглашения об отсроченном аккредитиве экспортер/продавец обязан представить все необходимые документы в авизирующий/подтверждающий банк; оплата будет производиться в сроки, согласованные заинтересованными сторонами. Остается открытым юридический вопрос о том, может ли импортер/покупатель, имея на руках коносамент, перепродать товары, которые находятся в пути следования, путем передачи коносамента другому покупателю до того, как платеж по сделке был осуществлен. Проблема в том, что до поступления средств на счет продавца первичная сделка купли-продажи считается незавершенной.

Переводной аккредитив

Согласно ст. 48 МТП 600 «Переводным (трансферабельным) является аккредитив, по которому бенефициар (первичный бенефициар) имеет право уполномочить банк, производящий платеж или платеж в рассрочку, акцепт или неоговоренную, или любой банк, уполномоченный неоговоренно переводящий банк, о том, чтобы аккредитивом могли пользоваться полностью или частично одно или несколько других лиц (вторые бенефициары)».

Для того чтобы аккредитив стал переводным, банк-эмитент обязан обозначить его таковым. В соответствии с п. В. ст. 48 МТП 600 «такие термины, как «делимый», «дробный», «переуступаемый» и «передаваемый», не сделают аккредитив переводным. Если такие термины используются, то они не должны приниматься во внимание». Первый бенефициар в момент или до подачи запроса о переводе аккредитива должен дать безотзывные указания переводящему банку о том, желает ли он сохранить за собой право отказать последнему авизовать поправку для второго(ых) бенефициара(ов). Если переводящий банк согласен на перевод аккредитива на таких условиях, он должен во время перевода сообщить второму(ым) бенефициару(ам) об указаниях первого бенефициара относительно поправок.

Если иное не оговорено в аккредитиве, трансферабельный аккредитив может быть переведен только один раз. Таким образом, перевод аккредитива возможен только второму бенефициару, однако может быть возвращен первому бенефициару, при этом обратный перевод первому бенефициару не противоречит условиям трансферабельности.

Такие аккредитивы обычно используются в тех случаях, когда продавец и покупатель заключают торговую сделку через посредника. Посредник, скорее всего, предпочтет переводной аккредитив, поскольку это позволяет ему избежать вложения собственных средств в приобретение товаров. Найдя покупателя и продавца, посредник может выставить условие о проведении расчетов с помощью переводного аккредитива. Способ использования переводных аккредитивов может быть объяснен следующим образом: покупатель открывает аккредитив в пользу посредника, авизирующий банк уведомляет посредника об открытии аккредитива в его пользу, после чего посредник дает указание перевести аккредитив в пользу продавца/поставщика товара на сумму меньшую, нежели сумма открытого покупателем аккредитива. Поставщик/продавец товара, который становится вторым бенефициаром, приобретает или производит товар и отгружает его либо конечному покупателю, либо посреднику, либо агенту или третьей стороне. Второй бенефициар предоставляет в банк транспортные документы и счета-фактуры, которые являются основанием перевода аккредитива. Посредник для получения вознаграждения также выставляет свои счета, вознаграждение рассчитывается в виде разницы в сумме покупки и продажи товара. Авизирующий банк, который получает документы, требуемые заявителем аккредитива, направляет их в банк-эмитент. В случае непредставления первым бенефициаром своих счетов-фактур соответствующий банк может направить банку-эмитенту имеющиеся у него документы, включая счета-фактуры, полученные от второго бенефициара.

Компенсационный аккредитив

Компенсационный аккредитив означает, что есть два аккредитива, первый и второй, которые управляют компенсационной системой аккредитива. На основании этой системы второй аккредитив открывается в пользу второго бенефициара/поставщика, первый аккредитив — в пользу первого бенефициара/посредника. Причина в открытии компенсационного аккредитива возникает в конкретных ситуациях, которые можно объяснить посредством примера.

Биржевой брокер в Лондоне (Сторона 1) получил заказ относительно поставки определенного товара компании в Африке (Сторона 2), оплата должна быть произведена на основании безотзывного аккредитива. Лондонский биржевой брокер находит поставщика в третьей зарубежной стране (Сторона 3), который также желает иметь дело с безотзывным аккредитивом.

Первый аккредитив открывается Африканской компанией (Сторона 2) в пользу посредника (Сторона 1). Сторона 1 открывает аккредитив в пользу поставщика (Сторона 3). Сторона 3 предоставляет установленные документы банку; если документы принимаются, то банк производит оплату. Сторона 3 отправляет товары Стороне 2.

Вознаграждение посредника складывается в виде разницы в сумме между первым счетом (счет в адрес африканской компании) и счетом поставщика (этот последний счет показывает более низкую сумму, чем счет африканской компании).

Особенности компенсационного аккредитива:

- оба аккредитива являются отдельными друг от друга, поскольку в них участвуют разные бенефициарии;
- второй аккредитив открывается на основании первого, и выпускающий банк принимает во внимание требования первого аккредитива;
- второй аккредитив открывается банком, авизировавшим первый аккредитив;
- первый аккредитив должен быть безотзывным подтвержденным;
- товары поставляются напрямую от второго бенефициара к заявителю первого аккредитива.

Подтверждающий банк, выплатив аккредитив поставщику, предоставляет полученные от поставщика документы банку, выпустившему второй аккредитив (банк посредника). Банк, выпустивший второй аккредитив, одновременно является подтверждающим и авизирующим банком по первому аккредитиву, заменяет счета поставщика на счета посредника и направляет весь пакет документов банку, выпустившему первый аккредитив. Банк-эмитент первого аккредитива списывает всю сумму, подлежащую выплате по торговому контракту, со счета покупателя. Подтверждающий банк посредника при получении суммы аккредитива от банка-эмитента, закрывает ссудный счет посредника, а сумма, превышающая сумму платежа по счетам поставщика, становится прибылью посредника.

Однако согласно компенсационному методу оплаты аккредитива банк посредника ответственен за то, чтобы оплатить второй аккредитив, независимо от того, получен ли платеж по первому аккредитиву; это потому, что эти два аккредитива — абсолютно отдельные друг от друга инструменты. Второй аккредитив датируется более ранней датой, нежели первый.

Два самых важных отличия переводного аккредитива от компенсационного:

- в случае переводного аккредитива покупатель знает, что он имеет дело с посредником, тогда как относительно компенсационного кредита, покупатель не знает о посреднике;
- посредник и его банк не несут ответственности относительно переводного аккредитива, но в случае компенсационного аккредитива, обе стороны остаются ответственными за выплату второго аккредитива.

Аккредитив с красной оговоркой

Согласно аккредитиву с красной оговоркой бенефициару (продавцу) разрешается получить авансирование (определенный процент от суммы аккредитива) до отгрузки товара и представления документов, установленных аккредитивом. Данная оговорка ранее имела обыкновение выделяться красным цветом, поэтому этот аккредитив называется аккредитивом с «красной оговоркой». Очевидно, эта финансовая привилегия позволяет продавцу осуществлять закупку материалов на производство товаров, предназначенных к поставке, без необходимости тратить свои собственные средства, или кредитоваться из других источников. Однако после отгрузки продавец представляет документы в банк обычным способом, для получения заключительной оплаты, деньги, перечисленные в качестве аванса, вычитаются из последнего платежа⁴.

Авансы согласно «красной оговорке» аккредитива могут быть обеспеченные или необеспеченные.

Обеспеченные Авансы

В случае обеспеченных авансов их предоставление разрешается только против определенных документов, подтверждающих наличие товара, а именно, складские расписки и обязательство предоставить коносаменты.

⁴ См.: «Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов» (публикация Международной торговой палаты N 600) (ред. 2007 г. [Электронный ресурс] // СПС Консультант Плюс (дата обращения: 12.12.2018).

Необеспеченные Авансы

Когда авансирование предоставляется против заявления бенефициара, аванс необходим на оплату за предотгрузку товара.

В случае непоступления платежа от покупателя исполняющий банк, выплативший аккредитив, вправе обратиться в банк-эмитент за компенсацией. Из этого следует, что авансовый платеж любой природы следует производить против надлежащих банковских гарантий банка продавца/поставщика.

Возобновляемый аккредитив

Возобновляемый аккредитив (револьверный аккредитив) используется в тех случаях, когда торговые отношения имеют длящийся характер, а поставки совершаются регулярно, поэтому такой аккредитив автоматически возобновляется после каждой поставки в пределах предусмотренного промежутка времени. Например, выпущен возобновляемый аккредитив на сумму € 50 000 на 6 месяцев. Когда документы, свидетельствующие об отгрузке товара предоставлены в банк, аккредитив возобновляется автоматически. Число списаний на суммы в пределах указанных € 50 000 может быть практически неограниченным.

Транзитный аккредитив

Транзитный аккредитив открывается в случаях, если банк-эмитент обращается в банк-посредник в одной стране подтвердить или авизовать аккредитив в пользу бенефициара — резидента другой страны. Авизующий банк может направить аккредитив непосредственно экспортеру или авизовать его через выбранного агента в стране экспортера. Как правило, банк действует через агента, когда у него нет агентского соглашения с банком продавца или банк продавца ему не известен.

Заключение

Таким образом, проведенные виды аккредитивов и их функционал характеризуют многогранность спектра применения аккредитивов. Выбор документарного аккредитива должен осуществляться, на взгляд автора, с целью удовлетворения конкретных потребностей сторон.

Все виды аккредитива, описанные в настоящей статье, хорошо известны в коммерческой практике и появились они как необходимые в международной торговле платежные инструменты. В связи с чем полагаем, что в обозримом будущем вряд ли данные инструменты претерпят существенные изменения с точки зрения экономического содержания, за исключением технического усовершенствования документооборота.

Литература

1. *Алибуттаева Д. М.* Виды аккредитивов в международной практике. // Банковское право. 2004. № 2 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.lawmix.ru/bux/113431> (дата обращения: 12.12.2018).
2. *Семенихин В. В.* Внешнеэкономическая деятельность [Электронный ресурс]. URL: <http://bzbook.ru/Vneshneekonomicheskaya-deyatelnostj.135.html> (дата обращения: 12.12.2018).
3. *Семикова П. В.* Аккредитивы как инструменты платежа // Финансы и кредит. 2 (116), 2003. С. 10–14.

References

1. *Alibuttaeva D. M.* Types of letters of credit in international practice. [Vidi akkreditivov v mezhdunarodnoy praktike] // Banking Law. 2004. № 2. [Electronic resource]. URL: <https://www.lawmix.ru/bux/113431> (date of access: 12.12.2018).
2. *Semenikhin V. V.* Foreign economic activity [Vneshneekonomicheskaya deyatel'nost'] [Electronic resource]. URL: <http://bzbook.ru/Vneshneekonomicheskaya-deyatelnostj.135.html> (date of access: 12.12.2018).
3. *Semikova P. V.* Letters of credit as payment instruments [Akkreditivi kak instrumenti platezha] // Finance and credit. 2 (116), 2003. P. 10–14.

Принцип свободы договора в период XVIII–XIX веков

Иванов Алексей Сергеевич

аспирант кафедры государственного (конституционного) права Санкт-Петербургского государственного аграрного университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация.
mr.aleksey1993@inbox.ru

АННОТАЦИЯ

В статье рассматривается уровень развития западноевропейского договорного права и действия принципа свободы договора в период XVIII–XIX вв. Отображается эволюция и ключевые изменения договорной свободы с момента утверждения доктрины *Laissez-faire*. Автор связывает эволюцию в позитивном праве с трансформацией экономической и социально-этической мысли общества.

Ключевые слова: свобода договора, договорное право, *Laissez-faire*, волевая теория

Principle of Freedom of Contract in the *Laissez-faire* Era

Alexey S. Ivanov

Postgraduate student, Department of state (constitutional) law, Saint-Petersburg state agrarian university, Saint-Petersburg, Russian Federation.
mr.aleksey1993@inbox.ru

ABSTRACT

The article discusses the level of development of Western European law and the operation of the principle of freedom of contract in the period of the XVIII–XIX centuries. The evolution and key changes in contractual freedom since the adoption of the *laissez-faire* doctrine are displayed. The author connects evolution in positive law with the transformation of the economic and socio-ethical thought of society.

Keywords: freedom of contract, contract law, *Laissez-faire*, volitional theory

В настоящее время затруднительно определить значение, которое сыграли экономический и социально-этический аспекты в закреплении авторитета идеи договорной свободы. В совокупности указанные факторы способствовали абсолютизации принципа свободы договора в XIX в.

Переход к рыночной экономике и возвышение либеральных ценностей способствовало постепенному отказу от правовых доктрин, мешающих субъектам гражданского оборота полноценно осуществлять предпринимательскую деятельность. По мнению Р. О. Халфиной, «свобода договора и минимизация государственного влияния на рынок явились символом буржуазии в борьбе с феодализмом и абсолютизмом, пытавшихся посредством патерналистских идей сохранить имеющуюся форму государства»¹.

В процессе постепенного перехода от феодализма к капитализму законодательство европейских государств стало избавляться от значительных ограничений договорной свободы, существовавших в период отсутствия рыночной экономики и либеральных ценностей. В позитивном праве стало возможным наблюдать устранение механизмов обеспечения содержательной справедливости договорных отношений. Данный процесс объясняется выходом на первый план интересов буржуазии, а также изменением экономических и социально-этических взглядов в обществе. Поскольку в период Средневековья феодальные отношения замкнули экономическую жизнь европейских наций внутри самодостаточных социальных анклавов, большое воздействие на нее оказывали этические установки малой группы. В связи с этим участники договорных отношений находились под нравственным и социальным давлением в случае, если заключенное соглашение не совпадало с общественным представлением о должном их содержании. Впоследствии, а именно с момента перехода экономики на коммерческие и индустриальные начала, рынок стремительно увеличивался в объемах, а вышеуказанные характеристики утрачивали свое значение. Создать для себя наиболее выгодные условия, воспользоваться слабостью контрагента гораздо легче тогда, когда соглашение заключается между лицами, находящимися на большом расстоянии друг от друга, разделенными национальной принадлежностью, религией, традициями, нежели случаи, когда стороны договора проживают на одной территории.

В отличие от периода Средневековья, где преобладающее значение отдавалось справедливости и нравственности соглашения, в новых условиях их место занял принцип свободы договора.

¹ Халфина Р. О. Договор в английском гражданском праве. М., 1959. С. 184.

С начала XIX в. западноевропейские страны повернули вектор развития права в сторону увеличения договорной свободы и отражения потребностей рыночной экономики в законодательстве. Таким образом, как отмечают многие ученые, принцип невмешательства ворвался в договорное право европейских государств².

Закрепление юридической силы договора являлось необходимым в связи со стремительным ростом капиталистических отношений, рынка акций, корпораций и зарубежной торговли. Таким образом, произошла замена базовой модели контракта: место одномоментного обмена занимает договор, который определяет права и обязанности контрагентов на будущее и регламентирует ответственность за нарушение его условий. Участникам гражданского оборота требовались гарантии исполнения контрагентом условий договора, в связи с чем законодательство стало их обеспечивать. Британский ученый Дэвид Иббетсон отмечает, что «консенсуальный договор, порождающий обязательства контрагентов в силу одной лишь их воли, выраженной в заключенном соглашении, явился фундаментальным инструментом частного планирования, вытеснив конструкцию реального договора на периферию»³. По мнению Патрика Атья, «конструкция консенсуального договора распределяла между контрагентами риски, связанные с исполнением договора, а также обеспечивала гарантии посредством наличия возможности принудительной реализации обязательств судебными органами, тем самым обеспечивая «контроль над будущим»⁴.

Применение конструкции консенсуальных договоров поспособствовало привлечению внимания к феномену возникновения обязательств, которые имеют судебную защиту в силу одного лишь факта волеизъявления сторон. В связи с этим, как отмечает Джеймс Гордли, в XVIII в. в западноевропейских странах основными стали формы волевой теории, которые связывают возникновение юридических последствий с волей сторон договора⁵.

Однако популярность волевой теории нельзя считать кардинальным переворотом, поскольку ее сущность признавалась еще в римском праве. Различные технические проблемы, такие как признание непоименованных договоров, разрешились еще в XVI–XVIII вв., поспособствовав переосмыслению значения консенсуального договора. Таким образом, волевая теория договора базировалась на научно-правовых знаниях, разработанных юристами прошлых эпох. К изменениям, произошедшим в XIX в., Дэвид Иббетсон относит: 1) силу, с которой правоведы проповедовали фактор свободной воли; 2) роль, отведенную автономии воли контрагентов в научной литературе и судебной практике; 3) готовность законодательных органов кодифицировать волевою природу договора⁶.

В связи с популяризацией волевой теории договор становился независимым от государственного вмешательства, поскольку представлял собой согласованную контрактом волю сторон. Таким образом, новшество договорного права рассматриваемой эпохи заключалось в становлении элемента выраженной в договоре воли контрагентов в качестве фундаментального начала, определяющего сущность частных норм договорного права.

Провозглашенная в *Corpus Juris Civilis* и не используемая в Средневековье идея о возможности участников договорных отношений законно обхитрить друг друга и использовать свои преимущества для выгадывания для себя условий, на которые добровольно согласится контрагент, стало базовым принципом договорного права в XIX в.

Напротив, справедливость и добросовестность соглашения в эпоху *Laissez-faire* не признавались в качестве принципов договорного права большинством западноевропейских государств.

Данный подход расширил область свободы договора, исключив ограничения римского, канонического и феодального права, мешавшие стремительному развитию рыночной экономики.

Было положено начало разработке научных вопросов, касающихся договорной свободы. В периоды Античности и Средневековья свобода договора изучалась лишь отчасти (вопросы, касающиеся непоименованных соглашений, допустимости государственного вмешательства в регулирование отдельных видов контрактов), а свобода договора не рассматривалась как основополагающее начало частного права.

Законодатель был вынужден разрабатывать нормы договорного права, которые направлены на обеспечение гарантий сторон, определенных условиями договора, поскольку активные участники гражданского оборота нуждаются в стабильном правовом поле, позволяющем им действовать

² *Angelo A. H., Ellinger E. P. Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States // 14 International and Comparative Law Journal. 1991–1992. P. 455.*

³ *Ibbetson D. J. A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 74, 76, 220 ff.*

⁴ *Atiyah P. S. The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 420, 421.*

⁵ *Gordley J. Contract, Property and the Will — the Civil Law and Common Law Tradition // The State and Freedom of Contract / Ed. by Harry N. Scheiber. 1998. P. 67.*

⁶ *Ibbetson D. J. A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 232.*

в рамках правовых ожиданий для возможности построения собственных экономических планов. Патрик Атья по этому поводу отмечает, что «приоритет долгосрочных интересов над краткосрочными охватывал все договорное право периода *Laissez-faire* в XIX в.»⁷.

Превалирующее значение в договорном праве стал занимать правовой формализм. Роль суда заключалась в устранении неоправданных барьеров для совершения частных соглашений и обеспечения принудительного исполнения достигнутых между сторонами договоров⁸. Таким образом, функция суда носила пассивный характер и заключалась в интерпретации соглашений в соответствии с их буквальным значением. Как отмечает Э. Маккендрик: «Корректировка договорных условий, в целях обеспечения справедливого баланса интересов контрагентов, не являлась задачей суда»⁹. Сущность изменившегося подхода представляется следующим образом: «Что основывается на договоре, то является справедливым»¹⁰.

При желании ограничить и проконтролировать содержание контрактов, в целях скрыть вмешательство со стороны государства, судами применялись разнообразные искусственные маневры. Применению подлежали ссылки на доктрины обмана, насилия, принуждения, каузы сделки, принципы толкования договора и иные институты договорного права, которые не предназначены для защиты участника договорных отношений от несправедливости условий сделки. Стоит отметить, что в связи с отсутствием в законодательстве механизмов прямого контроля справедливости договорных условий, а также изменением отношения к государственному вмешательству в частные дела объем вышеупомянутой практики, по сравнению с предыдущей эпохой Средневековья, является незначительным.

В большинстве западноевропейских государств происходила отмена законодательных актов, касающихся ограничения процентных ставок по ссудам.

Уже в XVII в. воззрения о греховности требования вознаграждения за предоставление заемных денежных средств утратили свою значимость. Впоследствии некоторые страны отказались также и от осуществления контроля над процентными ставками. К примеру, верхний барьер процентных ставок в Германии был отменен в 1867 г.¹¹. Во Франции в связи с государственным определением процентов по займу резкой критике подверглось принятое в начале XIX в. законодательство, которое устанавливает максимальный размер процентов по ссудам¹².

Законодательное регулирование цен на товары и услуги в XIX в. применялось в виде точечных вмешательств в экономический оборот, однако воспринималось как исключительная мера, критиковалось и применялось достаточно редко. Существующий уровень развития экономической теории доказывал негативный характер данных мер для полноценного развития экономического оборота.

В связи с этим применявшаяся доктрина *laesio enormis* стала терять имеющуюся популярность. Дж. Доусон отмечает, что на протяжении XVII–XVIII вв. во Франции происходил процесс ограничения доктрины *laesio enormis* вплоть до возвращения ее в рамки, заданные в *Corpus Juris*¹³. Жан Дома указывал, что в XVII в. не представлялось возможным применять доктрину *laesio enormis* ко всем двусторонним соглашениям, и допускал указание на несоразмерность цены для оспаривания сделки только в исключительных случаях, к примеру, купля-продажа недвижимости¹⁴. На отсутствие возможности использования доктрины *laesio enormis* в XVIII в. в случаях затруднения установления справедливой цены указывал также Р. Потье¹⁵.

Данные процессы вполне объяснимы. Развитие экономической мысли поставило под сомнение идею о наличии у экономических благ объективной внутренней ценности, которая бы не зависела от субъективных оценок конкретных участников договора. Более того, расцвет волевой теории сдерживал попытки государственного вмешательства в экономический оборот с целью обеспечения справедливости договора вразрез отраженной в соглашении воле контрагентов.

Стоит отметить, что имели место и иные преобразования в частном праве, направленные на расширение свободы договора. К примеру, право западноевропейских стран утвердило право

⁷ Atiyah P. S. The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979. P. 354.

⁸ Teeven K. M. A History of the Anglo-American Common Law of Contract. 1990. Ch. 6.

⁹ McKendrick E. Contract Law: Text, Cases and Materials. 2nd edn., Oxford, 2005. P. 17.

¹⁰ Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002. P. 120.

¹¹ Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 174 ff.

¹² Brissaud J. History, of French Private Law. Boston, 1912. P. 525.

¹³ Dawson J. P. Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937. P. 367.

¹⁴ Domat J. The Civil Law in its Natural Order. Vol. I. 1850. P. 194, 208, 209, 217.

¹⁵ Pothier R. A Treatise on the Law of Obligations or Contracts. Vol. I. 1806. P. 22, 23.

кредитора осуществить цессию третьему лицу, что не представлялось возможным в периоды Античности и Средневековья. Как отмечает Р. Циммерман: «Законодательство стран с капиталистической экономикой больше не могло мириться с данным препятствием»¹⁶.

Таким образом, европейское частное право видоизменилось под влиянием активного развития капитализма и этики индивидуализма.

Литература

1. Халфина Р. О. Договор в английском гражданском праве. М., 1959.
2. Angelo A. H., Ellinger E. P. Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States // 14 International and Comparative Law Journal. 1991–1992.
3. Atiyah P. S. The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979.
4. Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002.
5. Brissaud J. History, of French Private Law. Boston, 1912.
6. Dawson J. P. Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937.
7. Domat J. The Civil Law in its Natural Order. Vol. I. 1850.
8. Gordley J. Contract, Property and the Will — the Civil Law and Common Law Tradition // The State and Freedom of Contract / Ed. by Harry N. Scheiber. 1998.
9. Ibbetson D. J. A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006.
10. McKendrick E. Contract Law: Text, Cases and Materials. 2nd edn., Oxford, 2005.
11. Pothier R. A Treatise on the Law of Obligations or Contracts. Vol. I. 1806.
12. Teeven K. M. A History of the Anglo-American Common Law of Contract. 1990.
13. Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996.

References

1. Halfina R. O. Contract in English civil law [Dogovor v angliyskom grazhdanskom prave]. M, 1959.
2. Angelo A. H., Ellinger E. P. Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States //14 International and Comparative Law Journal. 1991–1992.
3. Atiyah P. S. The Rise and Fall of Freedom of Contract. 1979.
4. Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D. Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002.
5. Brissaud J. History, of French Private Law. Boston, 1912.
6. Dawson J. P. Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law // 11 Tulane Law Review. 1936–1937.
7. Domat J. The Civil Law in its Natural Order. Vol. I. 1850.
8. Gordley J. Contract, Property and the Will — the Civil Law and Common Law Tradition // The State and Freedom of Contract / Ed. by Harry N. Scheiber. 1998.
9. Ibbetson D. J. A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006.
10. McKendrick E. Contract Law: Text, Cases and Materials. 2nd edn., Oxford, 2005.
11. Pothier R. A Treatise on the Law of Obligations or Contracts. Vol. I. 1806.
12. Teeven K. M. A History of the Anglo-American Common Law of Contract. 1990.
13. Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996.

¹⁶ Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. C. 58 ff.

Субъективные права в условиях современной правовой парадигмы (по результатам Межвузовской научно-практической конференции «Баскинские чтения»)

Шмарко Ирина Константиновна

редактор Издательско-полиграфического центра Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, юрист, Санкт-Петербург, Российская Федерация
shmairi@gmail.com

АННОТАЦИЯ

В настоящее время общественные отношения, государственное устройство и правовое регулирование переживают трансформацию. Используемые правовые институты и инструменты требуют переосмысления и наполнения новыми смыслами. Одной из правовых категорий, требующих глубокого теоретического анализа в целях адекватного современным условиям правоприменения, является институт субъективных прав. Анализ данной проблематики была посвящена первая Межвузовская научно-практическая конференция «Баскинские чтения», по впечатлениям от которой написано данное эссе.

Ключевые слова: субъективные права, правовая парадигма, методы научного исследования, Баскинские чтения, источник права, социальные правопритязания

Subjective Rights in the Modern Legal Paradigm (According to the Results of the Inter-University Scientific-Practical Conference “Baskin’s readings”)

Irina K. Shmarko

Editor of the Publishing and Printing Center North-West Institute of Management — Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration Doctor of Law, a Lawyer, Saint-Petersburg, Russian Federation
shmairi@gmail.com

ABSTRACT

Currently, public relations, government and legal regulation are undergoing transformation. Used legal institutions and instruments require rethinking and filling with new meanings. One of the legal categories that require in-depth theoretical analysis in order to adequately modern law enforcement conditions is the institution of subjective rights. The first Interuniversity scientific-practical conference “Basking readings” was devoted to the analysis of this problem, according to the impressions of which this essay was written.

Keywords: subjective rights, legal paradigm, methods of scientific research, Baskin’s readings, source of law, social claims

Человечество развивается скачкообразно: неолитическая сельскохозяйственная революция, возникновение государственности, промышленная революция XVII в., технологический прорыв XX в. При этом период накопления знаний между переходами общественного развития на новую ступень все сокращается. На современном этапе общество уже, с одной стороны, шагнуло на новый уровень общественного развития в начале XXI в., в так называемое цифровое общество, с другой стороны, возможно, мы уже стоим на пороге перехода на следующую ступень развития — век роботизации, когда большинство человеческих функций будет осуществляться с помощью технологий. Новый этап общественного развития требует нового осмысления, оценки места человека, особенностей взаимодействия людей между собой, положения новых субъектов отношений, например, роботов, искусственного интеллекта, клонированных созданий и т. п.

Не может оставаться неизменной и правовая реальность общественного бытия. Следует признать, что в рамках правового регулирования общественных отношений мы до сих пор используем инструменты и институты Древнего мира — римского права, осмысленного и получившего новую жизнь в Средние века.

Очевидно, использование старых инструментов в новой реальности не всегда отвечает современным общественным интересам. В данных условиях назрела сущностная необходимость вывести на новый уровень значимости научно-философское осмысление категориального аппарата, методов изучения и регулирования общественных отношений, наполнение терминологии новым смыслом или адаптация правовых инструментов и институтов к современным реалиям.

В условиях урбанизации, концентрации большого количества людей на небольших территориях, усложнения межгосударственных отношений, что связано с глобализацией международных процессов; изменения роли межгосударственных организаций и институтов, взаимопроникновения

культур, свободы передвижений и обмена информацией, обеспеченной технологическим прорывом, особенно остро встает вопрос о правах индивида, содержании и регулировании субъективных прав и обязанностей, определение правосубъектности, понятия носителя субъективных прав, пределы вмешательства государства в регулирование субъективных прав граждан и других участников общественных отношений.

Именно проблеме субъективных прав была посвящена первая Межвузовская научно-практическая конференция «Баскинские чтения», организованная Северо-Западным институтом управления российской академии народного хозяйства и государственного управления, прошедшая в Санкт-Петербурге 25 апреля 2019 г. Конференция собрала видных ученых-юристов, в частности в области теории права и государства, таких как А. А. Старовойтов, И. Л. Честнов, Н. В. Разуваев, С. Б. Глушаченко, И. Б. Ломакина, К. К. Лебедев и многих других. Интерес к мероприятию и выдвинутой на обсуждение проблематике говорит о том, что в научной среде есть понимание важности темы и необходимости ее обсуждения.

Всеми участниками конференции были отмечены такие проблемы юридической науки, как необходимость обновления понятийного аппарата науки, изменение методологического инструментария в условиях изменения парадигмы общественных отношений с субъектно-объектной на парадигму соразмерности деятельности человека.

Профессор И. Л. Честнов отметил, что постклассическое, современное мышление характеризуется не абсолютными абстрактными категориями, а зависимостью от контекста. Различные культуры, цивилизации, в рамках которых находится субъект, задают разное понимание мира. В таких условиях невозможно говорить об универсальности законов логики. На реализацию прав человека будет влиять множество факторов: политических, культурных, демографических, ментальных и других. Таким образом, нормативное регулирование не может быть универсальным, не может предсказать и учесть все возможные варианты поведения человека, а может использовать только ограниченный набор типовых моделей.

В таких условиях требуется развитие институтов, которые позволили бы максимально объективно оценивать значимость и последствия конкретного поступка конкретного субъекта. Такой подход неизбежно приводит к выводу, что регуляторные общественные институты, такие как исполнительная и судебная власть, должны быть подготовлены к принятию нестандартных решений в рамках общих принципов права. Не могут в таких условиях нормативные акты восприниматься как инструкции, толковаться буквально, что будет явно не соответствовать современному уровню развития общества, потребностям людей и приводить к нарастанию общественно-социального напряжения.

В рамках новой парадигмы встает вопрос о соответствии современным условиям традиции придания первичного значения нормам права, которые влияют на права и обязанности конкретного субъекта в конкретных поведенческих актах. Профессор Н. В. Разуваев в рамках обсуждения проблемы соотношения норм права и субъективных прав обратил внимание на то, что именно субъективные права как семиотическое средство конструирования правовой реальности в процессе активной коммуникации субъектов конструируют правовую реальность; процесс эволюции правовой реальности сводится к тому, что из субъективных прав на основе их типизации формируются нормы. При рассмотрении понятия субъективных прав и обязанностей особое внимание также необходимо уделить переосмыслению содержания прав публичных субъектов и их соотношению с субъективными правами. Последняя проблематика становится особенно актуальной при анализе понятия государственности, изучения степени вмешательства государства в сферу жизни граждан и общественных объединений, степени регулирования экономических отношений и субъективных прав.

Осмысление современной правовой парадигмы, актуализация категорийного аппарата требуют нового подхода к используемым научным методам познания. На проблематике методологии научного знания акцентировал внимание профессор М. О. Акишин, который совершенно справедливо заметил, что метод научного познания, при котором считалось, что субъект познания исключен из процесса и не влияет на результат исследования, не выдержал проверки временем. На сегодняшний день уже очевидно не только в рамках гуманитарных наук, что ученый тем или иным образом влияет на результат исследования и не может оставаться абсолютно беспристрастным по отношению к изучаемому явлению.

Осознание такого методологического следствия только в очередной раз подтверждает факт изменения парадигмы общественных отношений, в частности, отсутствия некой единой истины, к поиску которой человечество стремилось. Можно сказать, что в общественных отношениях также существуют законы «теории относительности». Использование средневековых правовых конструкций

на современном этапе общественного развития не соответствует нашим потребностям. Используемый правовой инструментарий требует переосмысления, учитывая, что усложнение общественных отношений может сместить парадигму правового государства в сторону социального государства, в рамках которой может быть совершенно по иному рассмотрен вопрос соотношения субъективных прав и обязанностей и общественных интересов.

В изменившихся общественных отношениях встает вопрос определения, какие же права являются субъективными, не изменился ли их перечень, как нам определить новые виды субъективных прав и их источники.

Г. Ю. Дорский предложил определять субъективные права через их отражение в обязанностях, например, праву на жизнь и смерть (право распорядиться своей жизнью) — коррелирует либо не коррелирует обязанность врача на эвтаназию. Используя этот подход, можно более точно определить, не является ли субъективное право декларативным, существует ли оно в рамках общественных отношений, может ли быть реализовано субъектом. В отношении приведенного примера как раз возникает вопрос, является ли наше право на жизнь абсолютным, полностью ли мы свободны в его реализации?

Следовательно, фиксация субъективного права в конкретной норме не всегда отражает реальное существование данного права и объективные условия его реализации в общественных отношениях. Профессор М. Г. Смирнова обратила внимание на проблему «мертворожденных» норм, которые закреплены в нормативных актах, но не являются реальными социальными правопритязаниями граждан. Именно правопритязания граждан в рамках интегративной теории права являются одним из элементов правосознания и могут быть выявлены через такие источники права, как решения Конституционного суда, судебные решения, индивидуальный договор как нетипичный источник права, и в итоге получают закрепление в объективных формах. Каковы же эти правопритязания граждан, изменились ли они за последние сто-двести лет?

Насколько свободны люди в реализации своих прав в современном обществе? Где предел вмешательства общественного контроля, ограничений в личную жизнь? Эти вопросы становятся крайне важными. По мнению М. Л. Нохриной, крайне важным становится определение субъективного права личной свободы как свободы поведения лица в неимущественной сфере, не связанной с воздействием на материальные, имущественные блага. Это такие права, как возможность заниматься музыкой, бегать по утрам, плавать в реке и т. п. Как только мы с вами вспомним о том, что любые эти права обусловлены обеспеченностью их реализации, то становится понятно, что признание наличия таких субъективных прав позволит контролировать допустимую обществом степень их ограничения. Например, насколько может быть ограничено право каждого плавать в озере путем предоставления преференций отдельным лицам использовать прибрежные территории, ограничивая доступ к воде? Насколько может быть ограничено наше право передвижения, например, право входа в государственные учреждения и организации? Может ли быть ограничено наше право на определение своего внешнего облика? Давайте вспомним истории, когда учащимся в школах запрещают красить волосы либо носить украшения. Где предел, когда запреты становятся допустимыми, и есть ли он в современном обществе? Есть ли общественный запрос, притязание на установление таких ограничений? В отношении личного права на выбор профессии, например, все чаще говорят о необходимости профессиональной ориентации перед поступлением — станет ли она обязательной? В рамках личного права на здоровье все чаще звучат призывы к установлению обязательности медицинских осмотров, включая медицинские осмотры потенциальных супругов, как условия реализации отдельных прав. Не переступают ли лица, озвучивающие данные призывы, границы вмешательства общественных интересов в сферу личных субъективных прав?

Все выше поставленные вопросы имеют колоссальное значение для каждого из нас, от ответов на эти вопросы зависит тот путь общественно-социального развития, которым пойдет наша цивилизация. Назрела глубокая необходимость переосмысления правовых парадигмы, институтов и инструментов. Игнорирование этой проблемы заведет общественные отношения все дальше от возможности осознанного выбора разумной трансформации общественного устройства под нужды современного общежития.

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2019. № 1

Директор
издательско-полиграфического центра
Е. Ю. КНЯЗЕВ

Корректоры
Е. А. ЛЫСУНЕЦ

Верстка С. И. ШИРОКОЙ

УЧРЕДИТЕЛЬ

Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации

*Точка зрения редакции может не совпадать с мнением авторов статей.
При перепечатке ссылка на журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» обязательна.*

АДРЕС РЕДАКЦИИ:

199004, Санкт-Петербург, В. О., 8-я линия, д. 61.
Тел.: (812) 335-94-72, 335-42-10. E-mail: shmarko-ik@ranepa.ru

Подписано к публикации 19.06.2019.
Минимальные системные требования — наличие устройства CD-ROM и ПО для прочтения pdf-файлов.
Сайт журнала <https://www.taljournal.ru>
Объем данных 1,6 Мб.
Тираж (количество носителей) 30 шт.

Макет подготовлен издательско-полиграфическим центром Северо-Западного института управления
Российской академии народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации
199004, Санкт-Петербург, 8-я линия В. О., д. 61
Тел. (812) 335-94-97