

Учредитель: Государственное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Пермский государственный университет»

Юридические

науки

Рассматриваются фундаментальные и прикладные проблемы юридической науки. Исследуется современное состояние российского законодательства, правоприменительная практика, формулируются предложения по развитию и совершенствованию различных отраслей права. Анализируются теоретические и исторические аспекты государственно-правовых явлений, международное и зарубежное законодательство, проводится сравнительное изучение правовых институтов в России и других странах.

Yuridical

sciences

Fundamental and applied problems of juridical science are being considered. Under investigation is modern state of Russian legislature, law enforcement practice, suggestions of development and improvement in different branches of law are being formulated. Theoretical and historical aspects of state-law phenomena, international and foreign legislature are being analysed and legal institutions of Russia and other countries are being relatively investigated.

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Борисевич Галина Яковлевна, к.ю.н., доцент (Пермский государственный университет, г. Пермь); Боровых Любовь Витальевна, к.ю.н., доцент (Пермский государственный университет, г. Пермь); Бугров Леонид Юрьевич, д.ю.н., профессор (Пермский государственный университет, г. Пермь); Голубцов Валерий Геннадьевич, к.ю.н., доцент (Пермский государственный университет, г. Пермь); Игнатенко Аргира Валериановна, д.ю.н., профессор (Уральская государственная юридическая академия, г. Екатеринбург); Кодан Сергей Владимирович, д.ю.н., профессор (Уральская академия государственной службы при Президенте РФ, г. Екатеринбург); Кочев Владимир Александрович, д.ю.н., профессор (Пермский государственный университет, г. Пермь); Кузнецова Ольга Анатольевна, д.ю.н., доцент (Пермский государственный университет, г. Пермь) – главный редактор; Майфат Аркадий Викторович, д.ю.н., профессор (Уральская государственная юридическая академия, г. Екатеринбург); Михайлов Сергей Георгиевич, к.ю.н., профессор (Пермский государственный университет, г. Пермь); Москалев Александр Васильевич, д.ю.н., профессор (Пермский государственный университет, г. Пермь); Прошляков Алексей Дмитриевич, д.ю.н., профессор, (Уральская государственная юридическая академия, г. Екатеринбург); Реутов Валерий Павлович, д.ю.н., профессор (Пермский государственный университет, г. Пермь); Сийгур Х.А., д.ю.н., профессор (Университет города Тарту, Эстония); Тужилова-Орданская Елена Марковна, д.ю.н., профессор (Башкирский государственный университет, Институт права, г. Уфа); Щенникова Лариса Владимировна, д.ю.н., профессор (Кубанский государственный университет, г. Краснодар)

© Редакционная коллегия, 2008

ISSN 1995-4190

Журнал зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций. Свид. о регистрации средства массовой информации ПИ №ФС77-33087 от 5 сент. 2008 г.

Содержание

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА	4
<i>Бондарев А.С.</i> Правовая пропаганда и обучение – формы правового воспитания: понятие и средства воздействия	4
<i>Голдобина З.Г.</i> Юридический прагматизм и социологическое направление в американском праве	17
II. КОНСТИТУЦИОННОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО	27
<i>Марино И.</i> Порядок формирования Федерального Собрания РФ: проблемы и противоречия	27
<i>Худолей Д.М.</i> Классификация принципов избирательного права Российской Федерации	38
III. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО	50
<i>Головина Е.В.</i> Понятие правовой инициативы: цивилистический подход	50
<i>Голубцов В.Г.</i> Соотношение публичного и частного права в России: исторический аспект	57
<i>Данилова Н.В.</i> К вопросу о земельных правах коренных малочисленных народов России	64
<i>Максимович Л.Б.</i> Проблемы правоприменения при разрешении имущественных споров с участием супругов	67
<i>Невзгодина Е.Л.</i> Прекращение полномочия без реализации: гражданско-правовой аспект	70
<i>Чеговадзе Л.А., Кондратьева Е.А.</i> Действия по исполнению договорных обязательств	73
<i>Шершень Т.В.</i> Договор как основание изменения законного режима имущества супругов	79
IV. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	85
<i>Абайдельдинов Т.М.</i> О гражданской службе в республике Казахстан и Российской Федерации (трудоправовой аспект)	85
<i>Бугров Л.Ю.</i> Изменение определенных сторонами условий трудового договора по причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда: общие правила	88
<i>Драчук М.А.</i> Правила внутреннего трудового распорядка в системе отношений управления трудом	97
<i>Лушников А.М.</i> К вопросу о ценностных приоритетах в содержании трудовых прав	112
V. СОЦИАЛЬНАЯ РАБОТА	115
<i>Замараева З.П.</i> Принципы построения моделей национальных систем социальной защиты	115

Contents

I. THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW	4
<i>Bondarey A.S.</i> Law Propaganda and Law Training – the Law Education Forms: Notion and Means Influence	4
<i>Goldobina Z.G.</i> Juridical Pragmatism and Sociological Trend in the American Law	17
II. CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW.....	27
<i>Marino I.</i> The Procedure of the Russian Federation Federal Meeting Creation: Problems and Contractions	27
<i>Khudoley D.M.</i> Classification of Principles of Election Law of the Russian Federation.....	38
III. CIVIL LAW.....	50
<i>Golovina E.V.</i> A Conception of a Law Initiative: Civil Law Approuach.....	50
<i>Golubtsov V.G.</i> Correlation of the Public and Private Law in Russia: the Historical Aspect	57
<i>Danilova N.V.</i> About the Land Rights of the Smaller Native Populations of Russia.....	64
<i>Maksimovich L.B.</i> Problems of the Law Enforcement when Solving the Property Contention of the Conjoints	67
<i>Nevzgodina E.L.</i> Termination of Authority with no Realization: Civil Legal Aspect.....	70
<i>Chegovadze L.F., Kondratyeva E.A.</i> Actions to Execute the Contract Commitments	73
<i>Shershen T.V.</i> A Contract as a reason of Changing the Legal Routine of Spouses' Property.....	79
IV. LABOUR LAW AND LAW OF SOCIAL SECURITY	85
<i>Abaideldinov T.M.</i> On a Public Service in Republic of Kazakhstan and the Russian Federation (Labour Law Aspect).....	85
<i>Bugrov L.Yu.</i> A Change of Conditions of Labour Contracts Determined by their Parties for Reasons Connected with a change of Organizational or Technological Conditions of Labour: General Rules	88
<i>Drachuk M.A.</i> Internal Behaviour Rules in the System of Labor Management Relations.....	97
<i>Lushnikov A.M.</i> About the Value Priorities in the Labour Rights Content	112
V. SOCIAL WORK.....	115
<i>Zamaraeva Z.P.</i> Principles of Construction of the National Social Protection Systems Models	115

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА**ПРАВОВАЯ ПРОПАГАНДА И ОБУЧЕНИЕ – ФОРМЫ ПРАВОВОГО ВОСПИТАНИЯ: ПОНЯТИЕ И СРЕДСТВА ВОЗДЕЙСТВИЯ****А.С.Бондарев**

кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Пермского государственного университета, 614990, ул. Букирева, 15

Рассматриваются две основные формы современного правового воспитания. Уточняются спорные понятия формы и содержания правового воспитания и их соотношение. Дается новая классификация и содержание средств современной правовой пропаганды и правового обучения. Указываются условия их эффективного использования.

Ключевые слова: трудовой договор, изменение условий трудового договора, условия труда

Правовое воспитание осуществляется в определенных правовых формах и средствах. Однако авторы порой произвольно используют указанные термины и часто смешивают понятия «формы» и «средства» правового воспитания. Так, С.А.Денисов в авторской лекции для студентов I курса юридических факультетов пишет: «В зависимости от цели используются различные средства правового воспитания: 1) обучение; 2) пропаганда права; 3) самообразование; 4) деятельность по пресечению правонарушений и привлечению к юридической ответственности (юридическая практика)» [4. С. 7]. Тогда как В.П.Зенин еще в 1979 г. обстоятельно проанализировал существовавшее в то время разнообразие подходов к понятию формы правового воспитания и выработал, на наш взгляд, вполне приемлемую формулировку этого понятия. «По нашему мнению, – пишет он, – формы правового воспитания следует определить как способы внешнего выражения правоспитательной деятельности» [9. С. 210]. Как видим, одну и ту же правоспитательную деятельность одни именуют «формой», а другие – «средствами».

Представляется, более удачным подход В.П.Зенина к понятию формы правового

воспитания. Таких форм, «способов внешнего выражения правоспитательной деятельности» юридическая практика выработала три: это *правовая пропаганда, правовое обучение, организованная и контролируемая правовая практика*. Средства же правового воспитания – это «каналы», по которым форма правового воспитания оказывает свое воздействие на те или иные стороны предмета правового воспитания. Причем каждой форме правового воспитания присущи свои средства такого воздействия.

Правовая пропаганда осуществляется через многочисленные каналы правоспитательного воздействия на правосознание и правовое поведение воспитуемых – это и лекции, и конкурсы знатоков права, и статьи в печати на правовые темы и т.д.

Правовая пропаганда является в обществе одним из видов пропаганды вообще наряду с политической, нравственной, экономической и другими ее видами. Термин «пропаганда», как принято считать, происходит от латинского «*propagare*» – распространять. Понятие «пропаганда» было введено в 1662 г. Папой XV, образовавшим особую конгрегацию, задачей которой было распространение веры с помощью миссионерской деятельности [7. С. 320].

Общий смысл слова «пропаганда» кажется вполне ясным, тем не менее существует огромное число его самых противоречивых толкований. В литературе ведется спор не только о содержании данного понятия, его значении, но и о времени возникновения пропаганды в человеческом обществе. Так, американский социолог Ч.Симман считает, что пропаганда – явление вечное, она возникает в человеческом обществе сразу, как только люди начинают пользоваться речью в общении друг с другом [20. Р. 12]. При этом он сводит ее к простейшему акту общения людей, к механизмам внушения, к явлениям психологического воздействия в процессе общения людей. При таком подходе к понятию пропаганды не учитываются ее важнейшие социально-политические свойства, а, следовательно, искажается ее роль в обществе, указывается неверно время ее возникновения.

Социологи Р.Арон и Д.Белл исходят из других предпосылок и возникновения пропаганды как способа распространения идеологии в обществе связывают с упадком религиозной веры, наступившим, по их мнению, в странах Западной Европы в XVIII-XIX вв., и с формированием класса «интеллектуалов», взявших на себя обязанность разработки социальных воззрений [19. Р. 396-397]. Здесь всячески отрицается связь пропаганды с политической идеологией, она выступает в качестве «религии интеллектуалов», «гражданской религии», пришедших на смену религиозной вере.

В отечественной же науке, рассматривающей пропаганду в узком смысле – как «деятельность по распространению в массах идеологии и политики определенных классов, партий и государства» [10. С. 539], широко распространено иное мнение по поводу основания и времени возникновения пропаганды в человеческом обществе. Как пишет П.С.Гуревич, «идеология и пропаганда как социальные явления возникают не в доклассовом обществе, не в средние века и не в период возвышения буржуазии как класса (к этим представлениям сводятся различные концепции западных социологов), а в эпоху становления раннеклассового

общества, когда впервые складывается историческая потребность господствующих классов оправдать социальное неравенство, навязать массам общественные идеи, выражающие интересы этих классов» [3. С. 110]. В этот период в связи с возникновением потребности в праве и правовом регулировании общественных отношений, основанных на социальном неравенстве, появляется и правовое воспитание, в том числе и в форме правовой пропаганды. Однако, как свидетельствует история, на этой ранней стадии жизни права правовые воззрения еще не успели обособиться в относительно самостоятельную область человеческих знаний и представляли собой «составной момент целостного мифологического мировоззрения». Соответственно и правовая пропаганда не носила обособленного характера, она была вплетена в общую деятельность по распространению мифологического мировоззрения среди древневосточных народов. Согласно же мифологическим представлениям, земные порядки есть часть общекосмических, общемировых порядков, установленных Богом. «Согласно мифам некоторых народов (особенно египтян, а затем и греков), боги выступают также и в качестве первоначальных непосредственных правителей и законодателей в учрежденных ими обществах и государствах» [5. С. 27]. В дошедших до нас древнейших египетских письменных источниках – «Поучениях Птахотепа» (XXVIII в. до н.э.), «Поучении гераклеопольского царя своему сыну» (ок. XXI. до н.э.), «Книге мертвых» (ок. XXV-XXIV вв. до н.э.) и др., – в частности, пропагандируется божественная справедливость как основа всех земных египетских «социально-политических порядков, законов и правил человеческих взаимоотношений» [5. С. 28]. В XVIII в. до н.э. вавилонский царь Хаммурапи свои законы, закреплявшие чудовищное социальное неравенство в стране, своему народу представлял не от собственного имени, а провозглашал: «По велению Шамаша, великого судии небес и земли, да сияет моя справедливость в стране, по слову Мардука, моего владыки, да не найдут мои предна-

чертания никого, кто бы отменил их» [5. С. 29].

Нельзя согласиться с мнением тех исследователей пропаганды, которые, по словам П.С.Гуревича, «нередко подчеркивают, что данное социальное явление существовало всегда и современная пропаганда мало чем отличается от той, что осуществлялась в первобытном обществе» [3. С. 101]. Современная правовая пропаганда, будучи частью пропаганды в цивилизованном обществе, весьма существенно отличается не только от древней, но и от всех предыдущих ее типов и по содержанию, и по средствам, и по методам воздействия, при этом содержание правовой пропаганды имеет решающее значение в этом различии, так как оно есть главный, определяющий элемент в структуре всего процесса правовой пропаганды. Так, современная правовая пропаганда в правовом государстве содержательно должна покоиться на истинно научных правовых идеях, правовых теориях. При этом должны использоваться научно обоснованные средства и методы пропагандистского воздействия на воспитуемых, их правосознание и поведение. Справедливо сказано, «что политико-правовые идеи, воззрения, принципы и нормы, составляющие содержание правовой пропаганды, сами по себе, автоматически не овладевают сознанием людей. Необходима кропотливая, умелая, творческая работа пропагандистов по их отбору, разъяснению, донесению до разума и чувств каждого человека с целью превращения в личные убеждения, внутренний ориентир поведения людей» [8. С. 55]. И от того, насколько совершенны используемые пропагандистом средства и методы правовой пропаганды и насколько умело он ими используются, в немалой степени зависит эффективность всей его работы.

Длительная история правопробандистской деятельности выработала богатый арсенал ее средств и методов. Современные средства правовой пропаганды разнообразны. Так, например, получил широкое распространение новейший способ правовой пропаганды – виртуальный. По способам

распространения правовых знаний и по формированию правовых убеждений у воспитуемых средства правовой пропаганды, на наш взгляд, можно разделить на три вида: устные, печатные, виртуальные. Каждый из них имеет свои достоинства и недостатки. Правовому пропагандисту следует знать и умело использовать в своей правопробандистской деятельности сильные стороны того или иного средства правовой пропаганды, сообразуясь со своими целями, а также с интересами и потребностями воспитуемых. Рассмотрим кратко специфику указанных видов средств правовой пропаганды.

Устные средства правовой пропаганды в зависимости от характера общения субъектов и объектов правового воспитания они делятся на непосредственные (живое общение, «глаза в глаза») и опосредованные (общение через технические устройства – радио-, теле-, видеотехнику). Непосредственные средства правовой пропаганды по количеству воспитуемых делятся на коллективные и индивидуальные. Они довольно разнообразны: лекции, беседы, консультации, читательские конференции, вечера вопросов и ответов, конкурсы знатоков права, кинолектории и т.д. Ценность их состоит в живом общении субъектов и объектов правового воспитания. Пропагандист по ответной реакции слушателей может немедленно оценивать воздействие своего выступления и соответственно корректировать как его содержание, так и методы: что-то повторить, что-то подчеркнуть, что-то разъяснить и т.д. Пропагандист права, выступающий по радио, на телевидении, а тем более пишущий статьи и книги на правовые темы, такой возможности абсолютно лишен. На «судьбу» сказанного или написанного им слова он повлиять не может. Живое слово, как верно пишет Г.З.Апресян, «фиксирует и выражает мысль, но одновременно и настроения и чувства, порожденные мыслью». Народная мудрость гласит: «Живое слово дороже мертвой буквы». «Слово принадлежит наполовину тому, кто говорит, и наполовину тому, кто слушает – справедливо утверждает другая народная пословица» [1. С. 215].

Устные, опосредованные через технические устройства (радио, телевидение) средства правовой пропаганды – лекции, беседы, консультации, ответы на вопросы, поступившие в редакции, парламентский час и т.д. – имеют то преимущество перед непосредственными средствами, что они более мобильны, могут охватывать большие массы воспитуемых одновременно, а потому менее затратны – они приходят прямо к слушателям в дом. Казалось бы, эти средства устной правовой пропаганды имеют безоговорочные преимущества. Однако это не так. При одном конкретно-социологическом исследовании группе людей предложили ответить на вопрос: «Если бы вам предоставили выбор – прослушать одну и ту же лекцию по радио, телевизору или в аудитории, что бы вы предпочли?» За «живую» лекцию проголосовало подавляющее большинство людей – 75,7%. Мотивы предпочтения: лекция читается живо, доступно, разговорным языком – так аргументировали свой ответ 29,5% опрошенных; возможность обратиться к лектору с вопросом – 40,9%; слушать в коллективе интересней – 18,8%; можно обменяться мнением об услышанном – 25,2%; при личных контактах говорят откровеннее, сообщают больше – 14,8%. Как верно отметили исследователи, доминирующим мотивом оказывается «потребность в общении». И она в полной мере может быть удовлетворена лишь при непосредственном контакте слушателей и лектора, «что в не меньшей (если не в большей) степени и влечет человека «на живую» лекцию [6. С. 14-16]. Хотя, на наш взгляд, и все другие мотивы слушателей имеют немаловажное значение в оценке непосредственных устных средств правовой пропаганды. Основной вывод исследователей о предпочтении людьми лекции в аудитории по указанной мотивации безусловно верен. Это подтверждают и социальные психологи: «СМИ не дают публике возможности для установления диалогических отношений. Они осуществляют однонаправленное воздействие на читателя, слушателя, зрителя, и, следовательно, те, кто владеет средствами коммуникации или кто в них работает, те и

диктуют свои мысли, установки, мнения всем потребителям информации, которые лишены возможности высказать свои мнения, возражать или спорить. Они обречены на пассивное восприятие чужих мыслей и мнений» [11. С. 56].

Однако при опросах об источниках, поставляющих правовую информацию, подавляющая часть населения (60-70%) практически любого региона страны на первое место ставит радио и телевидение. Это «свидетельствует о том, что во многих регионах лекции, беседы, правовая учеба не стали еще главным средством личного получения правовой информации. Среди трудящихся, следовательно, притягательность устной пропаганды, а также, очевидно, ее распространенность, охват ею всех слоев населения еще далеко не достаточны. Видимо, еще многое предстоит здесь сделать» [8. С. 61]. Однако современное российское государство не уделяет должного внимания этим весьма важным средствам правового воспитания.

Преимущество всех средств устной правовой пропаганды обусловлено тем, что «в устной речи мысли и слова как бы рождаются и звучат одновременно», что пропагандист права имеет возможность использовать и такие дополнительные средства своего воздействия на воспитуемых, как жест, мимику, интонацию и темп речи. Это открывает широкие возможности для эмоционального воздействия на слушателей, позволяет им использовать использовать помимо слуховой еще и зрительную память. К сожалению, в современной России далеко не в полной мере используется потенциал устных средств правовой пропаганды для воспитания правовой культуры россиян, и прежде всего именно наиболее эффективных – непосредственных средств пропаганды. Возможно, из-за их трудоемкости некоторые разновидности средств не используются вообще, а некоторые применяются не так широко, как это было в Советской России, когда очень активно действовало, к примеру, общество по распространению научных знаний, в том числе и правовых. Большое количество лекций, бесед, кон-

сультаций проводили и юристы-профессионалы. Это было их неперменной обязанностью.

Было бы, однако, неправильно утверждать, что письменные средства правовой пропаганды имеют второстепенное значение во всех случаях. При всей своей масштабности и силе воздействия на воспитуемых устные средства правовой пропаганды во многих случаях не могут заменить письменные: тексты правовых актов (нормативных, применения и толкования норм права), комментарии ученых юристов к важным законам страны (комментированная Конституция РФ, Кодексы РФ – гражданский, семейный, уголовный и др.), статьи на правовые темы в газетах, журналах, монографии ученых на правовые темы, кроссворды на правовые темы, диаграммы, задачи, тексты и т.п. Достаточно сказать, что письменные средства могут находиться сколь угодно в распоряжении субъекта права и он может много раз обращаться к ним и по мере необходимости обсуждать их содержание с разным кругом знакомых и специалистами. Устные средства правовой пропаганды такой возможностью не обладают.

Правовая пропаганда через технические средства, как было сказано выше, есть однонаправленное воздействие на читателя, слушателя, зрителя. Массы людей в России постоянно испытывают на себе диктат правовых идей, взглядов, мнений, установок со стороны тех, кто владеет средствами коммуникации или кто в них работает, не имея возможности активно воздействовать на качество этого диктата.

Если эти мощные средства правовой пропаганды несут положительный заряд правовых идей, убеждений, эмоций, то они формируют правовую культуру людей, воспитывают ее. Однако правовая пропаганда может быть направлена и в противоправное русло, воспитывать не правовую культуру общества, а его правовую антикультуру; заниматься противоправным воспитанием читателей, слушателей, зрителей, как сегодня происходит во многих случаях. Так, справедливый анализ и оценку нашей современной правовой пропаганды дает автор книги

«Юридическая педагогика» («это первая книга в отечественной и мировой литературе по юридической педагогике» – указывается в ее аннотации) А.М.Столяренко [15]. Книга написана им в 2000 г., но, на наш взгляд, с тех пор мало что изменилось, если не сказать, что ничего. «К сожалению, – пишет А.М.Столяренко, – у нас (в России. – А.Б.) нет системы целенаправленной и правильно поставленной правовой пропаганды, проводимой государством или координируемой правоохранительными органами. Телевидение переполнено не столько правовой, сколько криминальной информацией, которая подается без ясного понимания того, какой педагогический эффект она приносит. Значительную долю ее можно назвать правовой антипропагандой, правовой антипедагогикой. Обилие информации о преступлениях создает у граждан впечатление, что они живут в криминальном обществе, окружены преступниками» [15. С. 65-67]. Для правовой социализации в целом и правового воспитания в особенности «убийственна» информация о благополучии и «красивой жизни» людей, явно нечестным путем наживших свое богатство.

Нередко в правовой информации вместо правовых понятий используется криминальный жаргон: убийц именуют киллерами, террористов и бандитов – боевиками, воров – бизнесменами, главарей банд – баронами и т.д. Дело не только в правовой безграмотности, но и в педагогической, – замечает автор книги. «У части молодежи вызревает мысль о совершении дерзких преступлений для того, чтобы сверстники называли их красивыми словами “киллер”, “боевик”. Многие не захотели бы это делать, если бы знали, что их назовут “убийцей”, “бандитом” или “вором”, презираемыми в народе. Такие метаморфозы реальны в период правовой социализации человека» [15. С. 65-67].

Информация о сотрудниках правоохранительных органов нередко сопровождается резко негативными оценками, насмешками, иронией, что вообще характерно для психологии криминальной среды, тогда как сообщение о преступниках часто не сопро-

вождается информацией об отрицательных качествах их личности и их моральном облике и т.д.

Преобладание на экранах детективной продукции, необычность сюжетов, динамичность событий; «режиссерские находки», остро пощипывающие нервы и представляющие преступников как людей, имеющих и положительные, привлекательные черты, – все это не только притягивает зрителей. «Эта антиправовая отравка насаждает в умы (и не только молодых людей, но особенно у них) представления о том, что окружающий мир преступен и к этому надо привыкнуть, а не возмущаться; что только преступный образ жизни интересен, а преступники – это «в принципе нормальные» люди, «просто стремящиеся красиво жить». Такая практика прикрывается демагогией о демократии, свободе, праве граждан на выбор при безусловном понимании того, что выбирают молодые люди, среди которых многие не способны реализовать его разумно и дальновидно, что значительная часть граждан испытывает большие материальные и финансовые трудности и неустойчива в своих правовых позициях» (Там же).

Пропаганда правовой антикультуры в нашей стране существует не только в открытом, но и в скрытом виде. В массе демонстрируемых кинофильмов, сериалов, в видеопродукции, песнях современной эстрады, детективной литературе пропагандируется культ силы, жестокости, подлости, аморальности; оправдывается использование любых противоправных средств для самостоятельного наказания обидчика и восстановления справедливости; вызывают симпатии удачливые, совершающие противоправные действия преступники, бездельники, которые по воле случая враз становятся богатыми людьми, вызывая зависть и противоправные стремления у части молодых людей.

По мнению проф. В.М.Сырых, оценивающего состояние правовой пропаганды в современной России и роль современного российского государства в этой деятельности, «формы правовой пропаганды, равно как и ее интенсивность, во многом зависят

от осознания государством важности и необходимости в системе мер по укреплению законности и правопорядка в стране» [16. С. 196]. Он отмечает, что Советское государство официальной правовой пропаганде придавало огромное значение, оно обязывало заниматься ею по долгу службы всех работников суда, юстиции, правоохранительных органов, а также научных сотрудников и преподавателей юридических факультетов и вузов страны. В современной России наблюдается прямо противоположное отношение к правовой пропаганде. Деятельность государства в этой сфере осуществляется спонтанно, эпизодически, без должной координации и согласования. В целом деятельность государства и лиц, осуществляющих правовое информирование населения, должна иметь объективно-истинный характер. На самом же деле современная государственная официальная правовая пропаганда «в той или иной степени содержит элементы правовой демагогии, умышленно приписывая действующему законодательству, правовой политике государства такие качества и свойства, которыми они в действительности не обладают» [15. С. 197].

К числу основных форм такой правовой демагогии В.М.Сырых относит предложение принять в «интересах всего народа» новый закон, который в действительности отвечает интересам узкого круга лиц, лишь какого-то одного социального слоя общества; пропаганду обоснованности и необходимости реализации закона, иного нормативно-правового акта, грубо нарушающего конституционные права и свободы граждан и иных лиц; чрезмерное, одностороннее восхваление прав и свобод человека при полном отсутствии указания неразрывной связи их с правовыми обязанностями; оправдание законодательных и иных предписаний, устанавливающих чрезвычайные меры, вызванные особыми, в действительности не существующими обстоятельствами; обещание правовых и иных социально-полезных результатов, которые якобы неизбежно будут получены после принятия соответствующего закона, но которые закон

реально обеспечить не может [16. С. 196-197].

Нисколько, на наш взгляд, не устарели не только оценки, но и предложенные в монографии А.М.Столяренко меры по преодолению указанных им недостатков в нынешних отечественных средствах правовой пропаганды. «Вся деятельность средств массовой информации и печати, – отмечает автор, – нуждается в коренном повышении педагогичности правовой информации, проявлении дальновидности, понимания того, к каким психолого-педагогическим и правовым последствиям приводит их работа. Нужно решительное повышение психолого-педагогической и правовой просвещенности редакторов, корреспондентов, педагогического консультирования, введения в штаты редакций юридических педагогов и психологов. Их работникам надо почаще задавать себе вопрос: чему учит молодых людей их продукция, в какой степени она способствует успешной правовой социализации и правовому воспитанию граждан? На чьей они стороне: честных граждан или криминала? Неплохо бы и четко сформулировать в своем сознании мысль о том, что, совершая многочисленные ошибки в правовой пропаганде, проявляя психолого-педагогическую безграмотность, они повышают вероятность стать самим жертвой преступных посягательств. Каждый обязан быть патриотом своей страны, любить народ, думать, как способствовать его благополучию и участвовать в развитии движения к правовому государству и обществу» [16. С. 67]. Этими мудрыми советами, к сожалению, до сих пор не воспользовались компетентные органы российского государства.

Особого внимания в развитии современной правовой пропаганды заслуживают ее так называемые виртуальные средства, которые приобретают все большее значение в правовой пропаганде сегодня и в будущем, видимо, займут ведущее место.

Выяснение понятия «виртуальные средства правовой пропаганды» следует начать с установления содержания термина «виртуальный», так как в современной науке все согласны только с тем, что термин

«виртуальный» происходит от латинского слова *virtualis* (сильный, способный) [12. С.14; 18. С. 98]. Значение же его раскрывается по-разному. Сначала его переводили как «возможный», который может или должен проявиться. В современных словарях у этого слова фиксируется еще одно значение, выработанное новой отраслью научных знаний – информатикой, согласно которой виртуальный – это «информационный объект, не имеющий реального существования, но проявляющий себя как аналогичный реально существующий объект, физический или информационный (в компьютерной терминологии)» [2. С. 122]. Виртуальный определяется также как «логический, возможный, не имеющий физического воплощения; создаваемый средствами компьютерной графики и реализованный только в компьютере» [3. С. 124]. При рассмотрении виртуальных средств правовой пропаганды термин «виртуальный» понимается нами в этом новом значении.

Считается, что виртуальные средства пропаганды появились в период четвертой информационной революции в середине XX в. По мнению В.А.Копылова, *первая* информационная революция связана с изобретением письменности, *вторая* (середина XVI в.) вызвана изобретением книгопечатания, *третья* (конец XIX в.) обусловлена изобретением электричества, благодаря чему появились телеграф, телефон, радио, позволившие оперативно передавать и накапливать информацию в значительных объемах. Повысилась роль СМИ как механизмов распространения информации и знаний на большие территории, обеспечивающих ими проживающих на этих территориях граждан, повысилась доступность информации для всех членов общества. Существенно возросла роль информации как средства воздействия на развитие общества и государства, появилась возможность оперативного общения людей между собой. *Четвертая* информационная революция вызвана созданием вычислительной техники и появлением персональных компьютеров, сетей связи и телекоммуникаций. Появилась возможность накапливать, хранить, обраба-

тывать и передавать информацию (в том числе и правовую) в электронной форме. Возросла в разы скорость поиска, получения и передачи нужной информации ее потребителям.

Ныне мы переживаем *пятую* информационную революцию. Идет ускоренное формирование и развитие транснациональных глобальных информационных телекоммуникационных сетей, охватывающих все народы мира, способных одновременно воздействовать как на каждого человека в отдельности, где бы он ни находился, так и на массы людей всего мира. Наиболее яркий пример такого явления и результат пятой информационной революции – Интернет. Интернет формирует новую информационную (в том числе и правовую) среду обитания человечества, новую среду деятельности человека, общества и государства. Эта информационная среда носит виртуальный характер в силу того, что физически она неощутима, в ней (в отличие от реальной информационной среды) меняются физические свойства информации (и правовой в том числе). Информация, представленная в компьютере или при передаче по каналам связи в виде символов, знаков, волн и т.д., не может непосредственно восприниматься органами чувств человека без вывода ее на экран компьютера или другого приемного устройства или распечатки на принтере.

В виртуальных средствах правовой пропаганды субъект права может получить необходимые ему правовые знания для принятия правомерных решений только при наличии компьютерной или иной мобильной техники и умения ею пользоваться. Как правило, он осуществляет индивидуальные, единичные личные действия по поиску и получению необходимой правовой информации.

Формирование качественной правовой информации, связанной с обработкой потоков юридических документов и предоставлением субъектам права информационных услуг, должны обеспечить соответствующие государственные органы и специализированные некоммерческие и коммерческие организации. Правовую информацию по-

требителям они доставляют двумя способами: стационарно либо через мобильные правовые информационные ресурсы в виде банков правовых данных.

При стационарной доставке правовой информации субъекты права должны приходиться за ней в специально оборудованные компьютерные центры – интернет-клубы, интернет-классы и т.д., в которых эту информацию они могут получить самостоятельно, используя компьютер, либо с помощью консультантов данных клубов, классов, библиотек.

При мобильном способе доставки правовой информации субъектам права создатели распространяют ее чаще всего в виде банков правовых знаний, в которых содержатся не только знания, но и поисковый аппарат к ним. В настоящее время эти банки правовых знаний в массовом порядке готовят и распространяют такие широко известные фирмы, как «Консультант Плюс», «Гарант», «Кодекс», «ЮСИС». Так, например, правовой информационный банк «Консультант Плюс», размещенный на лазерном диске, содержит более 13000 правовых документов. Это и правовые акты РФ, и основные региональные правовые акты, и комментарии к этим правовым актам правоведов, и материалы судебной практики, и т.д. Приобретя такой банк правовой информации, субъект права имеет возможность на своем компьютере самостоятельно получать достоверную информацию о своих субъективных правах и обязанностях при вступлении в те или иные статусно-ролевые правовые отношения.

Субъекты правовой пропаганды с помощью виртуальных средств могут вести ее как активно, так и пассивно. При активном способе правовой пропаганды правовые материалы пропагандистом подбираются и доставляются адресно. Так, к примеру, та же фирма «Консультант Плюс» разработала банк правовой информации «Консультант Плюс: Высшая школа» для надежной правовой поддержки студентов юридических, финансовых и экономических факультетов высших учебных заведений России и обеспечила ими вузы страны. Учебно-

методическими объединениями (юридическим, экономическим и финансовым) при Министерстве образования и науки РФ этот банк правовой информации допущен в качестве учебного пособия для юридического образования студентов указанных факультетов.

Пассивный способ правовой пропаганды заключается в том, что пропагандист правовую информацию размещает на своем сайте в Интернете и потребитель ее должен находить сам. Чтобы облегчить поиск размещенной правовой информации на своем сайте, информацию о нем пропагандист размещает обычно в тех или иных глобальных информационно-поисковых системах. В настоящее время для поиска информации на русском языке в российском Интернете наиболее популярны отечественные поисковые системы yandex. ru – система поиска фирмы «Яндекс»; Rambler.ru – система поиска фирмы «Рамблер»; aport. ru – система поиска «Апорт».

При использовании виртуальных средств правовой пропаганды приходится рассчитывать на большую активность самих воспитуемых в их использовании. Они должны быть не только вооружены техникой, предназначенной для преобразования правовой информации поступающей в электронной форме, в форму, доступную для традиционного человеческого восприятия, но и обучены приемам ее использования. Эти средства правовой пропаганды в полную силу используют субъекты будущего информационного общества, носители высокой правовой культуры.

Еще одной важной формой правового воспитания является **правовое обучение**. При правовом обучении, в отличие от правовой пропаганды, воспитатели и воспитуемые значительное время «вживую» взаимодействуют в едином правовоспитательном процессе. И процесс этот строится по логически выверенной программе, включающей в себя не только теоретические, но и разнообразные практические занятия, а также юридическую практику в специализированных средствах правового обучения. В педагогической науке термин «обучение» обо-

значает специально организованный процесс, включающий в себя две органично взаимосвязанные деятельности: 1) преподавание («руководство учением») – организация учебного труда обучаемых, формирование у них мотивации и опыта познавательной деятельности, планомерная и систематическая передача содержания образования; 2) учение – усвоение содержания образования и опыта учебно-познавательной деятельности обучаемыми [21. С. 16]. Правовая же обученность воспитуемых характеризуется следующими параметрами: знанием минимума нормативных актов, необходимых для жизни, работы и правомерного поведения в быту; навыками и умениями правомерного поведения в юридически значимых ситуациях и решения правозначимых проблем, возникающих в жизни и деятельности; знанием возможностей порядка и правил юридической защиты своих прав и интересов как собственными силами, так и с помощью правоохранительных органов; знанием пределов необходимой обороны [15. С. 47].

Средства правового обучения по «мощности» их воздействия на воспитуемых и получаемым результатам делятся на два вида: специализированные и неспециализированные (сопутствующие). К специализированным средствам правового обучения относятся правовые академии страны, юридические факультеты университетов и институтов, юридические техникумы, колледжи, гимназии, юридические классы общеобразовательных школ и т.п. специальные правообразовательные учреждения. К неспециализированным средствам правового обучения относятся все учебные заведения – и средние, и высшие, в которых осуществляется правовое обучение в тех или иных формах наряду с другими видами обучения. В лучших из них правовое обучение осуществляется не только в учебное, но и в неучебное время, используются разнообразные формы правовых занятий.

Однако вполне естественно, что более эффективными в правовом воспитании россиян являются специализированные средства правового обучения. Именно в них (в

средних и высших юридических учебных заведениях) в течение 3 - 4 - 5 лет высококвалифицированные правоведа-преподаватели имеют возможность сконцентрировать усилия на повседневном воздействии на воспитуемых, на всестороннем развитии их правовой культуры, на их правосознании и правовом поведении. В процессе длительного, систематического правового обучения под руководством правоведа-преподавателей у учащихся формируются не только глубокие, обширные и системные знания права, но и положительные эмоционально-чувственные правовые убеждения в их большой ценности, постоянная волевая готовность к правомерному поведению.

Формирование таких качеств обеспечивается целой системой различных форм учебных занятий. Основные из них, как известно, это учебные лекции, семинары, практические занятия, научные конференции, зачеты, экзамены, написание курсовых и дипломных работ и т.д. Каждая форма занятий по правовому обучению студента призвана целенаправленно решать определенные учебные и воспитательные задачи. Рассмотрим только две ведущие формы учебно-правовоспитательной деятельности в высшей правовой школе – лекции и семинары.

Лекции, как известно, возникнув в западно-европейских университетах еще в XIII-XIV вв., стали одной из важнейших форм обучения студентов во всем мире. При этом они постоянно совершенствовались, менялась их структура, методы изложения материала и роль этой формы в обучении. И сегодня лекция – это сложный вид интеллектуального и эмоционального труда, сложный и активный не только для лектора, но и для студентов. Должны уйти в прошлое такие «лекции», в которых главной функцией являлась объяснительно-иллюстративная передача, изложение определенной готовой научной информации студентам, которые в лучшем случае слушают ее внимательно, что-то записывают, стараются осмыслить и запомнить.

Следует заметить, что Министерство образования РФ пошло по пути сокращения

лекционных курсов, в том числе и по юридической специальности, а кроме того, ввело свободное посещение учебных лекций. Сокращение лекций в основном объясняется наличием в настоящее время достаточного количества печатной продукции – учебников, учебных пособий, монографий, а также возможностью использовать материалы, размещенные на сайтах Интернета, а введение свободного посещения лекций – демократизацией учебного процесса. По сути, правовое обучение лишается своего мощного «оружия» правовой пропаганды и сильного по своей убедительности «живого» средства воздействия на воспитуемых.

Лекция есть живое творчество на глазах аудитории. Она есть живое общение правоведа высокой квалификации с воспитуемыми. Непосредственное общение лектора с аудиторией, логика его аргументации, его «живые» правовые эмоции, правовые чувства, выражаемые интонацией, взглядом, мимикой, жестами, оказывают непосредственное воспитательное воздействие на слушателей, чего не может сделать самый лучший учебник. К тому же в учебниках излагаются более или менее общепринятые, достаточно устоявшиеся правовые научные взгляды. И всегда существует разрыв в несколько лет между написанием и опубликованием учебников. Лектор же более оперативен, он имеет возможность прийти к студентам с самыми новейшими данными своей науки, с тем, что было, скажем, только вчера опубликовано или высказано на научной конференции, научном коллоквиуме. На лекции любой слушатель имеет возможность тут же задать волнующий его вопрос лектору и тут же получить от него глубоко обоснованный ответ.

Итак, живого лектора не может заменить никакое печатное слово и не посещающий лекции студент не получает того благотворного влияния ее не только на свою профессиональную, интеллектуальную, но и на эмоционально-чувственную и волевою сферу. Поэтому представляется нецелесообразным сокращение лекционных курсов и свободное их посещение.

При подготовке современной лекции лектор должен заботиться не только о качестве и глубине излагаемого материала, продумывая те психологические способы, с помощью которых он будет доносить научные знания до студентов, но и в не меньшей степени о том, как привлечь студентов к активному сотворчеству способствующему выработке у них не только глубоких научных правовых знаний по излагаемому вопросу, но и правовой убежденности. Для этого лектор не только должен использовать средства наглядности, но и, что еще важнее, продумать форму изложения материала. На современной лекции если и не происходит открытия новых истин, то всегда по-новому раскрывается суть уже известных научных положений и исторических ступеней их познания. В любой современной лекции по праву лектор должен вначале сформулировать общую изучаемую правовую проблему, а в вопросах лекции отразить частные учебные проблемы – ступени разрешения данной общей проблемы. Сообщив студентам всю систему учебных проблем по теме лекции, преподаватель обычно предлагает всем принять участие в совместном анализе этих проблем и проследить сложный исторический научный путь к истинному познанию сущности права и государства. Определив затем учебную проблему по отдельному вопросу, лектор излагает фактический материал по создавшейся проблемной ситуации, но не делает научных выводов по ней, а только рассказывает о путях и методах, которыми шла наука к своим выводам, о тех научных гипотезах, которые наукой выдвигались и отвергались либо подтверждались. Выводы предлагается сделать самим слушателям. Таким образом, активизируется их самостоятельная познавательная деятельность, формируется глубокая убежденность в исторической необходимости права и большой ценности его как для общества, так и для каждой личности. Происходит глубокое осознание того факта, что правомерное поведение каждого человека в правоорганизованном обществе – залог благополучия и безопасности всех и каждого. Сделанные

слушателями выводы лектор уточняет и при необходимости дополняет.

Таким образом, использование проблемного метода в современной лекции по праву способствует творческому усвоению научных правовых знаний и формированию глубокой убежденности в большой исторической ценности правового регулирования, в необходимости правомерного поведения граждан для безопасности и благополучия всех и каждого вместе. К такого рода лекциям, разумеется, студенты должны в определенной мере готовиться дома и обязательно посещать их, что повысит их правовую культуру.

Среди многообразных форм обучения наряду с лекциями, важную роль в процессе правового образования и воспитания играют семинары. Они не только являются организационной формой, направляющей самостоятельное изучение студентами учебной и научной правовой литературы, коллективное обсуждение в аудитории под руководством преподавателя подготовленных студентами дома вопросов семинарского занятия углубляет самостоятельно полученные правовые знания, обеспечивает их более прочное эмоционально-чувственное закрепление. Устное выступление студента на семинаре оттачивает его юридическую мысль, прививает навыки самостоятельного юридического мышления и формирует качества пропагандиста юридических знаний. Помимо выработки правопознавательных навыков семинары выполняют и важную правовоспитательную функцию, превращая правовые знания студентов в личные правовые убеждения.

В учебной практике юридических вузов сложилось много типов семинарских занятий: семинар-беседа, вопросно-ответный семинар, обсуждение устных докладов студентов, решение казусов, работа с обучающими и экзаменующими компьютерными программами, семинары-диспуты и мн. др. Выбор типа семинара определяется его темой, уровнем знаний студентов, наличием и доступностью материалов для подготовки к нему, его функцией т.д. У каждого типа семинаров есть и сильные и

слабые стороны, они имеют и много общего и могут переходить друг в друга. Поэтому эффективность учебного процесса в большей степени зависит от ведущего семинар преподавателя, его педагогического опыта, умения точно выбрать тип семинара и гибкого варьировать этими видами в процессе учебных занятий. Например, нельзя увлекаться семинарами-докладами, так как они не способствуют познавательной активности всех членов учебной группы и контрольная функция их минимальна. Противоположны семинарам-докладам семинары-дискуссии. Они занимают особое место, на наш взгляд, в формировании научно-правового мышления студентов, формирования их позитивной эмоционально-чувственной сферы, готовности их к правомерной деятельности. Подобные семинары, представляется, заслуживают того, чтобы стать основным типом семинарских занятий по теоретико-историческим правовым дисциплинам в современном учебном процессе и проводиться исключительно по главным проблемам. Их ценность в том, что они обеспечивают непосредственное длительное творческое взаимодействие преподавателей и студентов не только в аудиторные часы, но и во время подготовки к аудиторной дискуссии, которая длится, как правило, не менее трех-четырёх недель. Для подготовки к ним группа студентов делится, каждая из них получает свое задание. Мини-группы определяют своих лидеров, которые должны будут руководить групповым исследованием, выполнением полученного задания и систематически поддерживать связь с руководителем семинара: информировать его о проделанной работе за каждые прошедшие три-пять дней, о возникающих при этом трудностях, получать совет руководителя по дальнейшей работе. Таким образом, руководитель семинара постоянно находится в контакте со всеми мини-группами, контролирует и направляет их самостоятельную подготовку к дискуссии на семинаре.

Семинар-дискуссия начинается с краткого вступительного слова его руководителя, в котором формулируются основные задачи и порядок проведения данного

семинара. Затем следуют сообщения мини-групп о результатах проведенных ими исследований и их коллективное обсуждение. Подвести итоги дискуссии, развернувшейся на семинаре, сделать выводы по результатам проведенных коллективных исследований может специально созданная для этого мини-группа студентов. Для этого она не только пользуется результатами собственных предварительных исследований, но и внимательно следит за ходом всей дискуссии по обсуждаемым вопросам, активно участвуя в ней. Эту группу преподаватель формирует из наиболее подготовленных студентов. Подытоживает результаты состоявшейся дискуссии руководитель семинара. Его задача – дать оценку всей дискуссии, отметить исследовательские достижения студентов, восполнить пробелы в освещении студентами тех или иных вопросов, исправить возможные ошибки. Как видим, такой тип семинаров есть серьезное средство в руках субъекта правового воспитания для формирования всех элементов правовой культуры воспитуемых – правовых знаний, убеждений и поведения.

К сожалению, далеко не во всех специализированных юридических учебных заведениях современной России правовое обучение молодых юристов находится на высоком уровне. Об этом свидетельствуют, например, проводимые социологами исследования качества подготовки молодых юристов в юридических вузах страны [18. С. 283-297].

Вывод: предложенный анализ двух основных форм правового воспитания и средств их воздействия на развитие правовой культуры россиян будет способствовать укреплению правового порядка в стране.

Библиографический список

1. *Апресян Г.З.* Ораторское искусство / Г.З.Апресян. М., 1978.
2. *Большой словарь иностранных слов.* М., 2007.
3. *Гуревич П.С.* Пропаганда в идеологической борьбе / П.С.Гуревич. М., 1987.

4. Денисов С.А. Теория государства и права: Конспект авторских лекций / С.А.Денисов. Тюмень, 2000.
5. История политических и правовых учений. М., 1988.
6. Мехонцев Н.И. Слушатель аудитории / Н.И.Мехонцев, Н.Н.Михайлов, М.Ф.Ненашев. М., 1983.
7. Политология: Энциклопедический словарь. М., 1993.
8. Правовая пропаганда. В помощь идеологическому работнику. М., 1981.
9. Правовое воспитание и социальная активность населения. Киев, 1979.
10. Правоторов В.Ф. Пропаганда / В.Ф.Правоторов // Философский энциклопедический словарь. М., 1983.
11. Семечкин Н.И. Социальная психология / Н.И.Семечкин. Ростов н/Д, 2003.
12. Словарь иностранных слов. М., 1955.
13. Словарь иностранных слов. СПб., 2007.
14. Смирнов В.И. Общая педагогика / В.И.Смирнов. М., 1999.
15. Столяренко А.М. Юридическая педагогика / А.М.Столяренко. М., 2000.
16. Сырых В.М. Социология правовой информированности населения / В.М.Сырых // Социология. М., 2004.
17. Толковый словарь русского языка / под ред. Д.Н.Ушакова. М., 2007.
18. Шереги Ф.Э. Социология права: прикладные исследования / Ф.Э.Шереги. СПб, 2002.
19. Bell D. The End of ideology / D.Bell. N.Y., 1967.
20. Siepmann C. The Nature of Propaganda / C.Siepmann N.Y., 1969.

LAW PROPAGANDA AND LAW TRAINING – THE LAW EDUCATION FORMS: NOTION AND MEANS INFLUENCE

A.S.Bondarev

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

Examine two fundamentals from contemporary right education. Specify notion "form" and "means" and their classification and maintenance means contemporary right propaganda and right instruction. Point out conditions for their effective utilization.

Keywords: law propaganda, law education, means of the law propaganda

**ЮРИДИЧЕСКИЙ ПРАГМАТИЗМ И СОЦИОЛОГИЧЕСКОЕ
НАПРАВЛЕНИЕ В АМЕРИКАНСКОМ ПРАВЕ****З.Г.Голдобина**

кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права Пермского государственного университета, 614990, г. Пермь, ул. Букирева, 15

Статья посвящена правовым теориям, появившимся в США в первой четверти XX в. под воздействием общественно-экономических изменений, – юридическому прагматизму и социологическому направлению. Возникнув первоначально как протест общества против существующего порядка и неспособности правовой системы преодолеть социальные проблемы, указанные концепции в дальнейшем стали обоснованием судебного нормотворчества, оказали большое влияние на мышление американских судей и американских правоведов.

Ключевые слова: юридический прагматизм в США, социология права в США, судебное нормотворчество, правовая система США

Общественно-экономические изменения в США в первой четверти XX в. послужили причиной вторжения прагматических и социологических течений в юридическую теорию этой страны. Результатом переоценки правовых ценностей и создания новых правовых моделей стало формирование в первой четверти XX века социологического направления в правоведении США, направления, определившего лицо правовых теорий этой страны в течение всей первой половины XX в.

Создавшаяся ситуация в сфере материального производства и ее правовой надстройке на рубеже XIX-XX вв. обусловила выдвижение идеи государства, способного заменить традиционную для Америки «свободную конкуренцию» «регулируемой», воспрепятствовать развитию монополий, корпораций и трестов, распространив государственный контроль на деятельность акционерных обществ и добровольных товариществ.

Изменение во всех сферах экономики, политики, общества потребовало от власти переоценки политических и правовых установок, приспособления их к новым условиям существования государства. Состояние законодательства и особенно практика его применения стали подвергаться системати-

ческой критике с разных сторон [5. С. 125]. Возникла необходимость в разработке правовых теорий, способных объяснить и изменить сложившуюся ситуацию. На Верховный суд стали смотреть как на орган, имеющий возможность преодолеть возникшие сложности; в обществе поднимаются вопросы о роли судов в осуществлении и развитии права, что повлекло за собой переоценку правовых теорий.

В Европе на тот момент уже существовали политико-правовые теории, отражавшие попытку осмыслить и разрешить проблему несовершенства законодательства. Создание немецкой «юриспруденции интересов», движения «свободного права» во Франции и Германии можно рассматривать как поиски выхода из создавшегося положения, в то же время в англосаксонском правоведении в значительной степени утратили свое влияние традиционные идеи «высшего» («естественного») права. Е.Эрлих, австрийский юрист, один из первых теоретиков-практиков «нового толка», в монографии «Основы социологии права» представил свою концепцию «живого права», отразившую новый взгляд на теорию юриспруденции.

Подобная формулировка возникла на основании опросов населения Буковины (Австро-Венгрия), где непосредственно действовало примерно лишь около трети

статей Австрийского гражданского уложения. Реально действующее право Е.Эрлих назвал «живым правом», которое, по его мнению, являлось результатом спонтанного процесса нормообразования в обществе, а также деятельности отдельных представителей государственной власти (судей, администрации, чиновников) и которое находится не в статьях закона, а в фактических взаимоотношениях людей, во внутренней организации человеческих союзов (государства, семьи, корпорации и т.п.). Для понимания истоков, развития и сущности права, считал Е.Эрлих, первоначально необходимо изучить порядок, существующий в указанных человеческих союзах, в связи с чем он уделял большое внимание исследованию разного рода юридически значимых документов, циркулирующих в обществе и отражающих внутренний порядок различных общностей и союзов, – договоров аренды, брачных и ипотечных договоров, уставов торговых компаний, завещаний и т.д. [6. С. 106-107].

Е.Эрлих настаивал на том, что при рассмотрении возникающих конфликтов в обществе необходимо обращаться не к абстрактным правовым нормам, а к судьям или иным арбитрам, избранным самими заинтересованными сторонами, что было весьма характерно для американской юриспруденции. Необходимо, по мнению этого юриста, взаимное согласование индивидуальных и коллективных волей для разрешения спорных вопросов, что возможно и без вмешательства формально действующего права [5. С. 110].

Теория «живого права» Е. Эрлиха получила также название концепции «свободного права», или судейского усмотрения, поскольку судьи, по мнению Е.Эрлиха, должны в своих решениях ориентироваться не на писаное законодательство, а на «живое право», берущее начало в самом обществе, своей деятельностью создающем реально действующие нормы права, которые базируются на фактических общественных отношениях. Не предлагая судьям новых методов толкования норм права, он лишь обращает внимание на понятие «справедли-

вости», в соответствии с которым и должны разрешаться дела в судебных органах. Он не отрицал, конечно, существование некоторых споров, для решения которых необходимо применение абстрактных правовых норм, издаваемых государством, однако не считал их наличие необходимым и единственным источником разрешения общественных конфликтов. Концепция Эрлиха была одной из первых, где теоретически обосновывалось судейское нормотворчество в противовес позитивистским теориям права. Учение Эрлиха оказало воздействие на многих теоретиков и практиков права как Европы, так и Америки.

Выходец из России Ж.Гурвич вслед за Эрлихом также рассматривал право не как продукт государства, а как результат жизнедеятельности общества, где существуют несколько «очагов» юридического опыта и изучение права с какой-либо монистической позиции обречено на провал [2. С. 222-231]. Как отмечал Ж.Карбонье, что для Гурвича «юридическая власть, создающая право, находится не в государстве, а в нормативных фактах, в самой социальной жизни» [6. С. 180]. Государство же только констатирует и легализует сложившееся в обществе право.

Американское общество, ввиду своей известной прагматичности, опередило «старые» общества Европы и пошло дальше простого теоретизирования, внедрив европейские теории в свою правовую реальность. Однако правовая теория США на основании философии прагматизма смогла более четко использовать выводы ранних европейских теорий и отразить специфические черты общественной и политической жизни США. А отличительной чертой американского правоведения являлось то, что оно в меньшей степени, чем континентальная наука права, было связано принципами юридической догматики, о чем говорит тот факт, что сама Конституция США развивалась именно путем прецедентов. Эсмен считает, что толкование той или другой статьи конституции «составляет прецедент на будущее время и прибавляет к ней, таким образом, еще одну новую норму» [7. С. 509,

507]. В США именно на Верховный суд стали смотреть как на орган, который в состоянии если и не устранить полностью, то, по крайней мере, сгладить конфликт между буквой закона и реальной действительностью, между требованиями законодателя и социальными нуждами. [6. С. 125].

Для философии прагматизма существенным критерием достоверности тех или иных идей является принцип «практически полезных» результатов. Ввиду этого возник новый подход к оценке социального действия права. Юристы прагматического и реалистического склада мышления подчеркивали необходимость не ограничиваться формально-юридическим анализом проблем, а включить в сферу изучения неформальные внеконституционные политические структуры и институты. Однако эти юристы, видя в праве способ решения проблем, возможность смягчения обострившихся противоречий и обеспечения нормального функционирования общества, стремились включать его в широкую социологическую категорию «социального контроля». Распространение и популярность социологической теории в Соединенных Штатах определялись тем, что американская правовая система формировалась главным образом под воздействием англосаксонского Common Law, судебной практики и системы прецедентов. А традиционным инструментарием американских юристов являлись и являются «правовые принципы, которые устанавливаются и применяются в конкретных ситуациях, а не содержатся в абстрактном виде в сводах гражданских законов» [19. С. 270], что и объясняет широкое распространение в США в XX в. исследований социальной эффективности права и механизмов его функционирования.

Основную роль в распространении положений прагматической философии на область права и создании методологической основы социологического направления в американской правовой идеологии и доктрине судебного нормотворчества сыграли концепции юридического прагматизма О.Холмса и Н.Грина. Но в истории американской юриспруденции правовой прагма-

тизм отождествляется, прежде всего, с именем О.Холмса, который стоял у истоков юридического прагматизма.

О.Холмс был из тех ученых-практиков в американской юриспруденции, кто выступал против подчинения судьи только закону. По мнению О. Холмса, судья при вынесении решения должен принимать во внимание как законы, так и существующие в конкретном обществе этнические принципы и социальный опыт, учитывать социальные последствия принимаемых решений [22. С. 35] Поскольку истоки права необходимо искать в естественных желаниях человека «взять верх» по отношению к людям, причинившим ему ущерб, становится понятно, как считал Холмс, что развитие права неизбежно зависит от естественных условий человеческого существования: основных потребностей общества в каждый исторический период времени, главенствующих моральных и политических положений, чутя в области публичной деятельности, уверенных или неосознанных влечений, даже предрассудков, которые судья разделяет со своими коллегами и которые в состоянии сделать гораздо больше для выработки правил по управлению людьми, чем какие-то силлогизмы.

Выступая против главных составляющих юридического позитивизма – что источником права является воля суверена, что в качестве единственной силы в развитии права выступает логика, возражая против всех правовых теорий, пытавшихся обнаружить истоки права вне судебной деятельности, Холмс дает свое известное определение сущности права как «предсказания того, что суды действительно сделают» [24. С. 423-425] По мнению О.Холмса, важным принципом для принятия судом того или иного решения выступают прагматические «соображения о том, что является выгодным для данного общества». Ученый считал, что при вынесении решения судья должен принимать во внимание помимо статей конституции и основанных на ней законов господствующие этические принципы, учитывать выгодные и полезные социальные последствия принимаемого решения [22. С. 35], по-

сколькx право всегда должно отражать изменения, проистекающие из перемен в социальной действительности. «Сама история права – это история приспособления права к изменяющимся потребностям жизни... Жизнь права – это не просто логика или опыт, но также обновление на основе логики и опыта, чтобы приспособить право к социальной действительности. Эта задача обновления возлагается прежде всего на законодательную власть... но применение права к реальности – это также и дело судьи» [3. С. 10].

Когда мы имеем дело с положениями Конституции США, писал Холмс, то «мы должны понять, что они применяются к жизни, развитие которой совершенно нельзя предвидеть даже наиболее одаренным из ее создателей... Поэтому дело, которое находится перед нами, должно быть рассмотрено в свете нашего полного опыта, а не просто в свете того, что было сказано сотню лет назад» [12. С. 15].

Право, по Холмсу, выражает экономический, социальный, политический и идеологический «опыт» общества. Средство внесения этого опыта в право – суды, которые при рассмотрении конкретных дел призваны вырабатывать новые правовые принципы и нормы, «удобные» для существующей практики общественных отношений. Именно суды, с точки зрения Холмса, можно использовать для реформирования правопорядка в обстановке радикальных изменений. Со своей практической ориентацией Холмс без труда опроверг формально-догматическую концепцию юридического суверенитета Остина и наличие какого-либо высшего нормативного начала в праве, будь то равенство, справедливость и т.д., поскольку в правовом общении нужно помогать выживанию наиболее приспособленных. Считая право серией предсказаний, он сближал его с эмпирической наукой, чьей задачей является определение ценности различных социальных целей, присутствующих в обществе [23. С. 258].

Впоследствии идеи Холмса, рассматривающего норму права как основу для «предсказания», называющего судебные

протоколы, договоры, статуты «оракулами права», были поддержаны и развиты теоретическим направлением «правового реализма», трансформировавшего его определение «жизнь права не в логике, а в опыте» в положение «право есть то, что творят судьи», при этом судья был наделен не только свободой толкования, но и нормотворческими полномочиями.

Начатая Холмсом «фронтальная», по определению американских юристов, атака на устои естественноправовой доктрины привела к существенному ослаблению ее позиций в правовой идеологии и формированию в первой четверти XX века двух новых, вначале «социологической», а затем «реалистической», школ в юриспруденции США [12. С. 15], которые оказали непосредственное влияние на деятельность Верховного суда США, действующего в XX в. с позиции активного вмешательства в область законодательной власти путем создания новых норм права. Члены Верховного суда, во многом сами являющиеся создателями правовых теорий в США, при осуществлении своих полномочий использовали «дозволенную» доктриной возможность самим изменять социально-экономическое и политическое положение в стране, тем самым влияя и меняя правосознание общества. Социологическая юриспруденция стала первой систематизированной теорией социологического направления, появившаяся в Соединенных Штатах в начале XX в. Продолжая прагматистскую линию в правоведении, она соединила в себе ряд социологических и правовых концепций, выдвинутых на рубеже столетия в Европе и Америке.

Социологическая школа впитала в себя идеи европейских ученых Р.Иеринга и А.Смола об индивидуальных и социальных интересах, равно как и тезис о взаимодействии социальных наук; учение Э.Дюркгейма¹ о детерминирующем воздействии социальных факторов на право; теорию Л.Дюги о социально-юридическом понимании права;

¹ Подробнее о теории Дюркгейма: Бачинин В. А. История философии и социологии права. С-Пб.: Изд-во Михайлова В.А. 2001.

«социальную психологию» и основывающиеся на ней теории «социального порядка» Л.Уорда и «социального контроля» Э.Росса; а также школы «свободного права». Деление Е.Эрлихом права на позитивное и живое, применение «понимающей социологии» к правовым явлениям М.Вебера послужили важным импульсом для становления американской социологической юриспруденции, на базе которой позднее возникла концепция «судейского права» [9. С. 251].

Собственно американская социологическая, или Гарвардская, школа была создана известным теоретиком Роско Паундом, основными работами которого явились: «Право в книгах и право в действии», «Социальный контроль через право», пятитомная «Юриспруденция». Его концепция права сформировалась под влиянием учения Е.Эрлиха о «живом праве» и уже рассмотренных идей О.Холмса [13. С. 24]. Активными сторонниками этого направления считаются такие теоретики и практики, как Д.Стоун, У.Брэндэйз, Б.Кардозо, Ф.Франкфуртер, Д. Дьюи [12. С. 15-16].

В соответствии с американской социологической теорией право, исходя из основного постулата юридического прагматизма, видится как чисто практическая проблема, в силу чего любое теоретическое решение вопроса имеет практический, удобный для применения характер, но не означает абсолютного соответствия с исследуемым явлением. «Социологическое движение в юриспруденции, – говорил Р.Паунд, – это движение за прагматизм как философию права» [17. С.105]. В этом контексте обособление социологии права можно рассматривать как противостояние неопозитивистской, нормативной «чистой теории права» Г.Кельзена, отождествляющего правоведение с юридической догматикой и считавшего правовую систему иерархией норм [11. С. 32].

Таким образом, постепенно теория «живого права» Е.Эрлиха, направленная на свободу судейского усмотрения, в условиях исторически сложившейся в США системы прецедентного права приобретает свое логическое завершение. В результате процесс

нормотворчества у Р.Паунда почти полностью сводится к деятельности суда и администрации, а под правом понимается порядок, складывающийся на практике главным образом под влиянием решений, принимаемых судами и администрацией, что и является тем «правом в действии», отличным от «права в книгах» [15. С. 300].

Развивая тезис Холмса, что «жизнью права является не логика, а опыт», Паунд делал акцент на преодоление формализма в практической деятельности юристов. Он ориентировал судей на выход за рамки застывших законодательных норм в поисках более гибких правовых решений, полнее отвечающих сложным и постоянно меняющимся жизненным обстоятельствам. Законодательство, по его мнению, должно рассматриваться как обобщенное предсказание того, что сделают и как поступят судьи при разрешении конкретных споров о праве. Профессиональное искусство юриста, писал он, не менее важно, чем предписание закона. В условиях развитой американской судебной системы, при наличии высокопрофессионального и ответственного перед обществом судейского корпуса, концепция Паунда была ориентирована на преодоление ограниченности действующего законодательства посредством судебной практики и на более полный учет многогранных потребностей изменяющейся социальной и правовой жизни. В дальнейшем эти общие для американской юриспруденции идеи особенно активно и последовательно развивались уже в рамках школы «реалистов», которая начала складываться в США в первой половине XX в. [10. С. 110].

Социологическая юриспруденция указывала на социальное действие права и судебной власти, а ее представители обосновывали взаимозависимость триады: право – общество – суд, утверждая, что законы и судебные решения приводят к определенным изменениям в социальной жизни и, наоборот, развитие общества определяет развитие права; причем эффективность юридических норм зависит от степени их поддержки общественным мнением. В принципе американские исследователи доказывали

то, что уже давно было реальностью. Весь исторический опыт США говорит о непосредственном влиянии Верховного суда и всей судебной системы на развитие государства путем принятия исторических решений, оказавших воздействие на динамику развития общества.

В американской правовой доктрине социологический подход имеет и другое название – инструментальный, или «прагматический инструментализм», что связано с изменением в понимании главной задачи правовой теории, которая должна была сформировать по возможности непротиворечивую систему новых представлений и позволила бы как должностным лицам, так и рядовым гражданам использовать право более эффективно. Постулат инструментализма состоит в исключительно утилитарном подходе к использованию законодательства в качестве средства регуляции экономической деятельности и социальных процессов, в соответствии с чем правовые нормы и институты рассматриваются сквозь призму эффективности достижения поставленных властью целей. А сама эффективность, по мнению прагматиков-инструменталистов, должна изучаться в ее социальном преломлении как степень достижения общепользовательных целей при минимуме затраченных средств и усилий [21. С. 16-24]. Так в целом социологический подход означал отказ от рассмотрения права в «чистом виде», каким его видел, например Г.Кельзен, делая упор на изучении действия права, т.е. его практического функционирования, пренебрегая судебным нормотворчеством и не придавая ему значения в сфере права [22. С. 194].

Соответственно социологическая юриспруденция ориентировала в первую очередь на исследование влияния конкретных интересов и потребностей должностных лиц (судей, законодателей и т.п.) на содержание права, в связи с чем инструментализм не придавал большого значения общим понятиям и принципам в праве и отрицал пользу формально-определенных норм права. В США социологическая юриспруденция вообще добилась определенных ус-

пехов, теоретически обосновав важность учета социальных факторов при реализации правовых актов. Многие современные правовые аксиомы, такие как социальная поддержка со стороны государства, равное правосудие на основе закона, стали таковыми благодаря изменившемуся под влиянием социологического течения правовому мышлению судей (в первую очередь Верховного суда), законодателей и правоприменителей в целом. Представители школы социологической юриспруденции, с учетом исторически сложившейся американской правовой традиции сформулировав понятие «живого права», показали взаимозависимость между правовыми актами, судебными решениями и развитием общества, рассуждая о том, что правовые акты и судебные решения накладывают свой отпечаток на общественные отношения, т.е. имеют социальные последствия. В свою очередь изменения в обществе неизбежно влияют на содержание правовых понятий, способствуют дальнейшей эволюции права, а эффективность правовых норм зависит от степени его поддержки общественным мнением, судами во главе с Верховным судом и правоохранительными органами. Постановка этих проблем послужила поводом для дальнейших научных исследований в области права, взаимоотношений правовых норм и судебных решений, их совместного влияния на развитие общества; были пересмотрены многие положения позитивизма, школы естественного права и других теоретических направлений.

Целый ряд замечаний приверженцы социологической юриспруденции в США высказали в адрес позитивистской доктрины правосудия, доказывая, что нельзя априорно считать непогрешимыми абстрактные правовые нормы. По словам Т.Парсонса, «законы должны быть сформулированы общими терминами, но общие положения не в состоянии учесть всевозможные обстоятельства жизни, в которых может оказаться человек. Могут существовать два и более закона, содержание которых может расценивать действия прямо противоположно» [14. С. 59]. Многое зависит от того, какое истолкование они получают в системе

правоприменяющих органов, перед которыми стоит проблема интерпретации. Точно так и судебные дела, с их точки зрения, не следует решать только по правилам формальной логики: необходим соответствующий анализ, опирающийся на оценку социальных факторов и общественных интересов, которые должны находиться в поле зрения судей. Таким образом, вместо анализа таких формализованных категорий, как норма, обязанность, санкция, власть и правоотношения, на первый план было выдвинуто изучение цели и средств в правовом регулировании, а также ролевых функций участников правоприменительной деятельности.

Право, по мнению сторонников социологической теории – это метод «социальной инженерии», т.е. средство достижения цели смягчения конфликтных интересов. Вслед за Эрлихом Паунд и другие приверженцы новой концепции отрицали «механическую юрисдикцию», противопоставляя «праву в книгах» «право в действии» [15. С. 300], где целью правового исследования было не изучение происхождения юридических институтов (историческая школа права), не попытка раскрыть идеальное содержание норм позитивного права (естественноправовые доктрины), не анализ сложившихся правовых понятий (аналитическое направление в англосаксонском правоведении), а выявление роли правовых учреждений и норм права в реальной жизни общества, функционирование самой правовой системы. В таком контексте социологическая юриспруденция стала исследовать право как неотъемлемую часть процесса урегулирования общественных отношений или как одно из средств социального контроля наряду с моралью и религией, которые также включаются в состав средств социального контроля. Но для координации общественных отношений, для ликвидации неизбежно возникающих конфликтов в триаде «право – мораль – религия» должно доминировать именно право, опирающееся на государственную монополию применения силы [16. С. 24].

Однако нормативная составляющая правовых предписаний, на основании которых должен действовать судейский корпус и иные административные правоприменяющие органы, должна быть сведена к минимуму, поскольку из правовых предписаний лишь принципы приближаются по своей сути к нормам права, а в целом руководствоваться следует теми моральными категориями, такими как, например, «справедливость», которые действуют в конкретном обществе в определенный отрезок времени.

Сторонники социологической юриспруденции были убеждены в необходимости расширения свободы усмотрения судебных органов (как и остальных органов, применяющих право) ввиду узости нормативного материала по сравнению с разнообразием жизненных ситуаций, которых законодательство не может учесть. Право – более сложная материя, чем представляется в нормативных актах, все его проявления не подлежат четкой фиксации. Как заметил еще Б.А.Кистяковский: «Надо смотреть на то право, которое живет в народе и выражается в его поведении, в его поступках, в его сделках, а не на то право, которое установлено в параграфах кодексов» [7. С. 206]. Судьи должны искать в самой жизни и формулировать посредством вынесения решений реально действующие нормы права. Поэтому активная деятельность судей должна дополнять, расширять нормативную составляющую права, учитывая «растущую сложность общественных отношений» [18. С. 76]. Именно деятельность и анализ принятых решений лиц, занятых в государственном и судебном управлении, позволяет выявить те единообразия и стандарты, которые должны служить основой для реально действующих норм в американском обществе.

Следовательно, при изучении конкретного дела именно усмотрение судей, их профессиональное искусство определяется в качестве решающего критерия для оценки правомерности того или иного поступка и его соответствия требованиям закона, что обеспечивает самые широкие возможности для маневрирования судебных органов во

главе с Верховным судом при решении конкретных дел. А все недостатки судебной системы социологическая теория объясняет, в частности, заботой судов исключительно о «технической» стороне дела, приверженностью «механической юриспруденции», которая предпочитает логическую дедукцию из заранее определенных правовых понятий, игнорируя современную действительность «индустриального общества».

Член Верховного суда США Б.Кардозо, один из известных судебных деятелей и признанный авторитет в социологической юриспруденции, считал, что право является категорией постоянно изменяющейся, не имеющей статических границ. Его характеристика права как набора «предложений в форме разумной уверенности» расплывчата, он отдает предпочтение субъективному судебному усмотрению. Главным он считает принцип «годности цели», а критерием объективности судьи объявляет соответствие принятых им решений современным нравам. Толкование закона судом не должно сводиться, по мнению Кардозо, только к выяснению смысла закона и намерений законодателя, необходимо восполнять пробелы закона с помощью процессуальных процедур, созданных общим правом [19. С. 102-108].

Выдвинув постулат о том, что развитие и применение правовых установлений определяются не столько логикой и силлогическими суждениями, сколько интуицией и опытом лиц, применяющих право, прагматисты первыми пришли к выводу о том, что судебная практика выступает не только в качестве критерия оценки действенности правовых норм – под ее влиянием изменяются и сами методы познания правовых явлений. А представители последующего, социологического направления отвергли дедуктивный метод, заменив его индуктивным, применение которого в судебной деятельности предполагало выяснение того конкретного результата, который должен наступить в связи с принятием соответствующего судебного решения. Лишь по тому эффекту, который произведет то или иное решение суда, можно судить о ценности са-

мой правовой нормы [8. С. 292]. Вывод, к которому пришли сторонники данного направления, имеет далеко идущие последствия в отношении концептуальных подходов решения проблем законодательства и правосудия. Поэтому, ратуя за расширение судебного усмотрения в процессе толкования применяемых норм, социологическая юриспруденция признает за судебной властью право нормотворчества по собственной инициативе, так как презюмируется: что творит суд, то и является правом [1. С. 254].

Таким образом, социологическая юриспруденция возникла в начале века как протест общества против существующего порядка и неспособности правовой системы решать социальные проблемы. Она явилась ответом на проблемы американского общества и государства в начале XX в. развивалась параллельно с прогрессивным движением в политике как реакция на доминирующие, крайне индивидуалистические доктрины, на безразличие и неспособность государства улучшить экономические и социальные условия [1. С. 80-82].

Что касается сферы права, то социальная юриспруденция стала выступлением против «механической юриспруденции», сторонники которой считали, что все правовые ситуации разрешимы посредством норм права и не стоит вмешивать в это социальные элементы. Данное направление стало особо опасным, когда совершенствование права прекратилось, а правовые теории исчерпали себя. По Р.Паунду, именно для стимулирования развития права и адаптации правовой системы к изменяющимся социальным условиям нужна социологическая юриспруденция, поскольку она будет способствовать возрождению права после крушения устаревших философских, исторических и аналитических течений.

Таким образом, главной темой рассуждений правоведов США о праве и законности стала прагматическая идея «общественного интереса». Указывая на реалистичность, прагматический характер своих позиций, американские теоретики считали необходимым условием успешного развития страны активное участие судебной власти в

жизни общества путем создания новых норм права, а руководящим принципом деятельности для судей должна выступать моральная категория справедливости и нечто более реальное – зависящая от конкретных условий социальная выгода. В отличие от законодательных органов власти, суд непосредственно сталкивается с жизнью, с ее социальными конфликтами и противоречиями и лучше знает, что является нужным для общества на сегодняшний день и в данных условиях. Поэтому передача судебным органам широкой функции нормотворчества не приводит к отказу от принципа законности как законодательно оформленной системы всеобщих и обязательных правовых предписаний, а существенно дополняет и развивает американскую нормативную систему.

В результате можно говорить, что право – это то, что решает суд. Наряду с идеей законности и правопорядка выдвигается идея судейского нормотворчества, когда суд не случайно и не эпизодически, а закономерно и постоянно создает правовые нормы путем вынесения решения по конкретным делам. «Я рассматриваю созданное судьями право как реальное явление жизни..., – писал судья Кардозо. – Едва ли сегодняшняя норма может соответствовать вчерашней, противоположной ей норме... Изменения в праве, или большинство из них, осуществляются судьями. Результатом этого является не просто дополнение или модификация, а революционизирование и трансформация» [19. С. 27].

Основным достоинством социологического подхода было то, что он позволял установить взаимосвязь права с другими общественными явлениями, раскрыть взаимодействие правовых факторов с социальными, политическими и экономическими, давая возможность судебным органам вмешиваться в законодательный процесс посредством принятия решений по конкретным делам. Социологический подход оказал большое влияние на американских судей и американских правоведов, что позволило в дальнейшем развиться правовой реалисти-

ческой школе, занимавшейся теоретическим обоснованием судебного активизма.

Библиографический список

1. *Адыгезалова Г.Э.* Правовая концепция американской социологической юриспруденции. XX век. (Р.Паунд, Т.Парсонс и Г.Бредемейер): дис. ... канд. юрид. наук / Г.Э.Адыгезалова. Краснодар, 2004.
2. *Антонов М.В.* Социология права Гурвича Г.Д. / М.В.Антонов // Известия вузов. 2003. №2. С. 222-231.
3. *Барак А.* Судейское усмотрение / А.Барак. М.: Норма. 1999.
4. *Бачинин В.А.* История философии и социологии права / В.А.Бачинин. С-Пб.: Изд-во Михайлова В.А., 2001.
5. *Боботов С.В.* Буржуазная юстиция. Состояние и перспективы развития / С.В.Боботов. М.: Наука. 1989.
6. *Карбонье Ж.* Юридическая социология / Ж.Карбонье. Благовещенск: Изд-во БГК, 1998.
7. *Кистяковский Б.А.* Философия и социология права / Б.А.Кистяковский. С-Пб.: Изд-во Рус. христ.-гуманит. ин-та. 1998.
8. *Кудрявцев В.Н.* Современная социология права / В.Н.Кудрявцев, В.П.Казимирчук. М.: Юрист. 1995.
9. *История политических и правовых учений. XIX век* / под ред. В.С.Нерсисянца. М.: Наука, 1993.
10. *Лапаева В.В.* Социология права / В.В.Лапаева. М.: Норма. 2004.
11. *Медушевская Н.Ф.* Основные философско-правовые идеи и их историческое развитие (западная Европа) / Н.Ф.Медушевская. М.: Изд-во Моск. акад. МВД РФ 2001.
12. *Старченко А.* Философия права и принципы правосудия в США / А.Старченко. М.: Высшая школа. 1969.
13. *Сызранцев Д.Г.* Прагматизм в праве (метод Р.Паунда): дис. ... канд. юрид. наук / Д.Г.Сызранцев. Ростов н/Д. 2002.
14. *Parsons T.* The law and social control / T.Parsons // Law and Sociology. The Free Press of Glencoe, 1962.
15. *Pound R.* Sociology of law. Twentieth century sociology / R.Pound. New Haven, 1950.

16. *Pound R.* Social control through law / R.Pound. New Haven, 1960.
17. *Paund R.* Mechanical jurisprudence. Landmarks of law / R.Paund. Highlights of legal opinion. N.Y. 1960.
18. *Rosen P.* The Supreme Court and social science / P.Rosen. Chicago. 1972.
19. *Cardozo B.* The nature of the judicial process / B.Cardozo. New Haven. 1960.
20. *Seymour W.N.* The evolving world concept of the rule of law. An American view / W.N.Seymour, S.L.Sherman // Journal of the international commission of jurists. 1963. №4.
21. *Summers R.S.* Instrumentalism and American legal theory / R.S.Summers. N.Y. 1982.
22. *Kelsen H.* The pure theory of law / H.Kelsen. 1945.
23. *Holmes O.W.* The common law / O.W.Holmes. Boston, 1945.
24. *Holmes O.W.* Collected legal papers/ O.W.Holmes. N.Y. 1952.
25. *Holmes O.W.* The path of law. The great legal philosophies / O.W.Holmes. Philadelphia, 1959.

JURIDICAL PRAGMATISM AND SOCIOLOGICAL TREND IN THE AMERICAN LAW

Z.G.Goldobina

Perm State University ,614990, Perm, Bukireva Street, 15

The article covers the legal theories which appeared in the USA in the first quarter of the XX century and were caused by the social and economic changes: juridical pragmatism and sociological trend. Having appeared originally as the society protest against the existing order and the inability of the legal system to overcome social problems, these concepts later became the basis of the court rule-making and had a substantial influence on the American judges' and American lawyers' way of thinking.

Keywords: juridical pragmatism in the USA, sociology of law in the USA, judiciary rule-making in the USA

II. КОНСТИТУЦИОННОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

ПОРЯДОК ФОРМИРОВАНИЯ ФЕДЕРАЛЬНОГО СОБРАНИЯ РФ: ПРОБЛЕМЫ И ПРОТИВОРЕЧИЯ

И. Марино

Кандидат юридических наук, руководитель Osservatorio sul sistema Politico-Constituzionale della Federazione Russa, руководитель Фонда конституционных реформ в Италии 80120, Италия, Неаполь, ул. Карло Розеро, 15

Статья посвящена анализу противоречий системы формирования Парламента РФ, работы Конституционной комиссии СНД и Конституционного совещания, а также анализу Конституции РФ, которая является главным источником основных противоречий избирательной системы и избирательного законодательства РФ.

Ключевые слова: избирательная система России, Федеральное собрание РФ, формирование Совета Федерации, выборы в Государственную Думу

ПОРЯДОК ФОРМИРОВАНИЯ СОВЕТА ФЕДЕРАЦИИ

Избирательная система России за время действия новой Конституции РФ, принятой 12 декабря 1993 г. в результате очень острого политического конституционного кризиса между тогда действующими Парламентом и Президентом РФ, обнаружила некоторые свои как положительные, так и противоречивые, проблемные аспекты.

Напомним, что в 1993 г. одновременно – что выглядело весьма парадоксально – происходило и всенародное голосование проекта Конституции РФ (которая только могла в случае ее принятия сделать легитивным новый Парламент), и выборы в две палаты того же самого Парламента. Кроме того, Конституция РФ была принята, как всем известно, не на референдуме, а на специально организованном подзаконным актом Президента РФ всенародном голосовании, предусматривающем гораздо менее усложненный кворум электората. На наш взгляд, обоснованной, справедливой была тогда позиция ответственного секретаря Конституционной комиссии СНД, О.Г.Румянцева: «Я считаю, если у народа будет возможность выбора между альтернативными проектами, это будет замечатель-

но. Народ сам решит, какой конституционный строй у него будет» [2. С. 364].

Необходимо подчеркнуть, что и тогда, в 1993 г., основной вопрос был не в том, как избираться, а в том, кому переизбираться.

В одном из выступлений в самом Конституционном совещании ответственный секретарь Конституционной комиссии недвусмысленно заявил: «Я лично считаю, что в переходных положениях можно было бы записать как цель одновременные выборы весной 1994 года – и федерального парламента, и Президента Российской Федерации. Почему? Потому что, если разные политические силы будут: одна – вокруг президентской власти, другая – вокруг федерального парламента, опять будет глубочайший политический кризис» [3. Т. 1. С. 505].

О.Г.Румянцев предложил при прямом председательствовании Президента РФ Б.Н.Ельцина на Конституционной комиссии «в течение трех месяцев после принятия Конституции избрать Президента, с тем чтобы менять постепенно структуру исполнительной власти» [2. С. 505]. Но в итоге раздел второй Конституции РФ «Заключительные и переходные положения» (ст. 3, 4, 5, 7) гласит, что после принятия новой Конституции все государственные органы федеральной власти остаются на своих местах,

кроме единственного – Парламента, который должен переизбираться.

Хотим выделить еще ряд интересных норм проекта Конституции РФ, предлагавшихся Конституционной комиссией относительно выборов Президента РФ. В частности, в проекте предусматривалось, что «никто не может быть избран на должность Президента Российской Федерации более двух раз» (ст. 93/4). То есть создавалось реальное ограничение для Президента РФ, в отличие от положения действующей Конституции РФ, предусматривающей теоретически дополнительные сроки без ограничения, только не подряд.

Также одна из статей проекта Конституции Конституционной комиссии СНД предусматривала, что «членство в политических партиях и участие в политических движениях на время нахождения в должности Президента Российской Федерации приостанавливается». На основе же действующего законодательства Президент Российской Федерации имеет полное право быть членом политической партии. Это с точки зрения права недопустимо, поскольку Конституция устанавливает, что Президент – гарант Конституции, гарант конституционных принципов, значит, и гарант многопартийности, следовательно, он должен сохранять одинаковую дистанцию от всех партий. Это еще одно подтверждение тому, что роль главы исполнительной власти и роль гаранта Конституции РФ взаимоисключающие. Как подчеркивает О.Г. Румянцев, именно суд, а не чиновник – пусть даже высший – является легитимным гарантом конституционного строя.

Конституция РФ устанавливает: «В Совет Федерации входят по два представителя от каждого субъекта Российской Федерации: по одному от представительного и исполнительного органов государственной власти» (ст. 95). Безусловно, идеальный вариант для любого парламента, чтобы все законодатели, в том числе и законодатели верхней палаты, т.е., в частности, члены Совета Федерации, избирались прямыми выборами населением. Справедливости ради необходимо констатировать, что такой

лучший вариант предусматривал проект Конституции РФ Конституционной комиссии СНД, который в ст. 85 устанавливал не порядок формирования, а именно порядок избрания всех парламентариев: «Порядок выборов депутатов Верховного Совета устанавливается федеральным законом». Статья 86 вышеназванного проекта Конституционной комиссии предусматривала также, что «палаты избираются одновременно».

Конституционная комиссия отдала предпочтение избранию членов Совета Федерации по мажоритарной системе. Точнее, обсуждали среди других варианты, при котором верхняя палата должна была избираться гражданами субъектов РФ; предполагался, в частности, и вариант, предусматривающий разную квоту депутатов в зависимости от статуса субъектов: квота для республик в составе РФ должна была составлять два места, для автономных округов – одно [9. С. 586].

В действующей сегодня процедуре формирования Совета Федерации защита активных и пассивных избирательных прав граждан просто отсутствует. Электорату относительно верхней палаты российского парламента просто не принадлежит реальное право избирательной инициативы, он полностью отстранен также и от порядка формирования.

Какова же реакция российского электората на данное положение дел с избирательной системой? По данным опроса общественного мнения, проведенного в 2006 г. среди российских граждан Центром мониторингом политико-правовой системы России, на вопрос «Считаете ли Вы необходимым проведение прямых выборов членов Совета Федерации ФС?», 59,0% опрошенных (представляющих 53 субъекта РФ) ответили утвердительно. Не считают проведение прямых выборов необходимым – 33,4%; затруднились ответить – 7,6% (www.osservatoriorussia.it).

Предлагаем короткий ретроспективный анализ многострадального порядка формирования Совета Федерации с 1993 г.

Необходимо признать, что самый настоящий источник деградации порядка

формирования Совета Федерации – в самой Конституции РФ. Конституционное положение, согласно которому в верхнюю палату Парламента входят представители исполнительной власти субъектов РФ, безусловно, предопределяет сильнодействующие, эффективные механизмы влияния Президента на Совет Федерации. (Следует учесть, что Конституция РФ (ч. 2 ст. 77) образовала единую систему исполнительной власти в Российской Федерации).

Авторы Конституции РФ не отдали предпочтение порядку избрания членов Совета Федерации. Может тогда отчасти показаться удивительным тот факт, что по прошествии более чем 10 лет после принятия Конституции авторы Конституции РФ, члены Конституционного совещания (КС), в абсолютном своем большинстве твердо выступают за прямые выборы в верхней палате Парламента [5].

Скрупулезный анализ стенографического отчета КС показывает, что окончательная версия Конституционного совещания данной статьи была следующей: «В Совет Федерации входят по два представителя от каждого субъекта Российской Федерации». Первым Президентом РФ уже после завершения работы Конституционного совещания и, видимо, предполагаемых соответствующих последовательных голосований было внесено дополнительно следующее значительное положение: «... по одному от представительного и исполнительного органов государственной власти» [3. Т. 20. С. 42]. Не будет большим преувеличением сказать, что в результате был создан не чисто парламентский орган, а фактически некий гибрид – парламентарно-исполнительный орган, – что стало источником серьезных проблем для осуществления Советом Федераций классических функций парламентской палаты. Так, на наш взгляд, проник самый опасный «конституционный вирус» в систему государственной власти России.

Только первый Совет Федерации, как было предусмотрено в заключительных и переходных положениях Конституции РФ (ст. 7), избирался населением: «Совет Феде-

рации первого созыва и Государственная Дума первого созыва избираются сроком на два года». Это еще один «конституционный грех» первого Президента РФ, который дополнительно внес данную поправку в одностороннем порядке, без согласований, без голосований, уже после завершения работы Конституционного Совещания [3. Т. 20. С. 66]. Создали первый Парламент «на полуставке», Парламент «part time».

В ретроспективном анализе по вопросу сокращения срока функционирования первого созыва двух палат российского Парламента В.Л.Шейнис писал: «... это была наша идея. На ней настаивали демократы. Мы говорили: выборы проходят в чрезвычайной ситуации, мы не знаем, какой состав парламента они дадут. Поэтому в данный момент срок полномочий депутатов надо ограничить двумя годами. <...> на основе поправок, которые готовила моя группа, срок полномочий парламента был сокращен до двух лет» [5. С. 248].

Итак, все-таки в порядке исключения первый Совет Федерации был избирательным органом.

Стенографический отчет Конституционного Совещания свидетельствует, что рассматриваемый им вариант был иной. С.М.Шахрай предложил: «Мы закрепляем как принцип выборы населением членов верхней палаты, но на переходный период верхнюю палату формируем из первых лиц исполнительной и представительной власти субъектов Федерации» [3. Т. 9. С. 189].

Как известно, «Первая редакция Положения «О федеральных органах власти на переходный период», утвержденная Указом Президента РФ №1400 от 21 сентября 1993 г., предусматривала вхождение в эту палату по должности руководителей исполнительных и законодательных органов власти субъектов Федерации. Тогда члены Конституционного совещания видимо, не успели обратить внимание и на то, что в определенной части парламенты в субъектах в то время уже были распущены самим Президентом РФ. В Конституционном совещании 15 октября 1993 г. руководитель Администрации Президента РФ С.А.Филатов

призывал: «Нам надо выбрать Совет Федерации. Причина, по-моему, совершенно очевидная. Тот Совет Федерации, который предполагалось создать как бы на переходный период из должностных лиц, он практически развалился, потому что начали разваливаться фактически наши Советы. Вы знаете, одни распустились, другие лишились кворума и стали неспособными работать, третьи лишились своих лидеров, поскольку многие из них сейчас подают в отставку, четвертые себя дискредитировали ... Главы администрации – частично избранные, частично назначенные лица. И все это не позволяет создать тот орган, который пользовался бы абсолютным или хотя бы достаточным доверием общества и работал бы как верхняя палата Федерального Собрания» [3. Т. 18. С. 72].

В конечном итоге, иные возможные концепции не рассматривались. А буквально перед сдачей текста Конституции в типографию Президентом РФ было решено (уже в обход Конституционного совещания) сделать все просто наоборот: Совет Федерации – избирательный орган только в порядке исключения и только для первого созыва.

Новый Федеральный закон 1995 г. предусматривал логику «работы по совместительству», т.е. вхождение в Совет Федерации главы исполнительной и представительной власти субъектов РФ, и предусматривал также возможность вхождения в верхнюю палату российского парламента губернаторов – еще не избранных, а назначенных указами Президента, но предписывал провести повсеместные выборы глав администраций до конца 1996 г. (Надо отметить «особенности» так называемой «переходной фазы» 1996-1997 гг. Тогда многие главы исполнительной власти субъектов РФ еще были не избраны, а назначены Президентом РФ. Речь идет о назначениях посредством указов Президента РФ в основном глав администраций областей.)

К моменту формирования Совета Федерации (новый Совет Федерации был сформирован и приступил к работе 23 января 1996 г.) были 47 невыборных губернаторских должностей [8]. Выборы глав ис-

полнительной власти субъектов РФ затянулись до 1997 г., а в некоторых регионах и дольше. В конечном итоге, на определенное и довольно значительное время немалая часть парламентариев верхней палаты Федерального Собрания фактически была назначена напрямую Президентом РФ. На наш взгляд, данное положение было самым опасным нарушением основополагающего принципа разделения властей за прошедшие годы.

Необходимо также подчеркнуть, что принцип формирования Совета Федераций «по совместительству» вступал в полное противоречие с положениями Конституции, которая четко устанавливает (ст. 104), что не дано право законодательной инициативы исполнительным органам субъектов Российской Федерации, однако именно так и получилось в конечном итоге.

Также был принят Федеральный закон от 5 августа 2000 г. «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» [7], на основании которого «представитель в Совете Федерации от исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации назначается высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) на срок его полномочий» (ст. 4).

В Конституционном совещании подобную идею выдвигал известный юрист, близкий Президенту РФ А.М.Яковлев (тогда заведующий сектором Института государства и права РАН), назначенный председателем группы представителей федеральных органов государственной власти по доработке проекта Конституции РФ): «Может быть, председателей и глав будут представлять их полномочные заместители? Видимо, так будет, потому что невозможно бросить свою республику или свою область и все время заседать здесь в Совете Федерации. Причем надо иметь в виду, что это переходные положения» [3. Т. 17. С. 71].

Статья 5 ФЗ от 5 августа 2000 г. устанавливает следующее: «Указ (постановле-

ние) о назначении представителя в Совете Федерации от исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации вступает в силу, если на очередном или внеочередном заседании законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации две трети от общего числа его депутатов не проголосуют против назначения данного представителя в Совете Федерации от исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации». Иными словами, это означает, что даже если только одна треть плюс один голос соответствующего парламента субъекта РФ поддерживает кандидатуру, предложенную главой исполнительной власти субъекта РФ, то она все-таки пройдет успешно. Это, безусловно, редкий, если не уникальный, «экзотичный» кворум голосования.

Положительный аспект этого закона заключается лишь в том, что законодатели верхней палаты Федерального Собрания теоретически могли бы работать уже на постоянной основе. Но в действительности остается в полной силе, на наш взгляд, возможность решающего влияния со стороны Президента РФ в рамках внутренних каналов исполнительной власти на законодателей, назначаемых главами высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ. В этой связи обязательно надо учесть положения Федерального закона от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», согласно которым высшее должностное лицо субъекта РФ могло быть в особых, предусмотренных законом случаях отрешено от должности Президентом России.

Данный закон предусматривает также право Президента отрешить от должности руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ «в связи с выражением ему недоверия законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта РФ», «в

связи с утратой доверия Президента РФ, за ненадлежащее исполнение своих обязанностей, а также в иных случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом» (ст. 19). Все это давало Президенту дополнительные косвенные рычаги давления на глав исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Указанные возможности еще более усилились с принятием очень спорного Федерального закона от 11 декабря 2004 г. (за которым следовали еще новые изменения в данный закон от 29.12.2004, от 29.12.2004, от 21.07.2005), который внес существенные изменения в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и отменил прямые выборы. В соответствии с ФЗ от 11 декабря 2004 г., в настоящее время высшие должностные лица субъектов Российской Федерации избираются законодательными органами субъектов Федерации по представлению Президента РФ. Президент РФ – монополист: только он имеет право предлагать кандидатуры.

Интересно, что в Конституционном совещании рассматривалось предложение закрепить в самой Конституции РФ порядок избрания глав исполнительной власти субъектов РФ: «В субъектах Федерации население избирает главу Субъекта Федерации, губернатора» [3. Т. 12. С. 253]. В 2006 г. рассматривалось также предложение, предусматривающее право победившей в выборах в субъектах Федерации партии выдвигать кандидатуру главы субъекта Федерации (типично паллиативное решение), которое в конечном итоге все-таки не было принято.

Но, что не менее важно, в ФЗ установлено также, что в случае повторного отклонения соответствующим Парламентом субъекта РФ кандидатуры, предложенной Президентом РФ, «Президент РФ вправе распустить законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ» (ст. 9/4.1 «Порядок досрочного прекращения полномочий законодательного (представительного) органа государст-

венной власти субъекта Российской Федерации»). Иными словами, установлено «голосование-ультиматум». Следует также учесть, что на основании действующего законодательства Президенту дано право в особых случаях принятия Парламентом субъекта нормативных актов, противоречащих Конституции РФ, федеральным конституционным законам, ... распускать Парламент субъекта РФ. Все это, конечно, представляет очередной, дополнительный, довольно сильный рычаг давления Президента на законодательные органы субъектов РФ. Необходимо в связи с этим отметить, что в Конституции РФ (ст. 72) отмечено, что в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации находится только установление общих принципов организации системы органов государственной власти Российской Федерации и местного самоуправления. И очень недвусмысленно указано, что субъекты сами образуют органы государственной власти субъектов РФ (ст. 11/2): «Государственную власть в субъектах Российской Федерации осуществляют образуемые ими органы государственной власти».

Конституция устанавливает, что «высшим непосредственным выражением власти народа являются референдум и свободные выборы» (ст. 3/3), что «граждане Российской Федерации имеют право избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также участвовать на референдуме» (ст. 32/2). Новое положение уже названного Федерального закона от 11 декабря 2004 г., отменяющее прямые выборы глав исполнительной власти субъектов РФ (началась, видимо, очередная «особая переходная фаза»), после запроса депутатов Государственной Думы все-таки рассматривалось Конституционным судом РФ. В итоге было принято постановление о соответствии данного оспариваемого положения Конституции РФ. Надо отметить, что диаметрально изменилась позиция Конституционного суда по сравнению с позицией, зафиксированной в предыдущем его постановлении (от 18 января 1996 г.), в котором

он признал неконституционным избрание главы Алтайского края местным законодательным собранием. В этом акте Конституционный суд пришел к выводу, что подобная процедура нарушает принцип разделения властей и право граждан избирать органы государственной власти.

Очень аргументированно и убедительно выглядит особое мнение судьи Конституционного суда Российской Федерации В.Г. Ярославцева по данному делу о несоответствии Конституции оспариваемого закона. В конце своего особого мнения он заключает: «Однако внешне "демократичная" декоративность нового порядка наделения полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) не может скрыть основной цели преобразований – отторжение народа от свободных выборов указанного должностного лица, что прямо противоречит принципу народовластия, так как в закрепленной в данном Федеральном законе "схеме" наделения полномочиями должностных лиц народ как самостоятельный субъект конституционных правоотношений отсутствует...

Таким образом, ныне действующий порядок наделения полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъектов Российской Федерации) не соответствует Конституции Российской Федерации, ее статьям 3 и 32 (ч. 1 и 2)».

В российской литературе мною много лет тому назад был обнаружен такой тезис: «Суды – это не монахи, это активные участники политического процесса». Отсюда и постановление Конституционного суда. И если бы на тот момент у него был иной состав (например, С.А. Авакьян, Ю.А. Тихомиров, В.И. Лафитский, О.Г. Румянцев, Б.А. Страшун, Д.А. Ковачев, В.Б. Исаков), Конституционный суд принимал бы иное постановление – о несоответствии Конституции РФ оспариваемого закона.

Как известно, Постановление Конституционного Суда РФ действует непосредственно

венно, окончательно, не подлежит обжалованию. И поэтому данное конкретное Постановление окончательно, пока будут действовать данные оспоренные изменения в вышеназванном законе от 11 декабря 2004 г. Иными словами, это не запрещает российским законодателям, в случае, если, например, общественное мнение сочтет это необходимым, очередной раз внести изменения в данный Федеральный закон (для которого, как известно, не требуется квалифицированного большинства) и вернуться, например, к прямым выборам глав исполнительной власти субъектов РФ.

Как российский электорат относится к своим избирательным правам? При опросе общественного мнения, проведенном в 2006 г. Центром-мониторингом политико-правовой системы России среди российских граждан (представляющих 53 субъекта РФ), на вопрос «Считаете ли Вы необходимым проведение прямых выборов руководителей высшего исполнительного органа государственной власти субъектов РФ?», 58,6% опрошенных ответили утвердительно, 35,2% не считает проведение прямых выборов необходимым, 6,20% затруднилось ответить (www.osservatoriorussia.it).

Итак, члены Конституционного совещания предусмотрели для Совета Федерации не порядок избрания, а неэквивалентный и неравноценный порядок формирования. Хотя в Конституционном совещании и звучали предложения об избрании: например, В.Л.Шейнис, бывший заместитель ответственного секретаря Конституционной комиссии, настаивал на том, что «Совет Федерации должен избираться населением и быть в этом смысле совсем не статическим началом, а тоже отражать реакции населения» [3. Т. 13. С. 23.]. Даже А.А.Собчак, как известно, сторонник сильной президентской власти, выступал за прямые выборы парламентариев: «Я считал, что это должны быть люди типа сенаторов. От каждого субъекта Федерации два человека избираются всем населением» [5. Т. 9. С. 311]. Обсуждался, в частности, и такой вариант: «В Совет Федерации избираются по 3 депутата от каждого субъекта Федерации» [5. Т. 4. С. 201]. Зву-

чало и такое предложение: «Совет Федерации избирается сроком на 6 (вариант 5) лет с обновлением половины его состава каждые три года». [3. Т. 18. С. 142].

В конечном итоге, к великому сожалению, с целью контроля российского парламента исполнительной властью самим Президентом РФ было введено положение, предусматривающее вхождение в Совет Федерации представителей самой исполнительной власти. Приведем лишь один пример вытекающего из такого положения вещей ослабления контрольных функций парламента. На основе действующего на данный момент законодательства членом Комиссии парламентского рассмотрения может оказаться назначенный главой исполнительной власти субъекта законодатель, который затем должен будет вести расследование дела своего бывшего начальника в субъекте РФ.

В итоге отмена прямых выборов глав исполнительной власти субъектов РФ даже ради создания вертикали президентской власти с целью остановить некие дезинтеграционные процессы даже как мотивация – спорный шаг. Отметим, что одна из первых причин распада СССР – именно внедрение сильной президентской власти, что в конечном итоге привело к усилению института президента и в республиках – и президенты республик начали вести политическую борьбу против союзного Президента. Интересен комментарий о правах граждан на участие на референдуме 1991 г. о сохранении СССР М.С.Горбачева: «Никто из трех деятелей – Ельцин, Кравчук, Шушкевич, как и те, кто их подталкивал к поправлению волеизъявления народа, ясно выраженного на референдуме 17 марта 1991 года, не понес никакой ответственности – ни юридической, ни политической, ни моральной» [1. С. 5].

В 1995 г. двумя палатами ФС был принят ФЗ «О порядке формирования Совета Федерации ФС РФ», предусматривающий порядок избрания членов Совета Федерации, но Президент РФ отклонил данный закон сочтя, что в нем есть несоответствие Конституции РФ. В этой связи особый интерес представляет позиция члена Консти-

туционного суда РФ А.Я.Сливы (тогда члена Конституционного совещания, заместителя начальника государственного правового управления Президента РФ), который сегодня выступает за прямые выборы членов Совета Федерации и допускает возможность специального толкования соответствующей статьи Конституции РФ Конституционным судом: «могло бы быть специальное толкование этой статьи Конституционным Судом. И мы могли бы сослаться на ... позиции международных судов, на международные пакты, на большую Европу, у них есть по федерализму интересные решения» [5. С. 155].

Подводя итог нашему расследованию и отвечая на вопрос, почему в России возник такой противоречивый порядок формирования Совета Федерации, приходится констатировать, что так выгоднее Президенту Российской Федерации – и в процедуре назначения членов КС, ВС и ВАС, в котором участвуют именно члены Совета Федерации, и в процедуре отрешения от должности Президента Российской Федерации, и в законодательном процессе, и т.д. Статистические данные свидетельствуют о высоком проценте отклонения законов Советом Федерации (доля отклоненных законов достигает до одной четвертой [6]).

Авторы Конституции РФ целенаправленно создавали для Совета Федерации особый механизм многостороннего, эффективного сдерживания нижней палаты. Это очевидное подтверждение тому, что основная задача Конституционного совещания – создание слабого, разделенного Парламента. (Это, естественно, ослабляло и партии, представленные в палатах. В Совете Федерации партии вообще не представлены, нет и разделения на фракции, как предусмотрено в Государственной Думе. Конституция Российской Федерации вообще имеет противоречивый, антипартийный характер и не смогла способствовать укреплению политических партий за эти годы. Впечатляет, что даже в тексте Конституции РФ отсутствует слово «политические партии», хотя в Конституционном совещании одна из пяти палат (организованных буквально по корпора-

тивному принципу) была именно «группа представителей политических партий». Справедливости ради необходимо подчеркнуть, что в проекте Конституционной комиссии намного лучше (в ст. 63) определяется роль партий: «Партии и другие политические общественные объединения содействуют выражению политической воли гражданского общества, участвуют в выборах»).

Как справедливо отмечает В.И.Лафитский «система сдержек и противовесов была направлена в основном на ограничение законодательной власти, как будто угроза демократии исходит только от нее...» [4].

ВЫБОРЫ В ГОСУДАРСТВЕННУЮ ДУМУ

Для нижней палаты Российского Парламента характерен не порядок формирования, как это происходит с Советом Федераций, а порядок избрания. И этот порядок выборов депутатов Государственной Думы ФС РФ также имеет свою противоречивую и непростую историю.

В 1993 г. концепции избирательной системы рассматривались не только в Конституционной комиссии СНД и в Конституционном совещании, но и в Государственном правовом управлении (ГПУ). Безусловно, в окончательном решении вопроса «как избираться парламентариям» самая существенная роль принадлежала советникам Президента РФ при ГПУ. Тактически ГПУ старался подстраховаться, и в зависимости от всех возможных сценариев развития политической тогдашней обстановки он был готов выбрать более выгодный вариант из нескольких возможных. По признанию А.А.Котенкова (начальника ГПУ Президента РФ), в рамках работы в Конституционном совещании, «по поручению Президента в Государственном правовом управлении разработано три варианта закона о выборах» [3. Т. 7. С. 68].

В Конституционном совещании в 1993 г. основные споры велись о характере избирательной системы: какой она должна быть – мажоритарной, пропорциональной либо смешанной (в каких квотах?). Следует

учесть, что первая концепция смешанной избирательной системы была разработана уже в 1991 г. Институте законодательства и сравнительного правоведения.

В Конституционном совещании сторонники Президента РФ активно поддерживали мажоритарную систему. Характерно, например, высказывание А.А.Котенкова (который был идентифицирован тогда в КС как «главный хранитель Конституции»): «50 процентов депутатов от политических партий... – это значит провалить выборы. Нет у нас в стране партий. Нет! ... Если мы хотим начать переходный период, – я имею в виду в избирательной системе, – мы можем пойти на какой-то малый процент ... Это может быть 10, 15 пусть 20 процентов, но никак не половина» [3. Т. 14. С. 157].

Итак, уже 21 сентября 1993 г. указом №1400 было утверждено положение «О выборах депутатов Государственной Думы». Как было уже нами подчеркнуто, тогда, в 1993 г. решающее слово было за Президентом РФ. Многие в это время выдвигали свои предложения, среди них была и группа по избирательной системе, которая на первом этапе начала работать в рамках Конституционной комиссии СНГ и которая в конечном итоге оказалась в Конституционном совещании. В данной группе особо активную роль играл В.Л.Шейнис (позже он был назначен вице-председателем Комиссии законодательных предположений при Президенте РФ, начал разрабатывать регламент двух палат парламента и некоторые его нормативные акты), который настаивал на сохранении квоты 1:1, т.е. половина депутатов должны были избираться по мажоритарной системе, остальные – по пропорциональной. Окончательные решения были за некими близкими первому Президенту РФ советниками, и, по-видимому, эти неподконтрольные решения принимались в спешке, как результат, может быть, достаточно случайных, часто узкоконъюнктурных обстоятельств. По признанию самого В.Л.Шейниса (в его ретроспективном анализе тех событий), много было неясностей в том, какие юристы, близкие первому Президенту РФ, влияли на эти окончательные

решения [9. С. 623]. В опубликованное в конечном счете Положение, на основе которого и прошли выборы, была возвращена пропорция 1:1.

Относительно первых выборов Государственной Думы ФС РФ необходимо констатировать, что сторонники Президента в Конституционном совещании открыто и целенаправленно планировали сильный удар по парламенту, предлагая сократить срок первого созыва ГД. В Конституционном совещании А.В.Маслов (начальник отдела Государственного-правового управления Президента Российской Федерации) выдвигал следующее предложение: «И мы рискуем получить через три года достаточно консервативную верхнюю палату. И с этой точки зрения, может быть, целесообразно рассмотреть вопрос сокращения срока полномочий. А так как не очень прилично это делать только для верхней палаты, то, естественно, сделать для обеих» [3. Т. 20. С. 191].

Споры о квоте пропорциональной и мажоритарной системы продолжались и позже, после принятия Конституции РФ. В конце 1997 г. в России советниками Президента РФ рассматривалась и возможность проведения референдума по избирательной системе, планировали тогда укрепить квоту мажоритарной избирательной системы.

В конечном итоге в соответствии с новыми изменениями в избирательном законодательстве был осуществлен переход от смещенной пропорционально-мажоритарной избирательной системы в пропорциональную систему, вместе с этим заградительный барьер вырос с 5% до 7%.

Каково же отношение российского электората к избирательному порогу? Опрос общественного мнения, проведенный Центром-мониторингом политико-правовой системы России в 2007 г. среди граждан России, представляющих 27 субъектов Федерации), выяснил следующее. При ответе на вопрос «При выборах в Государственную Думу Федерального Собрания РФ необходимо заградительный барьер 7%, или заградительный барьер 5%, или необходимо отменить любой заградительный барьер?» 50% опрошенных отметили заградительный

барьер 7%; 24% – 5%; 26% – необходимость отменить любой заградительный барьер (www.osservatoriorussia.it).

Необходимо учитывать, что с увеличением избирательного порога (теперь 7%) голоса, отданные тем партиям, которые не преодолеют барьер и не будут представлены в Парламенте, в конечном итоге разделятся между теми партиями, которые этот порог преодолеют.

В первых концепциях выборов депутатов Государственной Думы ФС РФ, которые обсуждались в Конституционной комиссии СНГ предусматривался более умеренный подход: 3% барьер, высказывались предложения о снижении порога даже до 1,5% [9. С. 585].

На основании внимательного изучения стенографического отчета Конституционного совещания приходится констатировать, что тогда в нем вообще не звучало предложений о создании открытого альтернативного списка конкурентных кандидатов политических партий в рамках квоты пропорциональной избирательной системы. То, что на основании действующего законодательства электорат не может голосовать индивидуально за того или иного кандидата в рамках списков одной партии, которые могли бы баллотироваться на конкурентной основе, т.е. именно на альтернативных выборах, являются большим минусом. Необходима конкретная поправка в законе в этом плане, так как существующее положение дел оказывает негативное влияние на электорат.

Коротко затронем еще один аспект избирательной системы. Как известно, отменена возможность электората голосовать «против всех» на всех выборах. Относительно выборов депутатов Государственной Думы это очень положительный шаг. Приходится констатировать, что голосование «против всех» было не протестным голосованием, а голосованием против всех, кроме тех, кто при выборах в Государственную Думу преодолел избирательный барьер, поскольку доля голосов, поданных «против всех», просто перераспределялась среди тех партий, которые преодолели барьер.

В заключение хотелось бы подчеркнуть, что оптимальным и необходимым вариантом для российского парламента для обеих его палат является переход на порядок избрания. Это неизбежный, хотя и не самодостаточный путь к необходимому укреплению статуса и конституционного положения парламента. Часто встречаемый тезис о том, что «нет идеальной избирательной системы», приводится обычно с тактическими целями. Наоборот, смыслом деятельности законодателей является поиск наиболее оптимальных вариантов изменений в избирательном законодательстве, укрепляющих логику конкурентных альтернативных выборов. И поиск данных подходов не должен основываться только на сравнительном анализе избирательных систем иных стран. Не менее важно провести ретроспективный анализ истории создания Конституции РФ и истории создания избирательного законодательства, признавая как некоторые ошибки и спешные решения, которые принимались Конституционным совещанием в 1993 г. при очень остром политическом кризисе, так и, наоборот, тот положительный опыт, который был накоплен за три года очень интенсивной, высокопрофессиональной и плодотворной работы парламентской Конституционной комиссии (1990-1993). В этом плане хотелось бы подчеркнуть историческое значение издания многотомного сборника Фонда Конституционных реформ «Из истории создания Конституции РФ. Конституционная Комиссия. Стенограммы, материалы, документы (в 6 томах)» для всех юристов, в том числе и для законодателей новых поколений, – и не только в вопросах избирательной системы, затронутых в данной статье.

Библиографический список

1. Горбачев М.С. Союз можно было сохранить / М.С.Горбачев. М., 2007.
2. Из истории создания Конституции Российской Федерации. Конституционная Комиссия: стенограммы, материалы, документы (1990-1993 гг): в 6 т. Т. 1: 1990 год / под общ. ред. О.Г.Фумянцева. М.: Волтерс Клувер, 2007.

3. Конституционное совещание: стенограммы, материалы, документы: в 6 т. М.: Юрид. лит. 1996
4. *Лафитский В.И.* Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней /В.И.Лафитский. М., 2003.
5. *Иван Марино.* Президент и основной закон России. Отцы-основатели Конституции: правовые позиции. М.: АЛМИ, 2006.
6. *Марино И.* Совет Федерации. Итоги и перспективы / И.Марино // Политика. 2000. 1(36), май.
7. *Российская газета* 2000. 8 августа, №152.
8. *Фонд развития парламентаризма в России.* Федеральное Собрание – Совет Федерации – Государственная Дума: справочник. М. 2000.
9. *Шейнис В.* Взлет и падение Парламента. Переломные годы в российской политике. (1985-1993): в 2 т. М.: Моск. центр Карнеги, 2005. Т. 2.

THE PROCEDURE OF THE RUSSIAN FEDERATION FEDERAL MEETING CREATION: PROBLEMS AND CONTRADICTIONS

I. Marino

Candidate of Juridical Sciences, Head of the Osservatorio sul sistema Politico-Constituzionale della Federazione Russa, Head of the Fund for the Constitutional Reforms in Italy, 80121, Italy, Naples, Carlo Poerio St., 15

The article is devoted to the analysis of the contradictions of the Russian Federation Parliament creation system, of the functioning of the Constitutional Committee of the Congress of the People's Deputies and Constitutional Meeting; as well as to the analysis of the Russian Federation Constitution which is the main source of the contradictions in the electoral system and electoral law of the RF.

Keywords: electoral system of Russia, Federal Meeting of the RF, Soviet of the Federation formation, elections to the State Duma

**КЛАССИФИКАЦИЯ ПРИНЦИПОВ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРАВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ****Д.М.Худолей**

кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного и финансового права Пермского государственного университета, 614990, Пермь, ул.Букирева, 15

Анализируется система принципов избирательного права Российской Федерации.

Ключевые слова: принципы избирательного права; классификация принципов избирательного права

Многими отечественными учеными признается, что правовые принципы образуют целостную систему [19. С. 164; 17. С. 242; 38. С. 215]. Согласно основополагающим положениям теории систем, составные части системы также являются относительно самостоятельными системами (мини-системами). Придерживаясь вышеизложенных общетеоретических философских предпосылок, можно прийти к выводу, что принципы избирательного права Российской Федерации в рамках системы принципов российского права также образуют целостную систему. При этом, разумеется, нельзя забывать о том, что принципы избирательного права находятся в неразрывной связи с иными принципами российского права (в первую очередь, с общеотраслевыми принципами).

Несмотря на то что принципы избирательного права образуют целостную систему, не исключено, что отдельные принципы отличаются по видовым признакам и образуют определенные группы. К сожалению, следует констатировать, что в современной науке избирательного права отсутствует единое мнение о классификации принципов.

Так, ученые не пришли к единому мнению о наименовании различных групп в системе принципов избирательного права Российской Федерации. К примеру, А.П.Сунцов предлагает делить принципы избирательного права на политические и организационные [36. С. 58]; Ю.А.Дмитриев, В.Б.Израелян – на принципы участия граждан в выборах и принципы организации и проведения выборов [11. С. 99];

А.П.Астафичев – на принципы субъективного избирательного права и принципы объективного избирательного права [2. С. 32]; С.В.Юсов – на материальные и процессуальные принципы избирательного права [40. С. 5]. Отдельные авторы принципы избирательного законодательства подразделяют на принципы избирательного права и принципы избирательного процесса [5. С. 22]. Более того, даже те авторы, которые солидарны друг с другом в вопросе о наименовании групп, часто имеют разногласия относительно видовой принадлежности того или иного принципа. Так, М.С.Матейкович считает, что принцип обязательности выборов является политическим [18. С. 11], а С.Д.Князев – организационным [15. С. 35].

Несмотря на некоторые различия, можно обобщить мнения указанных ученых. Так, в первую группу принципов входят принципы, определяющие основы участия граждан в *голосовании на выборах* как основных участников избирательных правоотношений (принципы всеобщего, равного, прямого избирательного права и др.). Это принципы материального избирательного права, они имеют материально-правовые гарантии (те или иные положения закона, наделяющие граждан субъективными избирательными правами).

Во вторую группу входят принципы периодичности, гласности выборов, независимости избирательных комиссий. Это принципы *избирательного процесса*, они имеют процессуально-правовые гарантии (специальные меры, определяющие порядок совершения избирательных действий).

Указанная классификация неоднократно критиковалась, так как деление принципов весьма условно. Как утверждает А.В.Зиновьев, любой принцип по желанию можно отнести как к политическим (материальным), так и к процессуальным (организационным) [13. С. 62]. Это обусловлено тем, что материальные и процессуальные избирательные правоотношения неразрывно связаны. В силу этого нормы материального и процессуального избирательного права также неразрывно слиты, а не обособлены в отличие, например, от гражданского материального и процессуального права.

Последнее утверждение требует своей аргументации. В самом деле, долгие годы считалось, что в избирательном законодательстве можно выделить две относительно обособленные части: материальное избирательное право и процессуальное избирательное право (избирательное право и избирательный процесс). Материальное избирательное право содержит нормы, регулирующие материальные избирательные отношения (отношения по поводу участия граждан в выборах). Так, материальные нормы – нормы, которые определяют цензы избирательного права, виды выборов (прямые и непрямые) и др. Процессуальное избирательное право, наоборот, содержит процессуальные нормы, регулирующие порядок совершения избирательных действий в рамках избирательного процесса (назначение выборов, формирование избирательных комиссий, выдвижение кандидатов и др.).

В начале XXI в. эта точка зрения была практически полностью отвергнута современными учеными-специалистами и, более того, воспринята законодателем. Считается, что избирательное право – материально-процессуальная подотрасль конституционного права, в ней материальные и процессуальные нормы находятся в неразрывном единстве [8. С. 24]. В избирательном законодательстве нет чисто материальных или процессуальных институтов. Следовательно, нет и сугубо материально- или процессуально-правовых принципов.

Эта точка зрения, как уже было сказано выше, отражена в действующем федеральном и региональном избирательном за-

конодательстве. К такому выводу, в первую очередь, приводит анализ структуры рамочного Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» №67-ФЗ от 12 июня 2002 г. (в ред. от 22 июля 2008 г., далее – Закон «Об основных гарантиях...») [31]. Структура иных федеральных избирательных законов – Федерального закона «О выборах Президента Российской Федерации» №19-ФЗ от 10 января 2003 г. (в ред. от 24 июля 2007 г., далее – Закон «О выборах Президента...») [33] и Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» №51-ФЗ от 18 мая 2005 г. (в ред. от 24 июля 2007 г., далее – Закон «О выборах депутатов...») [34], – копирует структуру Закона «Об основных гарантиях...», что также приводит к вышеизложенному выводу.

В самом деле, в Законе «Об основных гарантиях...» нет раздела, который бы назывался «Избирательное право». Глава I «Общие положения» содержит нормы-дефиниции (ст. 2), нормы-принципы (ст. 3-9), нормы, определяющие порядок действия других норм избирательного права в пространстве и времени, а также коллизионные нормы (ст. 1, 11-11.1). В этих статьях как раз и содержатся положения, которые ранее авторы относили к материальному избирательному праву. Так, избирательные цензы определены в ст. 4 «Всеобщее избирательное право», другие основы материальных правоотношений определены иными нормами-принципами. Фактически авторы, которые ранее выступали за выделение материального избирательного права, подразумевали под ним набор **принципов избирательного права**. Как известно, принципы не регулируют общественные отношения самостоятельно. Они определяют содержание обычных регулятивных и охранительных норм, которые, в свою очередь, непосредственно регулируют общественные отношения. Если придерживаться точки зрения, что материальное избирательное право – набор принципов, то мы приходим к абсурдному выводу: у норм материального избирательного права нет своего предмета!

Поэтому мы считаем, что если в избирательном законодательстве и содержатся нормы материального права, то они должны находиться не в первой, а в других главах рамочного Закона «Об основных гарантиях...».

Если анализировать структуру действующего федерального избирательного законодательства, то мы без труда можем прийти к однозначному выводу о выделении в нем общей и особенной части. Нормы общей части – нормы принципы, нормы-дефиниции, коллизионные нормы. Они нормы содержатся в статьях главы I Закона «Об основных гарантиях...», а также в первых разделах иных избирательных законов, которые обычно именуется «Общие положения» (статьи в первых главах иных избирательных законов либо повторяют положения статей главы первой Закона «Об основных гарантиях...», либо отсылают к ним). Также к общей части избирательного права можно отнести отдельные статусные нормы, находящиеся в иных главах Закона «Об основных гарантиях...», других избирательных законов. Так, по нашему мнению, к числу норм общей части должны быть отнесены отдельные нормы гл. IV «Избирательные комиссии, комиссии референдума» и гл. VI «Статус кандидатов, инициативной группы по проведению референдума» Закона «Об основных гарантиях...», гл. 3 «Избирательные комиссии», гл. 4 «Наблюдатели, иностранные (международные) наблюдатели, представители средств массовой информации», гл. 5 «Политические партии» Закона «О выборах депутатов...» и др.

Эта точка зрения основана на отечественной традиции отнесения к числу норм общей части норм-дефиниций, норм-принципов, статусных норм. Данные нормы невозможно отнести ни к материальным, ни к процессуальным. На наш взгляд, это положение не требует аргументации, так как по своей природе эти нормы не являются обычными регулятивными и охранительными нормами, они воздействуют на общественные отношения опосредованно, в силу этого их деление на материальные и процессуальные немыслимо.

Нормы особенной части избирательного права регулируют порядок совершения

отдельных избирательных действий в рамках процесса подготовки и проведения выборов (эти нормы содержатся в гл. 2, 6-13 Закона «О выборах депутатов...», а также в главах V-XI Закона «О выборах Президента...», развивающих и конкретизирующих рамочные положения гл. III, V-X Закона «Об основных гарантиях...»). Однако и в особенной части можно обнаружить нормы, посвященные реализации гражданами активного и пассивного избирательного права при проведении голосования, т.е. в выборах в узком значении этого слова. Таким образом, в состав особенной части избирательного права входят и материальные нормы.

Указанная точка зрения воспринята и региональным законодателем. Так, в Избирательном кодексе Свердловской области, принятом Областным законом Свердловской области №10-ОЗ от 29 апреля 2003 г. (в ред. от 16 ноября 2007 г.) [25] можно выделить общую и особенную часть. Общая часть содержит нормы-принципы, нормы-дефиниции (данные положения либо дублируют соответствующие положения федерального законодательства, либо отсылают к ним). Особенная часть кодекса именуется «Избирательный процесс». Но, несмотря на название, в данной части содержатся и нормы материального избирательного права.

Здесь уместно небольшое отступление, связанное с определением четких критериев, позволяющих отличать нормы материального права от процессуального, материальные избирательные права и материальные избирательные правоотношения от процессуальных. Действующий Закон «Об основных гарантиях...» содержит определение двух различных понятий – «избирательное право» и «избирательные права». Избирательное право в субъективном смысле, т.е. активное и пассивное избирательное право, – гарантированное право граждан избирать и быть избранными в органы государственной власти и местного самоуправления. Под избирательными правами понимается конституционное право граждан Российской Федерации избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также право участвовать в выдвижении кандидатов, списков кандидатов, в предвы-

борной агитации, в наблюдении за проведением выборов, работой избирательных комиссий, включая установление итогов голосования и определение результатов выборов, в других избирательных действиях в порядке, установленном Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, конституциями (уставами) субъектов и законами субъектов Российской Федерации (п. 26-28 ст. 2 Закона «Об основных гарантиях...»). Таким образом, категория «избирательные права граждан» включает в себя категорию «активное и пассивное избирательное право». По сути, избирательные права – конкретные субъективные права гражданина, которые он может реализовать в избирательных правоотношениях, существующих в ходе подготовки и проведения выборов на различных стадиях избирательного процесса.

Проведенный нами анализ избирательных прав граждан привел к следующему выводу. Активное и пассивное избирательное право – основные права, они носят материально-правовой характер. Реализация данных прав непосредственно связана с формированием выборного органа власти или с наделением полномочиями должностного лица. Таким образом, осуществление основных избирательных прав связано с достижением основной цели самих выборов – избрания депутатов или выборных должностных лиц.

Активное избирательное право – право голосовать, право участвовать в голосовании в качестве избирателя. Такое определение указанной категории содержится в п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного суда РФ «По делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 64 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и ст. 92 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А.М.Траспова» №1-П от 15 января 2002 г. [30]. Пассивное избирательное право – это юридическая возможность лица быть избранным. Активное и пассивное избирательные права – две «стороны одной меда-

ли». Избиратели, выбирая своего представителя, передают властные полномочия тому или иному депутату, выборному должностному лицу (реализация активного избирательного права). Тот или иной кандидат, со своей стороны, принимает эти полномочия (реализация пассивного избирательного права). Пассивное избирательное право потому именуется пассивным, что на стадии голосования кандидат ведет себя пассивно. Иначе говоря, данное право реализуется посредством бездействия кандидата.

Таким образом, активное и пассивное избирательное право непосредственно реализуются только при проведении голосования и подсчета голосов избирателей. Субъекты основных избирательных прав – избиратели и зарегистрированные кандидаты – основные участники избирательного процесса. Также, на наш взгляд, следует признать политические партии основными субъектами, так как они обладают пассивным избирательным правом. На выборах, проводимых по пропорциональной избирательной системе, избиратели голосуют за ту или иную партию, выдвинувшую список кандидатов. При этом избранных по партийным спискам депутатов в принципе невозможно отозвать, поскольку избиратель голосовал за коллективного субъекта (партию), а не за конкретных личностей [29]. В Российской Федерации устанавливается ответственность депутатов перед партией (предусматривается лишение мандата в случае смены фракции) [39]. Следовательно, в ходе выборов мандат непосредственно передается партии как субъекту пассивного избирательного права.

Субъекты избирательного процесса наделяются также правами совершать отдельные избирательные действия (права участвовать в выдвижении кандидатов, осуществлении предвыборной агитации, финансировании выборов и др.). Права совершать отдельные избирательные действия – это дополнительные избирательные права, их осуществление не связано с формированием выборного органа власти или с наделением полномочиями выборного должностного лица. Данные дополнительные избирательные права, как правило, реализуются не во время проведения голосования, а на

иных стадиях избирательного процесса. Круг субъектов дополнительных избирательных прав весьма широк – избиратели, кандидаты, зарегистрированные кандидаты, политические партии, наблюдатели, международные наблюдатели и др.

По отношению к основным избирательным правам дополнительные права выполняют «вспомогательную», «обслуживающую» функцию, так как их реализация создает условия для нормальной реализации активного и пассивного избирательного права. Например, реализация права выдвинуть свою кандидатуру создает условия для надлежащего осуществления пассивного избирательного права кандидата. Как правило, дополнительные избирательные права являются процессуальными. Так, право участвовать в наблюдении за проведением выборов, безусловно, является процессуальным. Процессуальные избирательные права реализуются в процессуальных правоотношениях. В этих отношениях обязательно в качестве субъектов участвуют органы публичной власти или избирательные комиссии. Однако среди дополнительных избирательных прав есть и материальные избирательные права – права участвовать в осуществлении предвыборной агитации, делать пожертвования в избирательные фонды, давать согласие на выдвижение кандидата или списка кандидатов при сборе подписей или проведении первичных выборов (праймериз) на съездах (конференциях) политических партий.

Дополнительные материальные избирательные права могут иметь смешанную природу. Так, право на осуществление предвыборной агитации одновременно является и избирательным, и конкретизирующим правом по отношению к конституционной свободе слова. Право делать пожертвования, в свою очередь, связано с конституционной свободой экономической деятельности.

Реализация права избирателя давать согласие на выдвижение кандидата при сборе подписей или проведении праймериз находит свое осуществление в активном избирательном праве в ходе выборов (избиратель желает избрания того или иного лица, поэтому он поддерживает выдвижение его

кандидатуры). Праймериз – предварительные выборы, в ходе их проведения, как и при проведении обычных выборов, реализуются именно материальные избирательные права.

Таким образом, материальные избирательные права реализуются в правоотношениях, в которых **не принимают** участие органы публичной власти или избирательные комиссии. Это отражает особый характер материальных прав (материальные избирательные права являются конституционными или конкретизирующими по отношению к ним).

В заключение мы приходим к весьма важному выводу: избирательные права, будучи материальными или процессуальными, все равно реализуются в рамках избирательного процесса. Даже на стадиях назначения выборов, образования избирательных округов, формирования избирательных комиссий, составления списков избирателей реализуются права граждан. Согласно п. в ст. 25 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. [4] каждый гражданин имеет право на проведение периодических выборов. Следовательно, граждане вправе требовать назначения очередных выборов. Этому избирательному праву корреспондирует обязанность уполномоченных органов публичной власти и избирательных комиссий совершить определенные избирательные действия (назначить выборы, сформировать избирательные округа и участки и пр.). Как правило, указанное избирательное право реализуется в форме бездействия, однако в случае его нарушения граждане вправе обратиться в суд. Кроме этого, граждане непосредственно участвуют в процедуре назначения членов избирательных комиссий, уточнения списков избирателей, имеют право знакомиться со списком избирателей и избирательных участков.

Стоит отметить, что многие отечественные процессуалисты придерживаются точки зрения, что процесс – это система процессуальных правоотношений (особых отношений, правовое регулирование которых отличается высокой степенью формализованности; юридическое содержание процессуальных правоотношений – это

процессуальные права и корреспондирующие им обязанности участников процесса, фактическое содержание – процессуальные действия) [1. С. 46; 10. С. 6; 22. С. 56; 37. С. 8]. Однако, на наш взгляд, избирательный процесс – это не процесс в полном смысле этого слова, поскольку в нем реализуются материальные права, что абсолютно нехарактерно для гражданского, арбитражного, уголовного процессов.

Далее, для выделения стадий избирательного процесса не характерен хронологический критерий. Так, сразу же после опубликования решения о назначении выборов граждане вправе выдвигать свои кандидатуры. При этом законодатель разрешает еще до регистрации в качестве кандидата выдвинутым кандидатам осуществлять в ограниченном объеме предвыборную агитацию (например, при сборе подписей в свою поддержку может проводиться пикетирование). Также еще до своей регистрации выдвинутые кандидаты вправе назначить в соответствующую избирательную комиссию своего представителя в качестве члена избирательной комиссии с правом совещательного голоса. При этом финансирование избирательной кампании кандидата также начинается с момента выдвижения (кандидат создает избирательный фонд и вправе принимать пожертвования от физических и юридических лиц). В случае отказа в регистрации гражданин вправе обжаловать решение в вышестоящей избирательной комиссии. Таким образом, в один и тот же момент времени совершаются избирательные действия сразу же из нескольких стадий процесса – стадий формирования избирательных комиссий, выдвижения и регистрации кандидатов, осуществления предвыборной агитации, финансирования выборов, разрешения избирательных споров.

Иначе говоря, стадии избирательного процесса не обладают свойством стадийности, они не следуют одна за другой, как, скажем, стадии уголовного и гражданского процессов. В силу этого мы считаем, что **избирательный процесс – это совокупность материальных и процессуальных правоотношений**. Юридическое содержание данных правоотношений – материальные и процессуальные избирательные пра-

ва, фактическое содержание – поведение участников избирательного процесса в форме действия или бездействия.

Такой подход к пониманию категории «избирательный процесс» стал постепенно признаваться судебной практикой. Например, Конституционный суд РФ в Определении «По делу о толковании статьи 81 (часть 3) и пункта 3 Раздела второго «Заключительные и переходные положения» Конституции Российской Федерации» №134-О от 15 ноября 1998 г. [6] указал, что процесс проведения и организации выборов включает определенные отношения. В Постановлении «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) органов и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» №10-П от 7 июня 2000 г. [7] Конституционный суд РФ пояснил, что избирательные права **определяют содержание** избирательного процесса.

Так как в рамках избирательного процесса реализуются и материальные, и процессуальные избирательные права, то и нормы материального избирательного права и процессуального избирательного права неразрывно связаны. В избирательном праве мы не найдем ни одного сугубо процессуально- или материально-правового института. Так, материальное активное и пассивное избирательное право реализуется при проведении голосования, однако институт проведения голосования содержит значительное число процессуально-правовых норм (норм, определяющих процедуру проведения голосования граждан на выборах).

Ни в одном субъекте России до сих пор не принят избирательный процессуальный кодекс. Наоборот, приняты избирательные кодексы, которые включают нормы как материального, так и процессуального права. Многие учебные пособия, изданные в последние десять лет, так и называются «Избирательное право и процесс».

Мы считаем, что нормы, регулирующие порядок совершения действий в рамках избирательного процесса, и есть **объективное избирательное право**, содержащееся в

избирательном законодательстве. В силу этого абсолютно все **принципы избирательного законодательства** можно называть и принципами **избирательного процесса.** Эта точка зрения находит свое отражение во внутринациональном законодательстве и на международном уровне. Так, в Избирательном кодексе Свердловской области Раздел I, содержащий принципы избирательного права, называется «**Основы организации и проведения выборов**». Согласно положениям Раздела I Рекомендаций Парламентской ассамблеи государств-участников СНГ для международных наблюдателей Содружества Независимых Государств по наблюдению за выборами от 5 декабря 2002 г. [21. С. 891] к числу **принципов подготовки и проведения выборов** (т.е. процессуальных принципов, принципов избирательного процесса) отнесены принципы **всеобщего, равного, прямого избирательного права при тайном голосовании** и др.

В самом деле, принцип равного избирательного права – принцип участия граждан в выборах. Но нельзя забывать о том, что категория «выборы» является многогранной. В последнее время в судебных решениях судов общей юрисдикции, конституционного правосудия (Конституционного суда РФ, конституционных и уставных судов субъектов РФ) данная категория используется в широком значении (выборы в широком значении – избирательный процесс) [27].

Принципы всеобщего и равного избирательного права, которые ранее относились к принципам участия граждан в выборах, все равно содержат значительное число процессуальных гарантий (специальных правил совершения избирательных действий). Так, гарантиями принципа равного избирательного права являются требования о включении каждого избирателя лишь в один список избирателей, особые правила «нарезки» избирательных округов и др. [28] Эти требования должны неукоснительно соблюдаться избирательными комиссиями.

Напротив, при внимательном анализе можно обнаружить, что принципы, которые ранее относили к процессуальным, имеют и материально-правовые гарантии (положе-

ния закона, наделяющие граждан избирательными правами). Так, одной из гарантий принципа периодичности (обязательности) выборов является положение о наделении граждан избирательным правом требовать назначения выборов (ч. 9 ст. 10 Закона «Об основных гарантиях...»).

Существуют и иные контраргументы против изложенной выше классификации принципов избирательного права. Так, само название группы принципов – принципы субъективного избирательного права – противоречит основополагающим положениям науки теории государства и права, утверждающей, что принципы права есть некие руководящие положения, пронизывающие систему права или ее составные части (отрасли, подотрасли, институты). Принципы права – всегда принципы объективного права, а не руководящие идеи субъективных прав.

Все вышесказанное в совокупности говорит о том, что провести грань между принципами участия граждан в выборах (политическими, материальными, принципами субъективного избирательного права) и организационными принципами (процессуальными принципами, принципами объективного избирательного права) практически невозможно. Это предопределено спецификой структуры избирательного законодательства.

Отдельные ученые выступают за выделение среди принципов избирательного права так называемых универсальных (общераспространенных, классических, традиционных) принципов избирательного права [9. С. 15; 40. С. 6]. К ним относятся принципы всеобщего, равного, прямого избирательного права при тайном голосовании. Указанные четыре принципа закрепляются в конституциях большинства стран (в том числе и в российской Конституции) [16. С. 145, 178]. На наш взгляд, данная классификация заслуживает права на признание, однако, как мы считаем, она не имеет практической ценности. Среди указанных четырех универсальных принципов нет такого важного принципа, как принцип свободных выборов, отражающего сущность демократии вообще и института выборов в частности.

В науке избирательного права был предложен и иной взгляд на систему принципов. Так, А.Х.Руппель выделяет основные (например, принцип равного избирательного права) и дополнительные принципы (к таким относится принцип равенства кандидатов) [32. С. 10]. М.С.Матейкович утверждает, что существует всего один основной принцип – принцип свободных выборов [18. С. 11]. Все иные принципы являются дополнительными по отношению к нему.

Идея выделения основных и дополнительных принципов избирательного права, на наш взгляд, заслуживает своего внимания. Как было сказано выше, принципы избирательного права образуют систему. Данная система сама является составной частью системы принципов российского права. Как утверждает современная теория систем, часть системы должна нести свойства самой системы (правило фрактальности). Вполне логично утверждать, что система принципов любой отрасли или подотрасли российского права копирует в какой-то степени всю систему принципов.

В современных отечественных науках теории государства и права, философии права преобладают взгляды В.С.Нерсесянца о том, что основными принципами российского права следует считать принципы свободы, равенства и справедливости [24. С. 17]. Этой точки зрения придерживаются и некоторые судьи Конституционного суда РФ [3. С. 126]; [26]. Свобода, равенство и справедливость – основополагающие правовые категории, предполагающие друг друга. Невозможно рассматривать свободу отдельно от равенства, а равенство от справедливости. На взаимосвязь указанных категорий указывает, в частности, и то обстоятельство, что во многих иностранных языках слова «равенство», «свобода» и «справедливость» являются однокоренными.

Свобода предполагает равенство. Так, основной принцип международного права – принцип независимости, суверенности государств – гласит: «равный над равным права не имеет». Иногда данный принцип именуется также принципом суверенного равенства [20. С. 39, 68]. Следовательно, независимость и свобода будут иметь место

тогда, когда все субъекты признаются равными, имеющими равные права и обязанности. Только в этом случае между субъектами будет отсутствовать подчинение, порабощение.

Равенство, в свою очередь, предполагает справедливость. Справедливость – пропорциональность, соразмерность (т.е. равенство) между поведением и правовой оценкой (преступлением и наказанием, трудом и его оплатой и др.) [17. С. 243]. Таким образом, равенство между субъектами должно не только декларироваться, но и соблюдаться при распределении материальных благ, привлечении к юридической ответственности – в противном случае равенство превратится в неравенство.

Наконец, справедливость немислима без свободы. Цитируя И.Канта, правовая справедливость – состояние, при котором желания, произвол каждого будут **равномерно** ограничены согласно всеобщему принципу **свободы** («поступай с другими так, как хочешь, чтобы поступили с тобой») [14. С. 252].

Таким образом, категории «свобода», «справедливость», «равенство» **взаимосвязанны**. Это есть основополагающие категории права, в силу этого их можно определить **друг через друга**. Например, российский философ В.С.Соловьев следующим образом определил категорию «свобода»: **свобода – справедливое равенство** [35. С. 178]. И не случайно девизом буржуазных революций является требование установления свободы, равенства и братства. На наш взгляд, юридическим аналогом неправовой категории «братство» выступает именно «справедливость» (общество, в котором люди будут относиться друг к другу как к братьям, безусловно, стоит признать справедливым; в этом обществе материальные блага распределяются соразмерно, т.е. «побратски»). При этом стоит отметить, что действующая Конституция Франции 1958 г. в ст. 2 закрепила указанный выше лозунг в качестве основополагающей нормы-принципа французского государства [16. С. 45].

В Хартии Европейского союза об основных свободах, принятой 7 декабря 2000 г. [21. С. 657], также отражено единст-

во принципов свободы, справедливости и равенства. Так, гл. 2-4 посвящены установлению свободы, равенства и солидарности в Европейском Союзе. При этом анализ статей гл. 4 «Солидарность» приводит нас к выводу, что в данной статье категория «солидарность» воспринимается как синоним категории «справедливость» (в этой главе закреплены гарантии сохранения социальной справедливости – меры социальной защиты населения и др.).

Таким образом, принципы свободы, равенства и справедливости – главные среди общеправовых принципов. Логично считать, что среди принципов каждой отрасли или подотрасли также следует выделять триаду главных принципов, устанавливающих требования о соблюдении свободы, равенства и справедливости. Так, на наш взгляд, основными принципами в избирательном праве следует считать принципы свободных, справедливых выборов, равенства участников избирательных правоотношений (принцип равенства участников избирательного процесса).

Принцип свободы выборов требует, чтобы в ходе выборов, избирательного процесса формировалась и выражалась свободная воля граждан. Недопустимо оказание воздействия на граждан с целью их участия или неучастия в выборах как в качестве избирателей, так и в качестве кандидатов. Практика использования «административного ресурса», «грязных PR-технологий» должна быть запрещена. Кандидаты и партии должны иметь доступ к СМИ для изложения своих предвыборных программ [21. С. 626].

Справедливые выборы – подлинные, легитимные, честные, нефальсифицированные выборы. Официальные результаты выборов, определенные избирательными комиссиями, должны соответствовать действительной (т.е. подлинной) воле избирателей. Недопустимы подкуп и запугивание избирателей, фальсификация итогов голосования, использование нечестных (т.е. неравных) методов предвыборной борьбы (законом должны устанавливаться барьеры, препятствующие использованию «административного ресурса» и т.д.), искажающих

действительную волю избирателей [21. С. 769].

Участники избирательных правоотношений должны быть равны перед законом: они обладают равной избирательной правосубъектностью, имеют равные избирательные права и несут равные обязанности и др. В силу этого допустимо установление специальных мер, препятствующих использованию со стороны кандидатов преимуществ должностного или служебного положения (кандидаты, замещающие государственные или муниципальные должности, изначально имеют преимущества, следовательно, необходимо ограничить их права) [21. С. 866].

Нетрудно заметить, что положения этих принципов взаимосвязаны. Так, если отдельные кандидаты будут использовать **преимущества, связанные с их должностным статусом**, то в этом случае выборы нельзя признать свободными и справедливыми, так как не соблюдается равенство участников избирательного процесса перед законом [21. С. 638].

Мы считаем, что основные принципы свободных и справедливых выборов, равенства участников избирательных правоотношений характеризуют выборы как важнейший институт демократии. Демократия зиждется на свободе, равенстве и справедливости, следовательно, демократические выборы также должны быть свободными, справедливыми, а участники избирательного процесса должны иметь равные права и равные обязанности.

Указанные основные принципы избирательного права должны неукоснительно соблюдаться на каждой стадии избирательного процесса. Они распространяются на всех носителей избирательных прав (на всех граждан и политических партий). Более того, основные принципы являются консолидированными (комплексными): они объединяют положения отдельных принципов избирательного права. В этом заключается их специфика как основных принципов. Так, проведенный нами систематический анализ международно-правовых актов, устанавливающих стандарты избирательного права, позволил сделать вывод, что принцип равенства участников избирательных право-

отношений (равенства участников избирательного процесса) объединяет положения принципов всеобщего и равного избирательного права, равенства кандидатов и политических партий перед законом (эти принципы устанавливают определенные гарантии правового равенства отдельных участников избирательных правоотношений) [21. С. 768].

Принцип свободных выборов, в частности, включает в себя положения принципов альтернативных выборов, тайного голосования (свобода выбора, в первую очередь, заключается в возможности выбора из нескольких кандидатур, списков кандидатов различных партий; соблюдение тайны голосования – важнейшая гарантия свободы волеизъявления избирателей) [9. С. 15]; [23. С. 16].

Принцип справедливых выборов включает в себя положения принципа прямого избирательного права (подлинная воля избирателей может быть выявлена только при предоставлении избирателям возможности напрямую избирать своих представителей; при проведении косвенных выборов победителем может быть признан кандидат, не получивший большинства голосов избирателей – в этом случае отсутствует соразмерность между волей избирателей и подведенными результатами выборов) [12. С. 70].

Все иные принципы избирательного права – дополнительные. Они либо являются частицами основных консолидированных принципов, либо развивают их положения. Дополнительные принципы распространяются не на всех субъектов избирательного процесса, обычно они применяются лишь на отдельных стадиях. Так, принцип тайного голосования является составной частью принципа свободных выборов, он соблюдается лишь на стадии проведения голосования и определяет порядок реализации избирательных прав избирателей.

Принцип личного голосования не является частицей какого-то основного принципа избирательного права. Указанный принцип, на наш взгляд, «порожден» триадой основных принципов избирательного права, он развивает их положения. К примеру, если законодатель разрешит голосовать

по доверенности, то в этом случае неизбежно будет нарушаться тайна голосования (доверитель обязан сообщить свои предпочтения доверенному лицу), что, в конечном счете, означает и несоблюдение принципа свободных выборов. Выдача доверенности приведет и к увеличению числа голосов у гражданина (нарушаются принцип равного избирательного права и принцип равенства участников выборов). При этом невозможно исключить возможность обмана со стороны доверенного лица, который нарушит волю доверителя и проголосует по своему усмотрению. Следовательно, проведение голосования по доверенности приведет и к «краже голосов», нарушению принципа справедливых выборов. Таким образом, принцип личного голосования является дополнительным по отношению ко всем трем основным принципам избирательного права.

Изложенная нами классификация принципов избирательного права подчеркивает наличие между принципами избирательного права Российской Федерации системной связи (в первую очередь, генетической). Кроме научной ценности, она имеет практическое значение. Как уже было сказано выше, принципы свободных, справедливых выборов, равенства участников избирательных правоотношений должны неукоснительно соблюдаться на каждой стадии процесса, а не только на стадии проведения голосования. В силу этого мы считаем, что международное наблюдение за выборами должно проводиться начиная с самой первой стадии избирательного процесса (назначение выборов). В России большинство нарушений избирательного законодательства происходит не при проведении голосования, а на более ранних стадиях процесса (особенно при выдвижении кандидатов, когда снимаются с предвыборной гонки основные конкуренты кандидатов партии власти; при осуществлении предвыборной агитации, когда используется «административный ресурс»). Обычно эти нарушения остаются «за кадром» для международных наблюдателей. Явное нежелание ЦИК РФ приглашать международных наблюдателей для наблюдения за совершением избирательных действий в рамках проведения предвыборной кампании (выдвижение и ре-

гистрация кандидатов, списков кандидатов, осуществление предвыборной агитации, финансирование выборов) косвенно свидетельствует о том, что проводимые в России выборы не являются демократическими.

Библиографический список

1. *Авдеенко Н.И.* Механизмы и пределы регулирующего воздействия гражданского процессуального права / Н.И.Авдеенко. Л., 1969.
2. *Астафичев А.П.* Избирательное право России: современное состояние и перспективы развития / А.П.Астафичев. Орел, 1999.
3. *Бондарь Н.С.* Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав и свобод Конституционным Судом Российской Федерации / Н.С.Бондарь. М., 2003.
4. *Бюллетень Верховного Суда РФ.* 1994. №12.
5. *Веденеев Ю.А.* Избирательное право и процесс / Ю.А.Веденеев. М., 1999.
6. *Вестник Конституционного Суда РФ.* 1999. №1.
7. *Там же.* 2000. №5.
8. *Вешняков А.А.* Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации / А.А.Вешняков. М., 2003.
9. *Герасименко Т.В.* Принципы выборов в органы государственной власти и местного самоуправления: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Т.В.Герасименко. Тюмень, 2000.
10. *Гражданский процесс* / под ред. В.В.Яркова. М., 2004.
11. *Дмитриев Ю.А.* Избирательное право и процесс в Российской Федерации / Ю.А.Дмитриев, В.Б.Израелян. М., 2004.
12. *Зиновьев А.В.* Отличаются ли выборы Президента США демократизмом или легитимностью? / А.В.Зиновьев // Правоведение. 2001. №3.
13. *Он же.* Избирательная система России / А.В.Зиновьев, И.С.Полякова. СПб, 2003.
14. *Кант И.* Метафизика нравов // История политических и правовых учений: хрестоматия / под ред. О.Э.Лейста. М., 2000.
15. *Князев С.Д.* Избирательное право и процесс Российской Федерации / С.Д.Князев. Владивосток, 2001.
16. *Конституции зарубежных государств* / отв. ред. В.В.Маклаков. М., 1999.
17. *Корельский В.М.* Теория государства и права / В.М.Корельский. М., 2000.
18. *Матейкович М.С.* Проблемы правового регулирования выборов в органы государственной власти субъектов Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М.С.Матейкович. Тюмень, 1998.
19. *Матузов Н.И.* Теория государства и права / Н.И.Матузов. М., 2002.
20. *Международное публичное право* / под ред. К.А.Бекашева. М., 2001.
21. *Международные избирательные стандарты: сб. документов* / отв. ред. А.А.Вешняков. М., 2004.
22. *Мозолин В.П.* О гражданско-процессуальном правоотношении / В.П.Мозолин // Советское государство и право. 1955. №6.
23. *Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»* / отв. ред. А.А.Вешняков. М., 2003.
24. *Нерсисянц В.С.* Философия права / В.С.Нерсисянц. М., 2000.
25. *Областная (газ).* 2003. 29 апреля.
26. *Особое мнение судьи А.Л.Кононова* // Росс. газ. 2004. 3 февраля.
27. *Постановление Конституционного суда РФ «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона от 21 июня 1995 г. «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» №26-П от 17 ноября 1998 г. // СЗ РФ. 1998. №59. Ст. 5969.*
28. *Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности части 2 статьи 3 Закона Оренбургской области «О выборах депутатов Законодательного Собрания Оренбургской области» в связи с жалобой граждан Г.Борисова, А.Бучнева, В.Лошманова, Л.Маховой» №4-П от 23 марта 2000 г. // СЗ РФ. 2000. №13. Ст. 1429.*

29. *Постановление* ЦИК РФ «О заключении Центральной избирательной комиссии Российской Федерации по вопросам, предлагаемым для вынесения на референдум Российской Федерации Московской городской региональной подгруппой инициативной группы по проведению Российской Федерации» №143/981-4 от 20 апреля 2005 г. // *Росс. газ.* 2005. 14 мая.
30. *Российская газета* 2002. 22 января.
31. Там же. 2002. 15 июня.
32. *Руппель А.Х.* Принципы избирательного права как критерий демократичности избирательных систем: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А.Х.Руппель. М., 1993.
33. *СЗ РФ.* 2003. №2. Ст. 171.
34. Там же. 2005. №21. Ст. 1919.
35. *Соловьев В.С.* *Оправдание добра* / В.С.Соловьев. М., 2000.
36. *Сунцов А.П.* Избирательная система субъекта Российской Федерации / А.П.Сунцов. Тюмень, 1999.
37. *Уголовный процесс* / под ред. В.П.Божьева. М., 2002.
38. *Хропанюк В.Н.* Теория государства и права / В.Н.Хропанюк. М., 1999.
39. ФЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» №3-ФЗ от 8 мая 1994 г. (в ред. от 12 апреля 2007 г.) // *СЗ РФ.* 1994. №2. Ст. 74.
40. *Юсов С.В.* Принципы избирательного права и их реализация в условиях формирования новой российской государственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С.В.Юсов. Ростов н/Д., 1999.

CLASSIFICATION OF PRINCIPLES OF ELECTION LAW OF THE RUSSIAN FEDERATION

D.M.Khudoley

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

The system of principles of election law of the Russian Federation is analyzed.

Keywords: principles of election law; classification of principles of election law

III. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

ПОНЯТИЕ ПРАВОВОЙ ИНИЦИАТИВЫ: ЦИВИЛИСТИЧЕСКИЙ ПОДХОД

Е.В.Головина

аспирант кафедры гражданского права Уральской государственной юридической академии,
620066, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21

Предлагается авторская дефиниция понятия «правовая инициатива» применительно к субъектам гражданского права.

Ключевые слова: диспозитивность, правовая инициатива, субъекты гражданского права

Начиная с эпохи Просвещения, философская мысль по вопросам права, развиваясь и оттачиваясь, в своем едином движении неизменно склонялась к одному – к тому, что основой права, его стержнем и предназначением является свобода. И не просто свобода, не свобода вообще, не абстрактно понимаемая идея свободы, а... реальная, в живой юридической плоти свобода отдельного, автономного человека.

С.С.Алексеев Философия права.

Современная правовая доктрина подавляющего большинства государств зиждется на признании прав и свобод человека высшей ценностью, а их гарантия, соблюдение и защита вменяются в обязанность государству. Аналогичный подход наблюдается и в Основном законе Российской Федерации (ст. 2 Конституции Российской Федерации).

В связи с переходом нашей страны к рыночной экономике и реальным формированием демократического государства вопрос о правах и свободах индивида был выдвинут на первый план. И здесь, говоря без преувеличений, решающую роль сыграло принятие Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). По справедливому замечанию В.С.Якушева, кодекс явился не просто работающим законом, а крупнейшим явлением нашей жизни [11. С. 30].

Одними из центральных и определяющих принципов гражданско-правового регулирования стали принцип автономии воли участников правоотношений (закреплен в ст. 2 ГК РФ) и принцип «свободы ус-

мотрения в реализации гражданских прав» (закреплен в ст. 1 ГК РФ) [10. С. 51].

Содержание указанных принципов раскрывается следующим образом: во-первых, субъекты гражданского права, как правило, вольны действовать самостоятельно, независимо от других участников и, что более значимо, независимо от государства; во-вторых, они имеют реальную возможность проявить свою волю «вовне», другими словами, проявить инициативу, направленную на порождение правового результата. Именно благодаря правовой инициативе гражданские правоотношения возникают и получают свое развитие.

Представляется, что в настоящее время категории «правовая инициатива» (инициативность) уделяется недостаточно внимания¹. При этом заявленное в теме настоящей статьи правовое явление относится к числу важнейших проявлений метода гражданско-правового регулирования. В ча-

¹ Изучением данного правового явления в разное время занимались В.Ф.Яковлев, Т.Н.Молчанова, О.А.Красавчиков, К.К.Лебедев и другие цивилисты. Однако в настоящее время отсутствует какое-либо системное (монографическое) исследование правовой инициативы.

стности, именно благодаря возможности действовать инициативно и самостоятельно реализуется на практике автономия воли субъектов гражданских правоотношений. Следовательно, изучение вышеназванной категории представляется актуальным, и в рамках предложенной статьи автор ставит своей целью сформулировать понятие «правовая инициатива» и раскрыть ее гражданско-правовую природу.

В цивилистической науке сегодня не выработано единого подхода к пониманию правовой инициативы, равно как нет и адекватного определения данному правовому явлению. Между тем содержательно-смысловой анализ рассматриваемой правовой категории позволит не только точно сформулировать ее дефиницию, но (что представляется более значимым для развития науки гражданского права) и выявить место и роль правовой инициативы в системе гражданско-правового регулирования.

Ввиду отсутствия гражданско-правового определения инициативы, обратимся к ее общелексическому значению. Так, С.И.Ожегов предлагает следующую формулировку инициативы – «1) почин, побуждение к новым формам деятельности, предприимчивость; 2) руководящая роль в каких-нибудь действиях» [5. С. 245]. В «Словаре современного русского литературного языка» инициатива рассматривается как почин, самостоятельное начинание, первый шаг в каком-либо деле [7. С. 352-353]. В иных словарях русского языка значение инициативы раскрывается подобным образом.

Общий анализ данных дефиниций позволяет сделать следующие выводы: во-первых, понятия «инициатива» и «предприимчивость», «самостоятельность», по сути, ставятся в один синонимичный ряд, т.е. рассматриваются как понятия близкие по своему смысловому значению, контенту; во-вторых, именно инициатива определяет мотивы и цели лица, ее проявившего. Применительно к гражданскому праву данные заключения интерпретируются следующим образом: во-первых, инициатива имеет место тогда, когда субъект гражданских правоотношений свободен в определении своих прав и обязанностей, когда у него есть воз-

можность самостоятельно осуществлять индивидуальную или совместно с другими лицами созидательную деятельность; во-вторых, инициатива предполагает конкретные активные действия этого субъекта; в-третьих, проявление лицом инициативы как реализации внутреннего побуждения, как продолжение этого побуждения «вовне» вызвано интересом, материальными нуждами последнего, иначе зачем субъекту гражданских прав предпринимать активные действия, инициировать какую-либо деятельность.

Сделанные выводы чрезвычайно важны для понимания инициативы, раскрытия ее сущностных характеристик в рамках гражданско-правового регулирования. В связи с этим остановимся подробнее на исследовании вышеперечисленных заключений.

1. Инициатива есть выражение свободы ее носителем, есть самостоятельная деятельность субъекта гражданского права в определении его прав и обязанностей.

Несмотря на то что инициатива в гражданском праве имеет правовую природу², недостаточно рассмотреть лишь ее правовой аспект. Кроме правовой формы, которую приобретает инициатива в рамках гражданско-правового регулирования, следует определить, какое явление объективной действительности лежит в ее основе, раскрыть социальное содержание инициативы³. Представляется, что, как и в диспозитивности

² Несмотря на то что ГК РФ практически не употребляет понятия «инициатива» (за исключением недавно введенной в действие гл. IV ГК РФ), не вызывает сомнения тот факт, что юридически она «пронизывает» весь кодекс. Так, правовой основой инициативы являются: сформулированные в кодексе основные начала гражданского права, свобода субъектов гражданского права в установлении своих прав и обязанностей, особенность гражданско-правовой ответственности, особенности юридических фактов и т.д.

³ Аналогичный подход наблюдается в диссертационном исследовании Молчановой Т.Н. [3] при характеристике диспозитивности и определении ее понятия. Такой подход позволяет установить причинно-следственные связи между свободой субъектов в определении прав и обязанностей (в данном случае – гражданских) как таковой и ее формальным закреплением на законодательном уровне с учетом механизма ее реализации, гарантированным государством.

[3. С. 8], социальным содержанием инициативы является свобода. В общефилософском плане свобода, с одной стороны, предполагает возможность проявления субъектом своей воли в условиях осознания законов развития природы и общества; с другой стороны, она предполагает отсутствие каких-либо ограничений и стеснений, связывающих жизнь и деятельность отдельного человека, группы людей или всего общества в целом. Свобода – это «способность человека действовать в соответствии со своими интересами и целями, осуществлять выбор» [6. С. 272].

Свобода индивида складывается, во-первых, из тех форм и степеней свободы действий, которые устанавливаются общественным строем, государством, партией, общественным мнением и т.д.; во-вторых, из тех форм и степеней свободы выбора действий, которые определяются, решаются самой личностью непосредственно [8. С. 67]. Другими словами, свобода предполагает взаимосвязь государственного механизма с человеком, где первый выступает как законодатель, регулятор и гарант свободы, а второй – носитель и распорядитель. Социальной свободе государством придается соответствующая форма, а именно: «юридически признанная свобода существует в государстве в форме закона» [4. С. 62]. Таким образом, «посредством норм права признается социальная свобода, в них она находит свое юридическое выражение» [3. С. 9]. Именно право как система общеобязательных формально определенных норм выражает меру свободы человека, а сама мера свободы означает справедливость по отношению к другим, формальное равенство субъектов права, упорядоченность общественных отношений [6. С. 101].

Объективное право рассматривается как «исконная обитель свободы людей, свободы каждого индивида» [1. С. 31]. Как отмечалось выше, именно право является гарантом свободы людей. Вместе с тем оно определяет границы такой свободы, границы простора деятельности людей, границы инициативы, которые, в свою очередь, являются необходимым условием соблюдения

свободы других людей, и за пределами которой деятельность человека становится произволом и нарушает права, свободы остальных индивидов. Помимо этого, право призвано «оснащать свободу человека действенными средствами и механизмами, позволяющими делать свободу человека реальностью» [1. С. 32].

Подводя итог вышесказанному, можно сделать вывод о том, что гражданское общество суть общество индивидов, имеющих реальную, юридически закрепленную и гарантированную государством свободу действий.

Неотчуждаемые права и свободы человека защищаются гражданским законодательством, о чем прямо сказано в ст. 2 ГК РФ. При этом законодатель опирается на частноправовые начала, сформулированные в ст. 1 указанного Федерального закона и позиционируемые как основные (базовые) начала гражданско-правового регулирования. Именно эти начала, по мнению С.С.Алексеева, явились «мощным побудительным элементом, который в полной мере способен раскрыть достоинства свободы, осуществляемой через право, притом право частное» [1. С. 260]. На почве развития частной собственности и экономических интересов «взращает» экономическая свобода индивида как свобода сильной личности, ориентированной на реализацию и защиту собственных интересов. С.С.Алексеев приходит к выводу о том, что именно экономическая свобода должна переводиться в созидательную активность, экономический риск и творчество, соединенные с персональной ответственностью за результаты своего дела [1. С. 260]. И с его суждением нельзя не согласиться. Где, как не в гражданском праве, оплоте частноправовых начал, индивид способен и, что более весомо по своей значимости, имеет законодательную возможность осуществления свободной, самостоятельной, независимой от других лиц и, что особенно важно, от государства созидательной деятельности; имеет возможность совершать активные (инициативные) действия, порождающие правовой результат, о которых речь пойдет далее. Но

прежде подведем промежуточный итог анализа сущностной составляющей правовой инициативы: правовая инициатива в свете гражданско-правового регулирования есть проявление социальной, преимущественно экономической, свободы лица при совершении последним созидательной деятельности.

2. Правовая инициатива предполагает активную позицию субъекта, совершение им конкретных действий.

В ходе рассмотрения свободы в качестве социального содержания правовой инициативы был сделан вывод о том, что именно благодаря правовому регулированию (определяющую и решающую роль здесь играет гражданско-правовое регулирование) свобода индивида становится реальностью. Но сам по себе закон открывает лишь возможность для свободного действия – он не делает свободным человека. Для того чтобы ощутить себя свободным, субъект гражданского права должен «пойти вперед», должен проявить себя в отношениях с окружающим миром, осуществить какую-либо деятельность.

Однако при этом не стоит забывать, что до совершения конкретных действий происходит формирование воли лица. Рассмотрение данной категории в рамках настоящего исследования представляется целесообразным, поскольку проявление инициативы, с одной стороны, суть реализация воли лица; с другой стороны, оба этих явления отражают в целом существо свободы субъектов гражданско-правового регулирования, т.е. взаимообусловлены.

Поведение человека в гражданском обороте, по общему правилу, составляют лишь волевые действия, когда их субъект обладает сознанием, волей, способностью предвидеть последствия своих действий; при этом воля лица автономна. Именно такие действия составляют предмет правового регулирования гражданского права (например, индивид сам определяет для себя наиболее приемлемый для конкретной ситуации вариант развития экономических отношений с контрагентами по сделке и свой

план действий по осуществлению задуманного).

Свобода является своего рода базовым понятием как для автономии, так и для инициативы. Притом она связывает обе правовые конструкции таким образом, что позволяет участнику гражданских правоотношений сначала независимо от других субъектов сформировать свою волю внутри самого себя, а затем действовать по своему усмотрению в целях реализации задуманного. Другими словами, свобода (реализуемая через автономию воли и правовую инициативу) используется в качестве движущего начала в формировании, становлении и развитии гражданских правоотношений.

Соответственно, можно говорить и о взаимообусловленности автономии воли и инициативы. Поскольку сама воля – категория, относящаяся к внутреннему миру личности, инициатива в данном случае является внешним (активным) проявлением автономии воли лица. Она находит свое проявление в наделении субъектов гражданского оборота дееспособностью, т.е. способностью приобретать, изменять, прекращать права и обязанности своими действиями. В то же время для непосредственной реализации этих прав необходима движущая сила, а именно воля лица на их осуществление. Следовательно, сначала лицо, исходя из своих потребностей, определяет свой интерес и свободно формирует свою волю (это некий процесс внутри самого индивида), а затем происходит реализация заложенных в правоспособности возможностей путем совершения индивидом соответствующих действий, выражения им своих желаний и интересов вовне, т.е. проявление инициативы. Иными словами, автономия воли – это первоначальная, «теоретическая» возможность выбора одного (нескольких) из вариантов поведения в соответствии с целями и задачами, стоящими перед участником правоотношений; а проявление инициативы – выбор конкретного варианта поведения и его дальнейшая реализация. Без проявления инициативы автономия воли имеет только значение возможности выбора, но не реализации задуманного.

Как было отмечено ранее, свобода определяется возможностями лица. «Свобода как возможность получает реальное выражение в практической деятельности; она выступает, в конечном счете, в виде поступка субъекта, акта поведения индивида» [3. С. 14]. Другими словами, возможность превращается в действительность в результате совершения субъектом определенных действий, проявления им инициативы. Так, например, при заключении гражданско-правового договора действия стороны направлены на определение его условий, определение контрагента, саму процедуру заключения договора и т.д. Таким образом, свобода, реализуемая в рамках гражданского права, предполагает деятельность. Поэтому и инициатива как продолжение свободы лица «вовне» «в праве рассматривается как деятельность, иначе как в деятельности она не может быть обнаружена» [3. С. 93].

Для уяснения сути этой деятельности обратимся к ее рассмотрению и характеристике. Во-первых, деятельность эта носит избирательный характер, иными словами, предполагает выбор варианта поведения, наиболее оптимального для применения в сложившейся ситуации. Действительно, в силу специфики гражданско-правового регулирования законодатель практически во всех гражданских правоотношениях (за исключением ограничений, установленных законом) предоставляет соответствующему субъекту гражданского права возможность выбрать один из вариантов поведения и реализовать его. При этом выбор варианта предопределяется целью, которую преследует субъект, вступая в гражданские правоотношения. Во-вторых, эта деятельность (т.е. инициатива субъектов) направлена на установление субъективных прав и обязанностей. Аналогичная позиция была высказана видным правоведом советского времени Е.А.Флейшиц. По ее мнению, «сфера действия гражданского права есть сфера проявления инициативы, потому что никакое субъективное имущественное гражданское право ни за кем непосредственно не закреплено; никакая соответствующая та-

кому праву обязанность ни на кого законом непосредственно не возлагается» [9. С. 13]. Необходимо совершение инициативных действий для того, чтобы стать обладателем субъективных прав и обязанностей. Правовая инициатива, выраженная через поведение, действие субъекта права, является необходимой предпосылкой для их формирования.

Чем же обусловлена возможность субъектов гражданского права действовать инициативно, активно проявлять свою волю вовне? «Во-первых, возможность субъектов действовать по своей инициативе обеспечивается отсутствием подчиненности их друг другу – юридическим равенством, а также равноправием. Во-вторых, инициатива обеспечивается юридической свободой в приобретении прав и обязанностей, осуществлении прав и распоряжении ими» [3. С. 95].

Что движет субъектом гражданского права при проявлении им инициативы? Что лежит в основе его созидательной активной деятельности, которой законодатель предоставляет правовой простор? Представляется, что в основе поведения и, следовательно, в основе правовой инициативы субъекта лежат его материальные нужды, интерес лица. В свою очередь, гражданское право своими дозволительными нормами предоставляет ему широкий круг прав, цель которых – юридическое обеспечение удовлетворения интересов лица.

3. Основное воздействие на инициативу личности оказывают интересы, материальные нужды лица.

Именно конкретный интерес служит источником инициативной деятельности людей. Проявление гражданами, юридическими лицами, иными субъектами гражданских правоотношений инициативы при осуществлении ими субъективных гражданских прав и исполнении обязанностей целью своей имеет удовлетворение ими своих интересов и нужд.

Значение частного интереса трудно переоценить: именно его наличие является основополагающим теоретическим критерием, позволяющим отграничить частное

право от публичного [2. С. 80]. Сам частный интерес можно определить как интерес, где отсутствует интерес государства как субъекта суверенной политической власти. Сущности частных прав (частных интересов) соответствует определенный круг общественных отношений и набор приемов и способов их регулирования. Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что в основе частного интереса отдельного лица всегда лежат материальные нужды последнего. Помимо этого интерес строится на мышлении и поведенческих особенностях субъекта, который осознает свои потребности и, как правило, способен сам предпринять активные действия для их удовлетворения.

Проанализировав свои потребности, а затем сформировав свою волю в процессе отражения объективной действительности в своем сознании, субъект гражданского права переходит к активным действиям по воплощению в жизнь задуманного и осознанного им варианта поведения, направленного на порождение прав и обязанностей.

После того как были проанализированы характерные черты правовой инициативы в их взаимосвязи и обусловленности особенностями гражданско-правового регулирования в целом, можно подвести некоторые итоги.

Во-первых, инициатива находит наиболее яркое проявление в области прав человека (основанных на принципах естественного права) и в частном (гражданском) праве.

Во-вторых, инициативность в правовом регулировании гражданских правоотношений по своей сути есть инициатива субъекта, когда он независимо от других участников гражданского оборота и государства определяет свою поведенческую линию и действует в рамках предоставленных ему гражданским правом возможностей.

В-третьих, стимулятором инициативы являются частный интерес, материальные (объективные) потребности и нужды лица.

В связи с вышесказанным предлагается следующее определение правовой инициативы:

это свобода (независимость) субъекта гражданского права в определении своего поведения и приоритетных направлений собственной деятельности, выраженная в форме конкретных действий, имеющих целью порождение определенных правовых последствий, и обусловленная, с одной стороны, активностью и целесообразностью человеческого мышления и мотивированными поведенческими особенностями человеческой личности, с другой стороны, материальными потребностями (нуждами) субъекта.

Хочется верить, что исследование, проведенное в рамках настоящей статьи, станет «стартовой площадкой», даст импульс к дальнейшему изучению явления правовой инициативы, позволит применять полученные в ходе ее анализа выводы в нормотворческой деятельности и правоприменительной практике. Ведь возможность проявления инициативы (при условии наличия соответствующей развитой правовой базы в государстве) есть ключевой момент в скорейшем развитии рыночных отношений и формировании правового государства, где интересы личности и, главное, возможность их реализации поставлены во главу угла. А именно так видит Россия свое будущее.

Библиографический список

1. *Алексеев С.С.* Право – надежда наша: научно-публицистические очерки / С.С.Алексеев. Екатеринбург: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1999.
2. *Голубцов В.Г.* К вопросу о влиянии частного интереса на предмет и метод гражданского права / В.Г.Голубцов // Вестник Перм. ун-та. Юридические науки. 2003.
3. *Молчанова Т.Н.* Диспозитивность в советском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук / Т.Н.Молчанова. Свердловск, 1972.
4. *Маркс К.* Изб. соч.: В 9 т. / К.Маркс, Ф.Энгельс. М.: Политиздат, 1984. Т. 1.
5. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. 24-е изд., испр. М.: ООО «Издательский дом «ОНИКС 21 век»: ООО «Издательство «Мир и Образование», 2005.

6. *Перевалов В.Д.* Теория государства и права. Учебник / В.Д.Перевалов. М.: Высшее образование, 2005. (Основы наук).
7. *Словарь* современного русского литературного языка. М-Л., Изд-во АН СССР, 1956.
8. *Тугаринов В.П.* Личность и общество / В.П. Тугаринов. М.: Мысль, 1965.
9. *Флейшиц Е.А.* Новые гражданские кодексы союзных республик / Е.А.Флейшиц // Новые гражданские и гражданско-процессуальные кодексы союзных республик. М., 1965.
10. *Щенникова Л.В.* Принципы гражданского права: достижения цивилистики и законодательный эффект // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 2. М.: Статут, 2002.
11. *Якушев В.С.* Гражданский кодекс Российской Федерации и гражданское законодательство / В.С.Якушев // Цивилистические записки: межвуз. сб. науч. тр. М.: Статут, 2001.

A CONCEPTION OF A LAW INITIATIVE: CIVIL LAW APPROUACH

E.V.Golovina

Ural State Law Academy, Yekaterinburg, Komsomolskay str., 21

An author derives the definition of law initiative concerning subjects of a civil law of the Russian Federation.

Keywords: permissibility, legal initiative, subjects of the civil law

**СООТНОШЕНИЕ ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА В РОССИИ:
ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ****В.Г.Голубцов**

доктор юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса
Пермского государственного университета, 614990, Пермь, ул. Букирева, 15

Исследуется сложная и интересная теоретическая проблема соотношения публичного и частного права в историческом аспекте. Автор попытался выявить исторические особенности формирования публичного и частного права в России и проследить их влияние на современные взгляды.

Ключевые слова: публичное право, частное право

Вопрос о соотношении публичных и частных интересов в правовом регулировании и шире – о соотношении публичного и частного права заслуженно относится к категории «вечных» вопросов юриспруденции. На протяжении нескольких последних лет в юридической литературе активно обсуждается вопрос о необходимости сочетания, гармонизации публичных и частных интересов в правовом регулировании [1; 2; 14]. Необходимо полностью согласиться с выводом о том, что «обеспечение баланса публичных и частных интересов – основная задача права на современном этапе» [10].

Внимание к проблемам соотношения публичного и частного права в последнее время значительно возросло благодаря продолжающемуся размежеванию права в Российской Федерации на публичное и частное – практическая реализация данного процесса требует соответствующей теоретической базы и разработок. Проблема эта уже давно утратила характер чисто теоретической и приобрела огромную практическую значимость, о чем свидетельствует обширная судебная практика. Сугубо практическая постановка вопроса о разграничении права на частное и публичное приводит к формальному подходу и высказываниям следующего характера: «Граница между публичным и частным правом определяется волей государства, избирающего для регулирования отношений один из двух известных методов...» [5. С. 8]. При этом критерий, на основе которого государство может и должно

выбирать тот или иной метод для регулирования тех или иных отношений, не ясен. Указанное обстоятельство представляется опасным для целостности, да и для самого существования частного права в России, где известно стремление государства к установлению авторитарных, публично-правовых воззрений во всех сферах жизни. Между тем еще дореволюционные цивилисты отмечали, что «там, где процесс исторический, а не вдруг возникшие политические цели лежат в основе понимания права, там право частное не будет иметь характер средства для посторонней цели. Существо его институтов, построение их удержит на себе некоторые особенности от *jus publicum*, самобытности, связанной, правда, с успехами правосознания в народе..., но не случайно изменчивых политических комбинаций» [4. С. 33]. Для того чтобы обеспечить именно такое развитие событий, безусловно, необходима серьезнейшая теоретическая разработка этого вопроса. Существовавшие и развиваемые ранее теории, несомненно, требуют значительной актуализации.

Необходимо признать, что российские учебники гражданского права, прекрасно решая важнейшие теоретические вопросы, в большинстве своем абсолютно незаслуженно обходят вниманием этот принципиальный вопрос о разграничении и соотношении публичного и частного права. Определяя гражданское право, авторы, как правило, ограничиваются указанием на то, что правовая система каждого развитого государства должна учитывать деление права на публичное и частное, а давая определение гра-

жданского права, используют традиционный в последнее время подход, применимый к любой отрасли права, а именно: определяют гражданское право через предмет и метод, не углубляясь в теорию вопроса.

Все эти обстоятельства как теоретического, так и практического плана делают необходимым обращение к истории вопроса о публичном и частном праве, их соотношении и критерии разграничения. Многие исследования в этом направлении, к сожалению, не опираются на первоисточники.

«Распадение норм права на две группы, на право публичное и право гражданское, иначе частное, является ... характерным для современного юридического порядка», «... это деление является прочным достоянием юридической мысли, составляя непрменный базис научной и практической классификации правовых явлений», – писали Г.Ф.Шершеневич [18. С. 9] и И.А.Покровский [15. С. 37]. Подобная ситуация, несомненно, характерна и для современного правопорядка России.

Споры российских цивилистов о необходимости и важности подобного деления права длились долгие годы. Разными, порой очень нетрадиционными, были точки зрения по этому вопросу. Множество копий было сломано в попытках уяснить критерий разграничения двух частей права. «Однако, несмотря на повседневность указанного деления, – писал Г.Ф.Шершеневич, – 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» [18. С. 9].

За многие годы оживленных споров по этому вопросу юридическая наука то находила, как казалось ученым, искомый истинный критерий разграничения и склонялась к одной из многочисленных точек зрения, то отвергала устоявшиеся, вроде бы, взгляды. В этих научных баталиях сформировались целые школы, каждая из которых отстаивала свои взгляды. Теории появлялись, уми-

рали, вновь возникали, чуть видоизменившись; ученые на страницах юридических и публицистических изданий вновь и вновь вступали в оживленную полемику по этому вопросу, который справедливо относят к категории «вечных». «Современному исследователю этого вопроса может показаться, что чем далее, тем более этот вопрос запутывается и делается безнадежно неразрешимым», – так писал о попытках найти исковую демаркационную линию между публичным и частным правом И.А.Покровский [15. С. 37].

Хотя на протяжении многих лет указанный вопрос был в центре внимания ученых-юристов, нельзя сказать, что современная наука гражданского права отличается единством взглядов на эту проблему. Вполне подходят к нашей сегодняшней ситуации слова, которые в свое время произнес Г.Ф.Шершеневич: «...нельзя сказать, чтобы был недостаток в попытках установить пограничную линию, но, к сожалению, попытки эти далеко не безупречны» [18. С. 9].

Прежде чем перейти непосредственно к изложению и анализу наиболее интересных и ярких концепций по вопросу разграничения публичного и частного права, необходимо, на наш взгляд, сделать одну важную оговорку, касающуюся употребления терминов «гражданское» и «частное» право. В силу того, что термин «гражданское право» использовался еще римскими юристами, в том числе и как синоним «частного права», в законодательстве и науке большинства стран, в том числе и в России принято выражение «гражданское право» («гражданские законы») использовать наряду с термином «частное право». На такую же позицию встанем и мы, употребляя «гражданское» и «частное» право как синонимы, имея в виду сделанные выше оговорки.

Необходимо отметить, что в дореволюционной России интерес к проблеме соотношения частного и публичного права появился лишь в XIX в. ввиду возрастающего внимания прогрессивной общественности к идеям конституционного строя [15]. До этого периода российская наука практически не занималась исследованиями указанного вопроса, так как в русском праве,

ввиду его специфики, заметного удельного веса обычаев и общинного права, деление на частное и публичное исторически не было выражено столь отчетливо, как в других государствах (см. об этом [7. С. 9-12, 32-71, 94-109]).

Исторически первой сложилась точка зрения, согласно которой искомым критерий разграничения публичного и частного права носит материальный характер, т.е. содержится в самой материи, в содержании регулируемых отношений, или выводится из экономической природы отношений, регулируемых частным и публичным правом.

В течение долгого времени юриспруденция ограничивалась определением, данным еще римскими юристами: 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 quoddam statum rei romane spectat privatum quod ad singulorum utilitatem») [16], т.е. во главу угла ставилось различие охраняемых законом интересов. Этот критерий является наиболее старым и распространенным. В основе его лежит противоположение охраняемых законом частных и публичных интересов и основанное на этом различие норм, охраняющих отношения, содержание которых составляют эти интересы. Указанная точка зрения берет свое начало в трудах еще Ульпиана, Аристотеля.

Указанные воззрения имели многочисленных противников в лице достаточно известных цивилистов. Критиковали эту теорию в своих работах К.Д.Кавелин [8], Н.М.Коркунов [9] и многие другие. Возражения сводились, главным образом, к следующему. Во-первых, отрицалась сама возможность противопоставления общего блага и частного интереса. «Общее благо, – писали противники указанной теории, – разлагается на сумму частных интересов и это дает основания полагать, что общественные интересы охраняются правом настолько, насколько они в состоянии обеспечить благоденствие частных лиц и наоборот, частный интерес, не отвечающий видам общества, никогда не удостоится общественной (юридической) охраны» [9. С. 165]. Вторым крупным возражением было то, что проти-

воположение частного и общественного интереса не совпадает с установившимся делением права, чему приводилась масса примеров.

Неудовлетворительность римской теории и классификации и, главным образом, неопределенность ее вызвали целый ряд попыток исправить ее или дать более четкую формулировку, уточнив понятие «интереса», либо вообще указав в качестве истинного иной критерий. При этом все указанные взгляды сохраняли «материальное ядро», т.е. выбирали в качестве критерия разграничения различие понятий частного и общественного интереса, но облекали их в иную форму. Так, сторонником материальной теории был Г.Ф.Шершеневич, который отстаивал разделение права на публичное и частное в зависимости от того, частный или публичный интерес защищает право.

К сторонникам материальной теории традиционно относят и К.И.Малышева. Он различал гражданское и публичное право по содержанию регулируемых отношений, причем по содержанию, которое сложилось изначально, независимо от правового регулирования. «Гражданское право, – писал К.И.Малышев, – есть система положительных норм, определяющих частные права каждого лица в гражданском обществе. Оно отличается от системы публичного права, предметом которого служат государственное устройство и управление, отношения государственной власти к подданным и внешние отношения между государствами» [11. С. 1]. Особенностью теории К.И.Малышева было то, что он отрицал всякое искусственное, доктринально выработанное деление права, считая, что действующий закон закрепляет не что иное, как фактически сложившуюся систему отношений, различие между которыми коренится в их сущности.

Обращает на себя внимание еще одна «материальная теория», выдвинутая в свое время Ф.К.Савиньи. Ее также необходимо признать модификацией римской теории, но имеющей очень высокую степень самостоятельности по отношению к «базовой» материальной теории Ульпиана. Савиньи различал юридические отношения по их цели: «В публичном праве целое является целью,

а отдельный человек занимает второстепенное значение, напротив, в частном праве отдельный человек является целью, а целое (государство) средством, т.е. одни юридические отношения имеют своей целью, задачей удовлетворение потребностей отдельного человека, другие – соединение людей в одно высшее целое и регулирование их жизни в этом единстве» (Цит. по [9. С. 169]). Таким образом, необходимо признать, что теория Ф.К.Савиньи была попыткой соединить воедино классификации по интересам, охрана которых есть цель права, и по различию положения субъекта как самостоятельного индивида или как члена общественного организма. Теория Ф.К.Савиньи была впоследствии подхвачена и развита Иерингом в части учения о субъектах и Аренсом в части учения о цели, но и этим теориям не удалось сыскать всеобщего признания [9].

Несмотря на все попытки «уточнить» и модернизировать «теорию интереса» она все равно подвергалась резкой критике в литературе по тем же основаниям, что использовались и против теории Ульпиана. Это обстоятельство подвигло некоторых ученых на поиск в рамках материальной теории иных критериев для разграничения публичного и частного права. В связи с этим хотелось бы упомянуть имя Д.И.Мейера. Этот виднейший ученый своего времени усматривал искомый критерий в различии экономических, имущественных интересов и интересов, не имеющих экономического значения. Мейер писал: «Права существуют для человека, и его природа лежит в основании прав. Природе человека присущи различные потребности и стремление к их удовлетворению. Существуют так же вещи, способные удовлетворять потребности человека. <...> В обширном смысле вещь то же, что имущество.... Таким образом, содержание гражданского права составляют права, определяющие отношение лиц к имуществу <...> Справедливо, что в стремлении к удовлетворению духовных потребностей не останавливается на употреблении вещей, но, тем не менее, отношение человека к миру вещей именно таково, что он стремится употреблять вещи для удовлетворения своих потребностей.

С этим-то стремлением и волей человека только и имеет дело гражданское право...» [12. С. 31-33].

Особое мнение по этому вопросу высказал К.Д.Кавелин. Этот автор также видел в качестве критерия для выделения различие имущественных и неимущественных прав: «Вещественная ценность служит самым верным, безошибочным и наглядным показателем гражданских прав и юридических отношений» [8. С. 751]. Особенностью теории К.Д.Кавелина было то, что он не просто выдвигал критерий имущественного характера права в качестве истинного для отнесения тех или иных прав к категории гражданских, он предлагал отказаться от существующего деления права на публичное и частное, отказаться от противопоставления публичного и частного. Необходимо отметить, что крайний взгляд К.Д.Кавелина не имел поддержки со стороны юридической общественности того времени, напротив, вызвал вполне обоснованные, на наш взгляд, возражения со стороны многих цивилистов, в частности профессора Московского университета С.А.Муромцева. Предложенная К.Д.Кавелиным конструкция страдала существенными недостатками: в первую очередь, к таковым относили отсутствие объединяющего начала в отношениях, которые должны составить содержание особой науки, кроме того предложенная теория имела массу практических неудобств для изложения, так как неизбежно приводила к искусственному разделению того, что естественным образом связано между собой, а также не давала никакой положительной характеристики публичного права.

Еще одна оригинальная «материальная теория» была разработана П.П.Цитовичем, который высказал в свое время мысль о том, что гражданское (частное) право есть право распределения: «... можно сказать, что оно (гражданское право – В.Г.) есть совокупность постановлений, велений, положительного права, дающих порядок и формы экономическому распределению в данное время у данного народа, короче – гражданское право есть право распределения» [17. С. 5]. При этом он подчеркивал, что таким определением никоим образом не исключается из сферы гражданского права право семей-

ное. Цитович вслед за Кавелиным предлагал отказаться от существующего противопоставления частного и публичного права. Теория П.П.Цитовича при всей ее оригинальности также не имела успеха у подавляющего числа цивилистов того времени, так как очевиден тот факт, что распределение регулируется и публичным правом (государство распределяет бюджетные средства), кроме того оставался открытым вопрос о положительном определении отношений, входящих в сферу публичного права.

Несмотря на признанные недостатки, теория интереса долгое время была наиболее распространенной. «Действительно, противоположение мира частных, семейных интересов общественным интересам представляется каждому настолько естественным, что им пользуются как основанием для различия между частным и публичным правом» [18. С. 11].

На определенном этапе развития цивилистической мысли в России разработка идей, связанных с материальным критерием, зашла в тупик и в литературе появилось новое течение, отстаивающее в качестве истинного формально-юридического критерия. Сторонники формальных взглядов искали критерий различия в особенностях формы, а не содержания регулируемых отношений. В рамках формальной теории сформировалось два различных направления. Приверженцы первого старались найти критерий разграничения публичного и частного права в различном положении субъектов юридического отношения, в том, принадлежат ли данные права человеку как обособленной личности или как члену организованного общественного союза. Указанная теория сформировалась под влиянием школы естественного права, сторонники которой утверждали, что права, которые естественным образом появились до образования государства (общества), являются частными. Естественное право продолжает действовать и в государстве, пополняется определенными постановлениями, касающимися функционирования государства, этот «новый прирост» и есть публичное право. Причем, по мнению сторонников указанных воззрений, «все публичное право устанавливается

лишь ради большего упрочения господства частного права».

Гораздо большее признание на определенном этапе получила другая формальная теория, сторонники которой различали публичное и частное право на основании того, как распределяется инициатива защиты права от нарушений. Другими словами, они обращали внимание не на то, что охраняется, а на то, как охраняется. Суть указанных взглядов сводилась к различию способов охраны от правонарушений, к тому, охраняется ли нарушенное право по инициативе самого потерпевшего или по инициативе общественной власти. Основоположником этой теории был германский ученый Тон. В соответствии с его взглядами, если нарушение прав влечет за собой установление для субъекта нарушенного права притязания на возмещение причиненного ему ущерба, это частное право. Если же, напротив, нарушение права влечет за собой только принятие известных мер со стороны и по инициативе общественной власти, это право публичное [18. С. 179]. Теория Тона имела множество сторонников в лице авторитетных дореволюционных цивилистов. Достаточно назвать такие имена как Муромцев [13], Гамбаров [3], Дювернуа [6]. Г.Ф.Шершеневич так говорил об этой распространенной в свое время теории: «В пользу этой теории говорит то, а) что она построена на чисто юридическом начале, т.е. на различии юридических средств, которыми охраняются жизненные интересы, б) что она находится в полном соответствии с формальным понятием о праве, единственно верным, с) что она способна была бы дать, безусловно, точный отличительный признак» [18. С. 10].

Но формальная теория страдала, по мнению многих авторов, настолько существенными недостатками, что не могла быть принята. Теория предполагала, что в праве в любом случае есть указания на то, по чьей инициативе охраняется каждая из указанных норм, но во многих случаях такового указания закон не содержит, следовательно, данную теорию нельзя было признать достаточной. Справедливо отмечалось, что различие частных и публичных прав проявляется не только при их нарушении, но и в не-

нарушенном состоянии, что также не вписывалось в указанную теорию.

Завершая характеристику широчайшей дореволюционной полемики по поводу вопроса о критерии разграничения публичного и частного права, нельзя не упомянуть еще об одном авторе – И.А.Покровском. Его теория, если разграничивать их на материальные и формальные, принадлежит в число формальных, но это лишь номинальное определение. Фактически в своей работе И.А.Покровский предложил критерий, который впоследствии получил самое широкое распространение. Заслуга И.А.Покровского состоит в том, что он не просто предложил указанный критерий для разграничения публичного и частного права, (метод правового регулирования в качестве такого критерия предлагался и раньше, но смысл, который вкладывали в это понятие был совершенно иным [15]), но и подробнейшим образом обосновал подобный выбор. Разграничение публичного и частного права, по мнению И.А.Покровского, следовало проводить в зависимости от того, какими способами или приемами осуществляется это регулирование.

Резюмируя все сказанное по поводу попыток решения вопроса о соотношении публичного и частного права в дореволюционной литературе, хотелось бы сделать несколько выводов.

1. Дореволюционная цивилистика содержит многочисленные фундаментальные работы по данному вопросу. обстоятельно коснуться данной краеугольной проблемы в своих трудах счел необходимым практически каждый видный дореволюционный цивилист.

2. На тот период, несмотря на то, что в литературе практически всеми авторами выделялось два основных направления, так называемые «материальная» и «формальная» школы, вызвано это было скорее необходимостью хоть какой-то классификации многочисленных мнений по данному вопросу. Теории, выдвигаемые дореволюционными авторами, за редким исключением, сложно однозначно отнести к чисто «формальным» или «материальным». В большинстве своем эти теории представляют собой весьма значительные модификации

«классических» либо являют собой совокупность материальных и формальных критериев разграничения права. Вследствие этого невероятно сложно провести классификацию всего спектра существовавших тогда мнений по «материальному» или «формальному» признаку, и предпринятая выше попытка такой классификации носит в значительной степени условный характер. Тем не менее, мы считаем такую, пусть небезупречную с точки зрения выбранного критерия, попытку классификации необходимой для того, чтобы анализ дореволюционного материала не был простым перечислением существовавших взглядов и представлял известную научную ценность.

3. Предпринятый нами анализ развития русской дореволюционной цивилистической мысли по этому вопросу показывает, что ни одна из сформулированных теорий не получила безусловного признания в литературе. Большинство работ представляло собой критику всех ранее высказанных взглядов и предложение своего, отличного от всех ранее высказанных.

Проведенный исторический анализ, между тем, представляется достаточно принципиальным и значимым, поскольку, несмотря на достаточно длительный промежуток времени, который отделяет нас от дореволюционного периода развития гражданско-правовой мысли, споры о публичном и частном праве не закончены и современный исследователь, обращаясь к этим вопросам, должен учитывать накопленный наукой опыт.

Библиографический список

1. *Анисимов А.П.* Проблема сочетания частных и публичных интересов при использовании земель поселений / А.П.Анисимов // Юрист. 2004. №1.
2. *Бублик В.* Правовое регулирование предпринимательства: частные и публичные начала / В.Бублик // Хозяйство и право. 2000. №9.
3. *Гамбаров Ю.С.* Курс гражданского права / Ю.С.Гамбаров. СПб.: Тип. М.М.Стасюлевича. Вас. остр. 5 лин. 28, 1911. Т. 1. Часть общая.
4. *Дювернуа Н.* Чтения по гражданскому праву / Н.Дювернуа. СПб., 1898. Т. 1.

5. *Дювернуа Н.Л.* Конспект лекций по гражданскому праву, читанный в 1886-1887 академ. г. / Н.Л.Дювернуа. СПб: Типо-литография А.Б.Ландау, 1886.
6. *Ефимова Л.Г.* Соотношения частного и публичного права – правовая или политическая проблема? / Л.Г.Ефимова // *Юридический мир*. 1999. №4.
7. *Исаев И.А.* История государства и права России / И.А.Исаев. М., 1993.
8. *Кавелин К.Д.* Что Есть гражданское право и где его пределы / К.Д.Кавелин. Полное собр. соч. Т. 4: Этнография и правоведение [с примеч. проф. Д.А.Корсакова]. СПб.: Тип. М.М.Стасюлевича. Вас. Остр. 5 лин. 28, 1900.
9. *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права / Н.М.Коркунов. СПб., 1914.
10. *Курбатов А.* Обеспечение баланса частных и публичных интересов – основная задача права на современном этапе / А.Курбатов // *Хозяйство и право*. 2001. №6.
11. *Мальшиев К.И.* Курс общего гражданского права России / К.И.Мальшиев. СПб.: Тип. М.М.Стасюлевича. Вас. остр. 2 лин. 7, 1878. Т. 1. С. 1.
12. *Мейер Д.И.* Русское гражданское право: в 2 ч. / Д.И.Мейер. испр. и доп. 8-е изд., (1902). М.: Статут, 1997. Ч. 1. (Сер. «Классика российской цивилистики»).
13. *Муромцев С.А.* Римское гражданское право: Курс лекций / С.А.Муромцев. СПб., 1877-1878.
14. *Нешатаева Т.Н.* Соблюдение баланса публичного и частного интереса / Т.Н.Нешатаева, В.А.Старженецкий // *Вестник ВАС РФ*. 2000. №4.
15. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права / И.А.Покровский. М.: Статут, 1998. (в серии «Классика российской цивилистики»).
16. Ульпиан Дигесты 1,1,1,2.
17. *Цитович П.П.* Курс русского гражданского права / П.П.Цитович. Одесса, 1878. Т. 1, вып. 1.
18. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г.Ф.Шершеневич. М.: Фирма «СПАРК», 1995.

CORRELATION OF THE PUBLIC AND PRIVATE LAW IN RUSSIA: THE HISTORICAL ASPECT

V.G.Golubtsov

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

The complicated and interesting theoretical issue of the public and private law correlation in Russia is studied in the historical aspect. The author tried to show the historical peculiarities of the public and private law formation in Russia and to trace their influence on the modern views.

Keywords: public law, private law

К ВОПРОСУ О ЗЕМЕЛЬНЫХ ПРАВАХ КОРЕННЫХ МАЛОЧИСЛЕННЫХ НАРОДОВ РОССИИ

Н.В.Данилова

кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой экологического и природоресурсного права Тюменского государственного университета, 625000, г. Тюмень, ул. Семакова, 10

Рассматриваются проблемы земельных прав коренных малочисленных народов России. Анализируется правовое регулирование земельных отношений с участием представителей коренных малочисленных народов. Оценивается публично-правовая и частно-правовая концепции правового режима земель коренных народов.

Ключевые слова: земельные права, коренные малочисленные народы России, правовой режим земель

Традиционные земли, природа в целом являются неотъемлемой частью культуры, быта, религии, жизни и главной опорой выживания, существования и развития коренных народов. Без них они обречены на исчезновение или, в лучшем случае, на утрату своей самобытной культуры. Кроме того, право на землю связывается с другим ключевым правом этих народов – правом на самоопределение [2. С. 159].

Юридическое закрепление прав коренных малочисленных народов (далее – КМН) на земельные участки стало осуществляться с начала 1990-х гг. и совпало с началом земельной реформы. Существенную роль в наделении лиц из числа КМН и их общин землей сыграл Указ Президента РФ от 22.04.1992 №397 «О неотложных мерах по защите мест проживания и хозяйственной деятельности малочисленных народов Севера» [5], который предписывал органам государственной власти субъектов РФ определять в местах проживания и хозяйственной деятельности КМН Севера территории традиционного природопользования. С принятием названного указа началась активная разработка отдельными субъектами Федерации собственных регулятивных механизмов. При этом первоначально такое регулирование нередко осуществлялось в форме актов временного характера – раз-

личных временных положений¹, которые впоследствии становились базой для дальнейшего нормотворчества уже на уровне региональных законов. Одновременно шел сам процесс закрепления территорий традиционного природопользования за КМН.

В целом, в 1990-е гг. правовое регулирование земельных отношений с участием представителей коренных малочисленных народов характеризовалось следующим:

- допускалось многообразие имущественных прав на земельные участки (право пожизненного наследуемого владения, право постоянного бессрочного пользования, аренда, а также право собственности в случае создания крестьянского фермерского или личного подсобного хозяйства);
- субъектами прав на земельные участки могли быть отдельные граждане – представители КМН, семьи, общины, а также коммерческие организации различных организационно-правовых форм;
- при определении права (титула) на землю принимался во внимание лишь статус субъекта, однако не учитывалась принадлежность земельных участков к категории земель;

¹ Такие временные положения были в свое время приняты, например, в Красноярском крае, в Сахалинской, Амурской, Магаданской, Читинской областях, Таймырском и Чукотском автономных округах.

- земельные участки предоставлялись в пользование субъектам традиционной хозяйственной деятельности бесплатно, эти субъекты также освобождались от платы за землю;
- практика наделения КМН земельными участками (территориями традиционного природопользования) значительно различалась в разных субъектах РФ, что было обусловлено особенностями проводимой национальной политики и развития законодательства в регионах.

Позднее при принятии «этнических» законов земельные права аборигенов были продекларированы как «право безвозмездно владеть и пользоваться в местах традиционного проживания и хозяйственной деятельности КМН землями различных категорий, необходимыми для осуществления их традиционного хозяйствования и занятия традиционными промыслами» [6; 7]. Субъектами права были названы народы, общины, лица из числа коренных малочисленных народов. Позднее указанные положения подверглись редактированию.

С принятием в 2001 г. Земельного кодекса РФ ситуация в области правового регулирования отношений по использованию земель КМН кардинально изменилась. Анализ субъектного состава и содержания предусмотренных ЗК РФ титулов на земельные участки показывает, что ни одно из них в настоящее время не может быть применено для оформления безвозмездного права пользования на землю КМН.

Вместе с тем, действующий ЗК РФ позволяет устанавливать особый правовой режим использования земель любой категории в местах традиционного проживания и хозяйственной деятельности КМН РФ и этнических общностей (п. 3 ст. 7). Как показывает практика, такой режим земель коренных народов может строиться на одной из двух взаимоисключающих концепций.

Первую концепцию можно назвать *публично-правовой*. Суть ее состоит в том, что соответствующие земли выводятся из имущественного оборота. Субъекты традиционной хозяйственной деятельности на

таких территориях получают право безвозмездно пользоваться земельными участками и другими природными ресурсами не в силу получения ими имущественных прав, а в силу прямого указания закона. Такой подход во многом упрощает решение проблемы наделения аборигенов землями, так как он не требует оформления правоустанавливающих документов на земельные участки. Фактически данный подход был реализован в Федеральном законе «О территориях традиционного природопользования...» (в первоначальной редакции). По мнению исследователей, эта концепция наиболее адекватно отражает особенности нормативной культуры коренных народов [3]. Однако внесенные в декабре 2007 г. в ст. 11 указанного закона изменения, по-видимому, исключают в настоящее время возможность реализации этой концепции.

Второй подход можно обозначить как *частно-правовой*. Он основан на предоставлении имущественных прав субъектам традиционной деятельности. Реализация этой концепции требует внесения изменений в ЗК РФ. Проблема может быть решена различными способами. Одним из них является использование существующих земельно-правовых титулов – права пожизненного наследуемого владения и постоянного (бессрочного) пользования землей. Другим способом может быть создание новой юридической конструкции, например договора безвозмездного пользования, предусмотренного гл. 36 ГК РФ (подробнее об этом см. [1. С. 238-242]).

При этом особое значение необходимо придать следующим аспектам. Во-первых, предоставление земель КМН Севера необходимо обусловить отказом от дальнейших земельных притязаний. Во-вторых, необходимо ограничить гражданский оборот предоставленных земель. В-третьих, в законе и договорах следует зафиксировать, что земли предоставляются КМН в местах их фактического традиционного проживания, и только в тех случаях, когда нельзя установить эти места или предоставить там земли, допускается передача других земель. В-четвертых, необходимо определить воз-

возможность использования КМН Севера земель, принадлежащих другим лицам, если это необходимо для ведения традиционного образа жизни и жизнедеятельности [4. С. 208-221].

Независимо от того, какой путь решения земельно-правовых проблем коренных народов будет избран, важно унифицировать правовой режим предоставления земельных участков, относящихся к различным категориям. В юридико-техническом отношении это сделать несложно, введя соответствующие отсылочные нормы в Лесной кодекс РФ, Федеральные законы «О территориях традиционного природопользования..» и «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения».

Библиографический список

1. Данилова Н.В. Проблемы правового регулирования прав на землю коренных малочисленных народов / Н.В.Данилова // Обеспечение прав и свобод человека и гражданина: сб. ст. по итогам междунар. науч.-практ. конф. / под ред. Г.Н.Чеботарева: в 5 ч. Тюмень: Изд-во ТюмГУ, 2006. Ч. 5.
2. Кряжков В.А. Право коренных малочисленных народов России на земли и иные природные ресурсы / В.А.Кряжков // Обычай и закон. Исследования по юридической антропологии / отв. ред. Н.И.Новикова, В.А.Тишков. М.: Изд. дом «Статегия», 2002.
3. Новикова Н.И. Судебная защита права на традиционное природопользование: антрополого-правовые аспекты / [Электронный ресурс] Н.И.Новикова, Ю.Я.Якель. – Режим доступа: // http://www.jurant.ru/ru/news/neotlozhka_v_sude.pdf, свободный.
4. Павлов П.Н. Использование и охрана земель коренными малочисленными народами севера: проблемы правового регулирования / П.Н.Павлов. // Олень всегда прав. Исследования по юридической антропологии. – М.: Стратегия, 2003.
5. *Российские вести*. 1992. №4.
6. Федеральный закон «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации» от 30 апреля 1999 г. №82-ФЗ // СЗ РФ. 1999. №18. Ст. 2208.
7. Федеральный закон «О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации» от 7 мая 2001 г. №49-ФЗ // СЗ РФ. 2001. №20. Ст. 1972.

ABOUT THE LAND RIGHTS OF THE SMALLER NATIVE POPULATIONS OF RUSSIA

N.V.Danilova

Tumen State University, 625000 Tumen, Semakova street, 10

The problems of the land rights of the smaller native populations of Russia are reviewed. The legal regulation of the land relationship with the participation of the representatives of the native smaller populations is analyzed. The public and private conceptions of the legal status of the native populations' lands are valued.

Keywords: land rights, smaller native populations of Russia, the legal status of the lands

**ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ
ИМУЩЕСТВЕННЫХ СПОРОВ С УЧАСТИЕМ СУПРУГОВ****Л.Б.Максимович**

кандидат юридических наук, старший научный сотрудник
Института государства и права РАН, 119841 г. Москва, ул. Знаменка, 10

Рассматриваются материальные и процессуальные проблемы, возникающие в судебной практике при разрешении споров о разделе имущества супругов, находящегося в общей совместной собственности супругов, об определении правового режима имущества, приобретение и отчуждение которого связано с осуществлением предпринимательской деятельности одним из супругов и другие.

Ключевые слова: раздел имущества супругов, сделки по распоряжению общим имуществом супругов, предпринимательская деятельность, недвижимость

Дела о разделе имущества, находящегося в совместной собственности супругов, относятся в нашей стране к одной из наиболее распространенных категорий судебных дел с участием граждан. Россия на протяжении многих лет является лидером по числу разводов, которые, как правило, сопряжены с разделом совместно нажитого имущества. В случае спора раздел общего имущества супругов, а также определение долей в этом имуществе производится в судебном порядке (п. 3 ст. 38 СК). В качестве суда первой инстанции при решении этих дел выступают мировые судьи, к подсудности которых отнесены дела наименьшей сложности и значимости.

Однако дела о разделе совместно нажитого супругами имущества не так просты, как кажется на первый взгляд. Если 10-15 лет тому назад объектами спора становились в основном движимые вещи (как правило, предметы домашней обстановки и подержанные автомобили), то в настоящее время супруги все чаще обращаются в суд в связи с разделом недвижимости (квартир, земельных участков, загородных домов). Таким образом, практический интерес представляет вопрос о подсудности дел о разделе между супругами недвижимого имущества, нажитого в период брака.

Согласно закону (ст. 30 ГПК) иски о правах на недвижимое имущество подчиняются правилам об исключительной под-

судности, т.е. могут быть предъявлены в суд только по месту нахождения спорного объекта недвижимости. Между тем, правило об исключительной подсудности применимо к спорам о разделе нажитого в период брака недвижимого имущества лишь в случае, когда требование о разделе этого имущества является самостоятельным, т.е. заявлено до или после расторжения брака. Если же требование о разделе общего недвижимого имущества заявлено в рамках бракоразводного дела (одновременно с заявлением о расторжении брака либо в уже начатом процессе о разводе), то правило ст. 30 ГПК неприменимо. В этом случае суд обязан руководствоваться правилом ст. 24 СК, а именно: по требованию любого из супругов произвести раздел имущества в этом процессе, включая объекты недвижимости, и независимо от места их нахождения. «В случае, когда судом при расторжении брака будет установлено, что супруги не достигли соглашения о разделе имущества либо имеющееся соглашение нарушает интересы одного из супругов, суд разрешает указанные вопросы по существу одновременно с требованием о расторжении брака» (п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 5 ноября 1998 №15).

Возможность реализации субъективного права на раздел имущества, нажитого в браке, непосредственно в бракоразводном процессе позволяет одновременно разрешить весь комплекс внутрисемейных вопросов, что соответствует не только интере-

сам разводящихся супругов, но также интересам их несовершеннолетних детей.

Практический интерес представляет также определение подсудности дел о разделе общего имущества супругов, не связанных с расторжением брака. До недавнего времени такие дела были подсудны мировым судьям независимо от цены иска (подп. 3 п. 1 ст. 23 ГПК), в то время как иные дела по имущественным спорам рассматривались мировыми судьями только при цене иска, не превышающей 500 МРОТ, т.е. 50 тыс. руб. (подп. 5 п. 1 ст. 23 ГПК). Так, бывшие супруги, обратившиеся в суд с иском о разделе нажитого в период брака имущества, зачастую рассматривались как участники гражданского оборота, обратившиеся за разрешением имущественного спора, в связи с чем при цене иска, превышающей 500 МРОТ, их дело было подсудно районному суду.

Между тем, основанием для выделения дел о разделе совместно нажитого имущества в самостоятельную категорию споров является особый характер происхождения спорного имущества: нажитое супругами в период брака. Поэтому независимо от того, сохранился ли у сторон статус супругов к моменту предъявления в суд иска о разделе имущества или к моменту рассмотрения данного дела судом, это дело подсудно мировому судье.

Федеральным законом №147-ФЗ от 22 июля 2008 г. в ст. 23 ГПК были внесены изменения, уравнившие права супругов с правами иных участников гражданского оборота: отныне мировым судьям подсудны имущественные споры, в том числе споры о разделе между супругами совместно нажитого имущества, при цене иска, не превышающей 100 тыс. руб. Данным изменением закона (подп. 3 п. 1 ст. 23 ГПК) обусловлена очередная сложность определения подсудности дел о разделе между супругами совместно нажитого имущества. Нетрудно предвидеть, что ограничение подсудности ценой иска в 100 тыс. руб., приведет к тому, что мировые судьи будут возвращать любые исковые заявления, где цена иска превышает названную сумму, в том числе те, в которых требование о разделе имущества заявлено одновременно с требованием о рас-

торжении брака. То есть так же, как это происходит в случае с исключительной подсудностью, когда мировые судьи не применяют ст. 24 СК.

Следует отметить, что имущественные споры с участием супругов не ограничиваются спорами о разделе совместно нажитого имущества.

В декабре 2003 г. Президиум ВАС РФ рассмотрел вопрос об определении правового режима имущества, приобретение и отчуждение которого связано с осуществлением предпринимательской деятельности одним из супругов. Необходимость предметного изучения этого вопроса Президиумом ВАС РФ обусловлена тем, что за последние годы в практике арбитражных судов возросло число споров, в которых предпринимательские отношения тесно переплетены с семейными отношениями. Однако применяемые для разрешения таких споров семейно-правовые нормы не учитывают особенностей предпринимательской деятельности, в частности предпринимательских сделок, что негативно сказывается на гражданском обороте. В случае, когда ставится вопрос о признании недействительной сделки, совершенной предпринимателем с третьим (по отношению к семейным отношениям) лицом, внутреннее отношение супругов переносится в сферу предпринимательских отношений и предпринимательские отношения выстраиваются на зыбкой почве. К примеру, для признания недействительной сделки по распоряжению нажитой в браке недвижимостью или сделки, требующей нотариального удостоверения и/или регистрации, совершенной одним супругом в нарушение требования о представлении нотариально удостоверенного согласия второго супруга, необходимо и достаточно лишь подтверждение факта отсутствия согласия супруга на любую из перечисленных сделок. При этом добросовестность приобретателя по сделке не имеет значения.

В отличие от этого презумпция согласия супруга на совершение другим супругом сделки по распоряжению их общим имуществом может быть оспорена в судебном порядке только при условии доказанности заведомой недобросовестности приоб-

ретателя (покупателя) по сделке (п. 2 ст. 35 СК), что чрезвычайно редко встречается на практике. В этом случае права и интересы добросовестного приобретателя надежно защищены законом.

К наиболее острым относится ситуация, когда один из супругов – индивидуальный предприниматель, использующий в предпринимательской деятельности имущество, являющееся совместной собственностью супругов. В случае спора в этом случае возникает множество вопросов. К примеру, если спорное имущество, используемое в предпринимательской деятельности, в равной степени принадлежит обоим супругам, означает ли это, что не занимающийся предпринимательской деятельностью супруг незаконно участвует в осуществлении предпринимательской деятельности; каково

процессуальное положение супруга, не занимающегося предпринимательской деятельностью, в споре между юридическим лицом и супругом – индивидуальным предпринимателем? Появление в арбитражном деле семейных правоотношений свидетельствует о том, что спор по этому признаку относится к подведомственности судов общей юрисдикции и должен рассматриваться этим судом, поскольку как в АПК, так и в ГПК определено, что если одни требования подведомственны суду общей юрисдикции, а другие – арбитражному суду, то эти требования должны рассматриваться судами общей юрисдикции. Несмотря на то что спор в целом вытекает из предпринимательских отношений, наличие в нем семейных правоотношений переводит его в подведомственность суда общей юрисдикции.

PROBLEMS OF THE LAW ENFORCEMENT WHEN SOLVING THE PROPERTY CONTENTION OF THE CONJOINTS

L.B.Maksimovich

The Institute of the State and Law of the Russian Academy of Sciences,
10 Znamenka street, Moscow, Russia

The material and procedural problems are reviewed which arise in the court practice when arbitrating the disputes of changing the ownership of the conjoints' property which is a joint ownership property, when arbitrating the disputes about defining the legal status of the property, the purchasing and disposition of which is connected with the business activities of one of the conjoints.

Keywords: Changing the ownership of the conjoints, Deals on handling the conjoints' property of joint ownership, Business activity, Fixed property

**ПРЕКРАЩЕНИЕ ПОЛНОМОЧИЯ БЕЗ РЕАЛИЗАЦИИ:
ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ****Е.Л.Невзгодина**

кандидат юридических наук, профессор, зав. кафедрой гражданского права
Омского государственного университета, 644065, Омск, ул. 50 Лет Профсоюзов, 100

Анализируются основания прекращения полномочий представителя. Предлагается новая редакция статей 188 и 189 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Ключевые слова: представительство, отказ от представительства, прекращение полномочий представителя

Личный характер внутреннего правоотношения представительства ведет к тому, что устранение одного из его участников влечет прекращение представительства. Основанием прекращения обязательного представительства является также прекращение опеки. Добровольное представительство прекращается и с истечением срока полномочия, зафиксированного в доверенности (или в ином документе), и в силу одностороннего отказа доверителя или поверенного от представительства до истечения этого срока.

Односторонний отказ от представительства есть сделка, требующая восприятия. Поэтому юридическое значение отказ от представительства приобретает лишь в момент, когда контрагент во внутреннем правоотношении представительства (соответственно, представитель или представляемый) узнает или должен узнать об отказе контрагента. Поэтому указание в ч. 1 ст. 189 ГК РФ на обязанность представляемого известить представителя (поверенного) об отмене доверенности не имеет смысла: до тех пор, пока до сведения представителя не доведено сообщение об отмене полномочия, нет и самой отмены. Точно так же смерть доверителя, признание его недееспособным, безвестно отсутствующим по смыслу п. 1 ст. 189 ГК РФ приобретают юридическое значение оснований прекращения представительства лишь в момент, когда представитель узнал или должен узнать о наступлении этих фактов.

Отказ представителя от полномочия считается состоявшимся в момент доведения его до сведения представляемого и должен сопровождаться возвращением представляемому легитимирующего документа. Законодатель исходит из того, что прекращение полномочия не должно отрицательно сказываться на интересах третьих лиц, и возлагает на представляемого (его правопреемников) обязанность известить третьих лиц об отмене доверенности, т.е. о прекращении полномочия: до этого момента сделки, совершенные ими с представителем, действовавшим в пределах доверенности, обязательны для представляемого (п. 2 ст. 189 ГК РФ).

Ссылки ответчиков по спорам в судах на то, что договор, исполнения которого требует истец, был заключен представителем ответчика по отмененной доверенности, судами не учитываются. Судебная практика идет по тому пути, что лицо, выдавшее доверенность, обязано представить доказательство ее отмены. В чем может выражаться такое доказательство? Очевидно, что оно должно быть письменным. Видимо, это может быть и публикация об отмене доверенности в средствах массовой информации, особенно когда речь идет об отмене генеральной доверенности.

Выбор представителя осуществлял представляемый, он и должен нести неблагоприятные последствия недобросовестности представителя, воспользовавшегося оставшейся у него доверенностью после прекращения полномочия. К тому же извещение и представителя, и третьих лиц о прекращении полномочия зависит, в конечном

счете, тоже от представляемого. Представитель же отвечает перед представляемым за убытки, возникшие у последнего в результате осуществления представительской деятельности после отмены полномочия.

В п. 1 ст. 189 ГК РФ предусмотрена обязанность представляемого уведомить третьих лиц о прекращении полномочия лишь в случае, когда основанием прекращения полномочия явилась отмена доверенности. Думается, что такая обязанность лежит на представляемом и в ряде других случаев досрочного прекращения полномочия, в частности в случае признания представителя недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим, в случае одностороннего отказа представителя от представительства без возврата уполномочивающего документа, а также прекращения договора поручения без исполнения. Во всех этих случаях бывший представитель фактически не лишен возможности осуществить представительство, если в его руках остался уполномочивающий документ.

Следует обратить внимание на один момент «уязвимости» представляемого, выдавшего доверенность, обуславливающий заинтересованность представляемого в изъятии у поверенного доверенности, даже если срок её истек. На практике встречаются случаи, когда недобросовестный представитель, имеющий доверенность на заключение договоров или на получение материальных ценностей, денег, по сговору с третьими лицами (контрагентами своего доверителя) заключает с ними договоры, уже ненужные доверителю, получает от них деньги и материальные ценности, оформляя соответствующие документы задним числом (см. об этом подробнее [2. С. 17]). Доказать же в суде факт злонамеренного соглашения представителя с контрагентом представляемого и признать сделку недействительной по ст. 179 ГК РФ представляемому удастся далеко не всегда [1].

Способ извещения третьих лиц представляемым (доверителем) об отмене полномочия (прекращении доверенности) и форма такого извещения в законе не установлены. Вопрос должен решаться в зависимости от конкретных обстоятельств. Если полномочие дано на представительство по

отношению к конкретному лицу, достаточно письменно уведомить его о прекращении полномочия – лично или через нотариуса. Если же круг лиц, по отношению к которым может быть осуществлено полномочие, является неопределенным либо неизвестно их местонахождение, возможна публикация о прекращении доверенности в средствах массовой информации.

Если бремя доказывания наличия полномочия лежит на представителе, то бремя доказывания его прекращения должно быть возложено на представляемого (его правопреемников). Нахождение у представителя уполномочивающего документа, срок действия которого не истек, свидетельствует о наличии у него полномочия, пока не доказано обратное. При этом должно быть доказано не только наличие обстоятельств, служащих основанием прекращения полномочия, но и осведомленность о них третьих лиц, а при решении вопроса о субъекте ответственности – ещё и осведомленность представителя, что учитывается обычно и в судебной практике.

В плане изложенного представляются необходимыми некоторые изменения в законодательстве. Ст. 188 ГК РФ озаглавлена «Прекращение доверенности». Но доверенность – всего лишь документ, фиксирующий полномочие и подтверждающий наличие правоотношения представительства, поэтому правильнее говорить не об основаниях возникновения или прекращения доверенности, а об основаниях возникновения или прекращения полномочия, а следовательно, и внутреннего правоотношения представительства в целом. Помимо доверенности, полномочие при добровольном представительстве может быть выражено и в экземпляре договора поручения, и в экземпляре агентского договора, и, наконец, в письме представляемого третьим лицам с уведомлением их о представительском характере действий определенного лица в отношениях с ними. Большинство юридических фактов, указанных в ст. 188 ГК РФ, являются основаниями прекращения не только добровольного, но и обязательного представительства, при котором доверенность отсутствует.

С учетом этого, а также изложенных выше соображений ст. 188 ГК РФ могла бы быть озаглавлена «Прекращение полномочия» и иметь следующую редакцию:

«1. Полномочие прекращается вследствие:

1) истечения срока действия полномочия;

2) прекращения опеки;

3) отмены полномочия доверителем;

4) отказа поверенного от полномочия;

5) прекращения юридического лица (доверителя либо поверенного);

б) смерти представляемого, признания его недееспособным, безвестно отсутствующим, а также признания его ограниченно дееспособным, если полномочие дано на приобретение или осуществление имущественных прав;

7) смерти представителя, признания его недееспособным или безвестно отсутствующим, а также признания его ограниченно дееспособным, если полномочие дано на приобретение или осуществление имущественных прав.

2. Полномочие, основанное на сделке, может быть во всякое время прекращено в силу одностороннего волеизъявления как представляемого, так и представителя. Соглашение об отказе от этих прав недействительно.

3. С прекращением полномочия теряет силу передоверие».

Соответственно, ст. 189 ГК РФ могла бы быть озаглавлена «Последствия прекращения полномочия» и изложена в следующей редакции:

«Доверитель обязан известить о прекращении полномочия поверенного, а также известных им третьих лиц, для представительства перед которыми выдана доверенность (или иной документ, содержащий полномочие). Такая же обязанность возлагается на правопреемников доверителя в случаях прекращения полномочия по основаниям, предусмотренным в подпунктах 5 и 6 пункта 1 ст. 188 ГК РФ.

1. Правовые последствия, возникшие в результате действий поверенного, совершенных до того, как третье лицо узнало или должно было узнать о прекращении полномочия, сохраняют силу для доверителя и его правопреемников в отношении третьих лиц.

2. При прекращении полномочия поверенный или его правопреемники обязаны немедленно вернуть уполномочивающий документ».

Библиографический список

- 1. Постановление ФАС Московского округа от 12 февраля 2001 г. по делу №КГ-А40/268-01. СПС «КонсультантПлюс».*
- 2. Юрьев Р. Притворные сделки / Р.Юрьев // Хозяйство и право. 2004. №8. Приложение.*

TERMINATION OF AUTHORITY WITH NO REALIZATION: CIVIL LEGAL ASPECT

E.L.Nevzgodina

Omsk State University 644065 Omsk, 50 let profsoyuzov street, 100

The reasons for the termination of the authority of the representative are analyzed. A new edition of Articles 188 and 189 of the Russian Federation Civil Code is proposed.

Keywords: representation, refusal from representation, termination of the representative authority

ДЕЙСТВИЯ ПО ИСПОЛНЕНИЮ ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ**Л.А.Чеговадзе**

доктор юридических наук, профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин
Нижегородского коммерческого института, 603950, Нижний Новгород, ул. Ленина, 27

Е.А.Кондратьева

старший преподаватель кафедры предпринимательского права
Нижегородского государственного университета, 603022, Нижний Новгород, пр. Гагарина, 33

Анализируются проблемы исполнения договорных обязательств. Определяется содержание действий сторон по исполнению гражданско-правового договора.

Ключевые слова: договорное обязательство, передача вещи, исполнение договорного обязательства, цель договорного обязательства

Проблемы исполнения обязательств, в том числе и договорных, активно обсуждаются на страницах юридической литературы, и достаточно обширные исследования этих проблем отличает нацеленность на постижение юридической сущности исполнения. Нельзя отрицать, что «исполнение обязательства» – это не только гражданско-правовая категория, но и реальные *действия* участников общественного отношения: ведь любая юридическая наука практически ориентирована, и должна непосредственно участвовать в позитивном оформлении социальных процессов [8. С. 36-38]. В этом плане одной из главных задач цивилистики становится юридическое обеспечение социальной практики. Поскольку «чем глубже и более всесторонне познана внешняя среда, чем рациональнее использованы добытые знания, чем в большей мере они отражают назревшие потребности этой среды, тем выше теоретический уровень законодательства, тем эффективнее действие правовых норм, тем оптимальнее достижение целей и задач правового регулирования» [2. С. 9]. То, что действия, посредством которых исполняются обязательства, не вызывают сколь-нибудь серьезного научного интереса, является недостатком современной науки. И одна из причин тому – отсутствие в цивилистической литературе единого мнения о правовой природе действий по исполнению договорных обязательств и их сущностной

характеристики; не выделены также и общие критерии классификации таких действий и не названы их виды. При этом «исполнение обязательств» и как правовая категория трактуется учеными по-разному: научная литература пестрит определениями, встречаются и диаметрально противоположные мнения [см. 1, 5, 6, 7 и др.].

Такое положение дел нельзя не осознавать как научную проблему¹, решая которую, необходимо исходить из того, что для уяснения общего понятия «действий по исполнению обязательств» в первую очередь надо разобраться, как закон определяет данное понятие в общем и плане и применительно к отдельным видам обязательств.

Действия по исполнению обязательств социально нацелены: ст. 307 ГК РФ исполнение обязательства определяет как действие, которое должник обязался совершить в пользу кредитора², поэтому общая и одинаковая цель фактических действий любого должника нормативно определяется как польза его кредитора. Известно, что цель предвосхищает результат, который достигим в случае использования надлежащих

¹ Существует также проблема соотношения действий по исполнению обязательств с более общим понятием действий по исполнению обязанностей.

² То, как стороны понимают каждая свою пользу от действий другой стороны, указывается в их соглашениях о действиях по обязательству. Во внедоговорных обязательствах вид пользы императивно определен законом: например, моральный вред компенсируется только денежными средствами.

средств. Результатом исполнения договорного обязательства должна быть та польза, которую «выговорила» для себя каждая сторона, а средства его достижения – это действия сторон. Поэтому, (1) определив «предмет интереса», т.е. то, что заключает в себе их пользу, стороны, договариваясь, должны (2) указать, *какого вида* действия они намерены совершить, и (3) условия их совершения согласовывать *как фактические обстоятельства* будущего исполнения.

Виды действий, которые субъекты гражданского права могут совершить на условиях обоюдopoлезных соглашений, перечислены в законе³ – купля и продажа, мена, дарение, аренда, подряд и т.д. Нормы соответствующих гражданско-правовых конструкций закрепляют и типичные условия совершения действий каждого отдельного вида⁴. При этом в ряде случаев закон определяет и регулирует не только вид действий, но также их разновидности: в главе о действиях по купле и продаже восемь параграфов, регулирующих разновидности действий по купле и продаже, в главе о действиях по аренде – шесть, о подряде – пять и т.д.

Казалось бы, назвав вид действий, каждому такому «типовому» действию закон должен бы дать четкое определение. Однако это, к сожалению, не так. Более того, определяя действия одного и того же вида, законодатель использует различные термины или одним и тем же термином называет различные по сути действия. Бесспорно, это рождает проблему разграничения действий сторон по исполнению обязательств.

Например, обязательство, возникшее в силу договора купли-продажи (ст. 454 ГК) порождает обязательство *передать* товар (вещь) в собственность. Глава 30 ГК не определяет, что следует понимать под действием по исполнению данного обязательства – что такое, собственно, *передача* в смысле купли-продажи? В то время как в социальном плане «передача» может быть истолко-

вана по-разному⁵, в связи с чем неизбежны проблемы на практике.

В ст. 224 гл. 14 ГК «Приобретение права собственности» дается общее определение термина «передача». Это *вручение вещи приобретателю, а равно сдача перевозчику для отправки приобретателю или сдача в организацию связи вещей, отчужденных без обязательства доставки*. И так как соглашение о купле-продаже заключается для передачи товара в собственность покупателя (приобретателя по договору), действия по исполнению обязательства купли-продажи – это и есть передача в смысле ст. 224 ГК. Так же обстоит дело и с договором мены (ст. 567), в силу которого каждая из сторон обязуется *передать в собственность* другой стороны один товар в обмен на другой. В качестве способа исполнения обязательства, возникающего у сторон при заключении договора мены, законодатель определяет необходимость совершения определенного, конкретного действия, а именно – *передачи* товара. При этом словосочетание «передать в собственность» еще раз подтверждает тот факт, что термин *передача*, используется законодателем для определения действий, необходимых для возникновения права собственности. То же подтверждает и употребление термина «передача» в качестве способа исполнения обязательства, возникающего из договора дарения (ст. 572), согласно которому даритель безвозмездно *передает в собственность* одаряемому вещь. При определении договора ренты (ст. 583) законодатель снова в качестве способа исполнения обязательства, возникшего из этого договора, использует термин *передача*. Фигурирует он и в договоре подряда (ст. 703), заключаемом на изготовление или переработку (обработку) вещи либо на выполнение другой работы с *передачей* ее результата заказчику. При заключении договора подряда подрядчик берет на себя обязательство изготовить или переработать (обработать) вещь и *передать* результат этой работы заказчику. Для исполнения данного договорного обязательства исполнитель должен совершить кон-

³ Перечислены неисчерпывающим образом, что вытекает из смысла ст. 8 ГК РФ.

⁴ Закрепляют императивно и тогда стороны обязаны «соглашаться» на условиях закона и диспозитивно и тогда допускается определенная степень частного правотворчества.

⁵ Так, например, в социальном плане при грабеже также происходит передача имущества из рук жертвы в руки грабителя.

кретные, определенные законодателем действия – *изготовление, переработку или обработку и передачу*. Причем для надлежащего исполнения данного обязательства действия должны быть совершены в совокупности: или *изготовление и передача, или переработка (обработка) и передача*. Таким образом, и в данном случае такое действие, как *передача*, совершается с целью установления права собственности на вновь изготовленную или переработанную вещь. Поэтому при заключении договора, обязательство из которого нацелено на установление права собственности, целесообразно четко определить, в чем конкретно заключаются все названные в соглашении действия, и, в частности, действия по передаче.

В то же время в силу ст. 886 ГК по договору хранения хранитель обязуется хранить *переданную* ему поклажедателем вещь и вернуть ее в сохранности. Законодательное использование термина «*передача*» для определения действий по исполнению обязательств другого вида представляется весьма странным. Для того чтобы подтвердить наличие противоречий между реально совершаемым и законодательно определенным действием по исполнению названного договорного обязательства, обратимся к цели установления обязательства и соответственно к цели действий по его исполнению. Несомненно, поклажедатель, заключая договор хранения, преследует цель не *передать* вещи в собственность хранителя, а *сдачи* этой самой вещи на хранение. Тем самым вещь *сдается* для временного нахождения у хранителя с обязательством ее возврата. Из определения же передачи, как мы помним, следует, что *передача* связана с движением вещи в целях смены собственника (купля-продажа, дарение, мена). Тем не менее, термин «*передача*» в гл. 47, посвященной хранению, законодателем употреблен во всех статьях (вещь, *передаваемая* на хранение (ст. 887), хранитель не вправе требовать *передачи* вещи... (ст. 888), хранитель обязан обеспечить сохранность вещи, *переданной* на хранение (ст. 891)), что явно не соответствует реально складывающимся договорным отношениям. Действие, совершаемое во исполнение обязательства из договора хранения, не соответствует действию по той

передаче, которая как способ исполнения определяется в названных ранее статьях ГК, так как целью договора хранения является не *передача* вещи в собственность, а временное нахождение вещи у хранителя и ее возврат поклажедателю. Соответственно в данном случае будут иметь место целенаправленные действия иной правовой сущности: сдача на хранение, само хранение («*держание*» вещи у себя и обеспечение ее сохранности) и возврат ее собственнику.

Что касается договора аренды, то согласно ГК при его заключении арендодатель берет на себя обязательство *предоставить* арендатору за плату имущество во временное владение и пользование или во временное пользование. Статья 611 ГК тоже говорит о *предоставлении* арендатору имущества, что соответствует целям заключаемого договора и действий по исполнению договорного обязательства. Однако в ст. 607 ГК, названной «Объекты аренды», законодатель закрепляет, что в аренду могут быть *переданы* определенные непотребляемые вещи, т.е. речь о виде действий по исполнению в статье идет уже как о передаче. В силу определения, данного ст. 224 ГК, передача – это вручение вещи приобретателю по договору и поэтому как действие она должна ассоциироваться только с куплей-продажей, меной или дарением, т.е. с *передачей в собственность*. Но поскольку цель заключения договора аренды – предоставление имущества, и имущество в силу договора аренды предоставляется во временное владение и/или пользование, а не передается в собственность, то и в качестве термина, определяющего действия по исполнению обязательства, необходимо использовать *предоставление*.

Также в гл. 34, посвященной аренде, действия по исполнению определяются как *сдача*. Законодательно и этот термин в ГК не определяется, хотя и используется законодателем при определении действия, совершаемого при заключении договора перевозки (ст. 786): «...в случае *сдачи* пассажиром багажа...». И, наконец, если обратиться к параграфу 4 гл. 34 об аренде зданий и сооружений (ст. 650 ГК), то можно обнаружить еще одно противоречие и смешение понятий *предоставление* и *передача*: со-

гласно договору аренды здания или сооружения арендодатель обязуется *передать* арендатору здание и сооружение во *временное владение и пользование*. Также обстоит дело и с арендой предприятий и с договором финансовой аренды. Статья 656 ГК говорит о *предоставлении* имущества во временное пользование, а ст. 659 ГК определяет порядок *передачи* предприятия. Статья 665 ГК закрепляет в качестве способа исполнения обязательства совершения такого действия, как *предоставления во временное владение и пользование*, а ст. 668 определяет порядок *передачи* имущества, являющегося предметом финансовой аренды.

В договоре безвозмездного пользования (ст. 689) также налицо смешение терминов, определяющих действия по исполнению обязательств, – *предоставления и передачи*. Из самого определения договора безвозмездного пользования можно сделать однозначный вывод, что цель заключения данного договора – предоставление имущества в пользование на определенный период времени. Соответственно при исполнении обязательства, возникшего из договора, должно совершаться действие по *предоставлению* вещи в безвозмездное пользование. Однако согласно ст. 689 ГК по этому договору ссудодатель *обязуется передать или передает* вещь, причем согласно ст. 690 ГК собственнику принадлежит право *передачи вещи в пользование*, а ст. 691 ГК говорит уже об *обязанности предоставления* вещи в безвозмездное пользование. Статья же 692 ГК, определяющая последствия *непредоставления* вещи в безвозмездное пользование, и именно так названная, содержит последствия *непередачи* вещи ссудополучателю, что явно свидетельствует о непоследовательности законодателя.

Рассмотрев договор займа (ст. 807 ГК), в силу которого займодавец *передает в собственность* заемщику деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество других полученных им вещей того же рода и качества, и кредитный договор (ст. 819 ГК), в силу которого специальный субъект гражданского оборота – банк или иная кредитная организация –

обязуется *предоставить* денежные средства (кредит) в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее, можно сделать вывод, что и в данном случае законодатель непоследователен. Обязательства, возникающие из этих двух договоров, по своей природе являются односторонними: и в том и в другом случае происходит передача заемщику денежных средств в собственность на определенных законом или соглашением сторон условиях возврата. Поэтому и действия по исполнению односторонних обязательств должны определяться одинаково. Однако законодатель определяет, что действия по исполнению займодателем своего обязательства из соглашения о займе представляют собой *передачу* денежных средств в собственность, а при заключении кредитного договора займодавец в силу законодательного закрепления обязан совершить уже иное действие, а именно – *предоставить* денежные средства заемщику. Таким образом, и в данном случае в определении и законодательном закреплении действий по исполнению обязательств единообразие отсутствует.

Такое положение дел вызывает различные проблемы правоприменения. Так, например, один из способов защиты нарушенных прав согласно ст. 12 ГК есть пресуждение к исполнению обязанности в натуре. Для предъявления требования о защите существуют общие основания, к которым относятся наличие права, о защите которого просим, и факт его нарушения, который может выражаться в различных действиях нарушителя. К специальным основаниям следует отнести вид нарушения, от которого зависит выбор способа защиты. Представляется, что вид способа защиты определяется и тем, какие действия нарушителя потребны для восстановления или «возрождения» нарушенного права, если это возможно, либо для восстановления социальной сферы потерпевшего. Возникает вопрос: применительно к обязательственным отношениям речь в статье идет о действии или о предмете действия? Если положения ст. 12 ГК сопоставить с нормой ст. 1082, то получается вроде бы о предмете исполнения по

обязательству, но если проанализировать п. 1 ст. 396 ГК в совокупности с нормами ст.ст. 397 и 723 ГК, то надо сделать вывод, что и о действиях тоже.

Проблема исполнения обязательства в натуре более всего, как это ни странно, проявилась в денежных обязательствах. Приняв за аксиому, что обязательства подразделяются на те, которые можно исполнять в натуре, и денежные, наука и практика столкнулись с проблемой применения ст. 395 ГК РФ. Вместе с тем, денежные обязательства также можно подразделить на те, в которых деньги работают «в натуре», т.е. как особого рода товар, способный приносить доход, и те, в которых деньги есть средство платежа и только. Речь идет о подразделении так называемых денежных обязательств на те, которые возникают по поводу действий обеих сторон с деньгами, и те, в которых деньги передает только одна сторона взамен действий другой стороны по передаче в собственность товара, по предоставлению во владение и пользование имущества, по выполнению работ или оказанию услуг. Поэтому весьма странным выглядит предложение определять денежные обязательства как правоотношения, содержанием которых являются право требования кредитора и корреспондирующая ему обязанность должника совершить **уплату** или **платеж**, понимая под платежом **действие по передаче суммы денег** [2. С. 11]. Дело в том, что передача денег – это не всегда платеж. Было бы странно понимать как платеж передачу денег займодавцем. Во-первых, платеж осуществляется за что-то (за товар, за услуги, за использование какого-либо имущества, в том числе, например, денег); а во-вторых, это обязанность, исполняемая либо предварительно, либо непосредственно, либо впоследствии. Как известно, природа действия по передаче денег займа или в кредит совершенно иная.

Автор уже названного пособия подразделяет все денежные обязательства на обязательства передачи денег как предмета договора и передачи денег как цены договора и предлагает определить их как два типа обязательств – **обязательств, необходимо предполагающих передачу денежной суммы, не существующих без таковой, и**

обязательств, лишь допускающих такую передачу постольку, поскольку их стороны рассматривают друг друга как участников товарооборота [2. С. 22]. Однако во-первых, вряд ли может возникнуть и начать существовать обязательство купли-продажи, если покупатель лишь допускает передачу денег в платеж за товар, а не возлагает на себя эту обязанность «как вериги». А во-вторых, никто не сомневается в том, что, например, для банков деньги есть не что иное как товар, единственно возможный для оборота с их участием. И здесь надо согласиться с уважаемым автором, что «вряд ли обязательство уплатить покупную цену вещи, возникшее из договора купли-продажи, будет абсолютно юридически эквивалентно обязательству предоставить кредит» [2. С. 21].

Также вряд ли можно сомневаться, что различное понимание и толкование одного и того же термина применительно к действиям по исполнению обязательств недопустимо так же, как и определение одним и тем же термином различных по своей правовой природе действий. Но подобное довольно часто встречается в литературе. Так, например, несмотря на то, что термин «передача» определен нормативно, некоторые авторы берут на себя смелость определять его по собственному усмотрению: «термин «передача», – говорится в одной из работ, – должен означать передачу владения от одного лица другому, т.е. возможности своей волей воздействовать на документ и в результате извлекать полезные свойства удостоверяемого им права требования либо решить его правовую судьбу» [3]. Попробуйте только представить себе акт реального воздействия на документ. Уверяем, что результат будет совершенно иной, нежели утверждает автор приведенной цитаты. А ведь гражданское право призвано упорядочивать не какие-то воображаемые действия, а то, что реально происходит на практике, воплощаясь в поведение конкретных людей в отношении конкретных предметов и явлений.

Поэтому наш главный вывод в том, что законодательные определения действий по исполнению договорных обязательств должны быть приведены в соответствие с целями соглашений, заключаемых для уста-

новления обязательств. Но пока этого не произошло, практика использования конструкций гражданско-правовых договоров должна опираться на единство понимания цели договорного обязательства и вида действий по его исполнению. Это требует конкретизации действий как способов исполнения обязательств с учетом разнообразия целей человеческой деятельности и моделей ее гражданско-правового регулирования.

Библиографический список

1. *Белов В.А.* Гражданское право: Общая и Особенная части: учебник / В.А.Белов. М., 2003.
2. *Белов В.А.* Денежные обязательства: учеб. пособие / В.А.Белов. М.: Эксмо, 2007. С. 11.
3. *Бушев А.Ю.* Об экономическом и юридическом значении родового понятия ценной бумаги / А.Ю.Бушев. Закон. 2006. №7.
4. *Керимов Д.А.* Законодательная техника: науч.-метод. и учеб. пособие / Д.А.Керимов. М., 2000.
5. *Комментарий к ГК РФ части первой* / под ред. Т.Ю.Абовой, А.Ю.Кабалкина. М. 2002.
6. *Сарбаш С.В.* Исполнение договорного обязательства / С.В.Сарбаш. М., 2005.
7. *Степанов Д.И.* Услуги как объект гражданских прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Д.И.Степанов. М., 2004.
8. *Тарасов Н.Н.* Методологические проблемы юридической науки / Н.Н.Тарасов. Екатеринбург, 2001.

ACTIONS TO EXECUTE THE CONTRACT COMMITMENTS

L.F.Chegovadze

Nizhegorodsky Commercial Institute, 603950, Nizhniy Novgorod, Lenina street, 27

E.A.Kondratyeva

Nizhegorodsky State University, 603022 Nizhniy Novgorod, Prospekt Gagarina, 33

The problems of the contract commitments execution are analyzed. The contents is defined of the parties' actions on the civil legal contract execution.

Keywords: contract commitment, transfer of an object, execution of the contract commitment, purpose of the contract commitment

ДОГОВОР КАК ОСНОВАНИЕ ИЗМЕНЕНИЯ ЗАКОННОГО РЕЖИМА ИМУЩЕСТВА СУПРУГОВ

Т.В.Шершень

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Пермского государственного университета, 614990, Пермь, ул. Букирева, 15

Брачный договор рассматривается как единственно возможное основание изменения законного режима имущества супругов в действующем гражданском и семейном законодательстве Российской Федерации.

Ключевые слова: брачный договор, законный режим имущества супругов, изменение законного режима имущества супругов

Впервые в России изменение режима общей совместной собственности супругов стало возможным с 1 января 1995 г. – после вступления в силу ч. I Гражданского кодекса Российской Федерации [9]. В п. 1 ст. 256 ГК РФ закреплено диспозитивное правило: «Имущество, нажитое супругами во время брака, является их совместной собственностью, если договором между ними не установлен иной режим этого имущества». Именно благодаря появлению данной диспозитивной нормы в российском законодательстве супругам была предоставлена возможность самостоятельного установления в договорном порядке наиболее устраивающего их правового режима в отношении имущества, нажитого в период брака. Вместе с тем, предоставив возможность отступления от режима общей совместной собственности, законодатель не закрепил в Гражданском кодексе РФ положений, регламентирующих понятие данного договора, его форму и содержание, порядок заключения, изменения и расторжения и т.д. Можно с уверенностью сказать, что отсутствие в кодифицированном акте гражданского законодательства России специальных положений о договоре, предоставляющем право супругам изменить режим общей совместной собственности, не было случайным. По традиции эту миссию должен был выполнить кодифицированный акт семейного законодательства. Семейный кодекс Российской Федерации (далее – СК РФ) [3] не только дал понятие брачного договора и определил его основные положения, но и

поставил точку над «і» в дискуссии о договоре, посредством которого может быть изменен режим общей совместной собственности супругов, именуемый в соответствии с гл. 7 *законным режимом*. Семейный кодекс Российской Федерации предоставил супругам (в том числе будущим) возможность выбора между законным и договорным режимом. На смену длительному периоду императивного регулирования имущественных отношений супругов пришло диспозитивное регулирование, предоставившее право свободного распоряжения нажитым в браке имуществом с учетом социально-экономических условий и уклада жизни семьи, исходя из конкретных обстоятельств объективной реальности и с учетом частных интересов супругов. Именно брачный договор позволил отступить при регулировании правоотношений по поводу супружеского имущества от режима общей совместной собственности¹, предоставив супругам право установить договорный режим имущества посредством закрепления режима общей долевой, совместной или раздельной собственности, а также их комбинации как на все имущество, приобретаемое в бра-

¹ Аналогичной позиции придерживаются С.И.Реутов, И.С. Закалина, справедливо обращая внимание на то, что «поскольку в нашей стране действует презумпция законного режима имущества супругов (т.е. режима общей совместной собственности – п. 1 ст. 33 СК РФ), то это означает, что имущество, приобретенное супругами в период их совместной жизни, предполагается их общей совместной собственностью. А потому иной режим собственности может быть установлен супругами только в том случае, если они заключили соответствующий брачный договор» [6. С. 9.].

ке, так и на отдельные его виды. В соответствии с п. 1 ст. 42 СК РФ брачным договором супруги вправе изменить установленный законом режим совместной собственности, установить режим совместной, долевой или раздельной собственности на все имущество супругов, на его отдельные виды или на имущество каждого из супругов. Данный вывод имеет существенное значение для понимания и правовой оценки неоднозначно складывающейся правоприменительной практики.

В практической деятельности органов, осуществляющих государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, имеют место случаи, когда при отсутствии брачного договора на государственную регистрацию представляется договор купли-продажи, по которому квартира переходит супругам на праве общей долевой, а не общей совместной собственности. Договор купли-продажи, равно как и любой другой договор, опосредующий возмездное отчуждение имущества в собственность, не может рассматриваться в качестве договора, изменяющего режим общей совместной собственности супругов. Такой договор может иметь право на существование лишь при наличии у супругов брачного договора, закрепляющего их право на изменение законного режима и установление режима, например, общей долевой собственности в отношении недвижимого имущества, приобретаемого в браке. Даже если брачный договор был заключен сроком на один год и в период его действия по гражданско-правовому договору супругами была приобретена в общую долевую или раздельную собственность недвижимость, такой договор не нарушает положений действующего законодательства и имеет право на существование. Ни договор купли-продажи, ни договор мены, ни какой-либо иной гражданско-правовой договор, исходя из целей правового регулирования, не предоставляет супругам права отступить от установленного в законе режима общей совместной собственности. Даже тогда, когда какое-либо недвижимое имущество приобретается по возмездному договору в период брака и регистрируется на имя одного из супругов, оно в силу действующей презумпции общей

совместной собственности признается принадлежащим обоим супругам. Данная презумпция может быть опровергнута только в судебном порядке², при этом бремя доказывания ложится на супруга, не согласного с существующим положением вещей.

Нормы, определяющие содержание брачного договора, позволяют супругам не только изменить установленный законом режим общей совместной собственности супругов, но и определить свои права и обязанности по взаимному ее содержанию, способы участия в доходах друг друга, порядок несения каждым из супругов семейных расходов; определить имущество, которое перейдет каждому из супругов после расторжения брака, а также включить любые иные положения, касающиеся имущественных отношений супругов, при условии, что они не противоречат основным началам семейного законодательства и не ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение (ст. 42 СК РФ). Такие широкие возможности, предоставленные супругам посредством брачного договора, приводят отдельных ученых к выводу о том, что брачный договор может быть смешанным договором, включающим в себя элементы различных гражданско-правовых договоров [6. С. 29; 5. С. 185], а потому определить долю каждого супруга и, например, подарить её другому супругу они вправе

² В связи с этим вызывает явное недоумение разъяснение, подготовленное отделом работы с законодательством Верховного Суда Российской Федерации по вопросу: «Необходимо ли органам, осуществляющим государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, в обязательном порядке регистрировать право общей совместной собственности супругов в случае, если стороной сделки является один из них, либо нужно регистрировать только право собственности лица, указанного в договоре?» Ответ: «Так как действующее законодательство предоставляет супругам право самим решать вопросы совместной собственности, а также право совершения сделок с ней, то в случае, когда в договоре указан в качестве собственника только один супруг, органы, осуществляющие государственную регистрацию прав на недвижимое имущество, а также сделок с ним, должны зарегистрировать право собственности за лицом, указанным в договоре. В случае несогласия другой супруг имеет право обратиться в суд с требованием о признании за ним права совместной собственности на приобретенное имущество.» // (Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за второй квартал 2002 г.).

ве по одному договору, который приобретает черты смешанного договора, что само по себе допустимо и не противоречит действующему законодательству [10. С. 185].

Наконец, в пользу брачного договора как единственно возможного способа изменения законного режима имущества супругов свидетельствуют закрепленные в ст. 46 СК РФ гарантии прав кредиторов при заключении, изменении или расторжении брачного договора. В целях обеспечения стабильности гражданского оборота в качестве гарантий осуществления прав кредитора как слабой стороны правоотношения предусмотрена обязанность супруга-должника по уведомлению своего кредитора (кредиторов) о заключении, изменении или о расторжении брачного договора. При невыполнении этой обязанности супруг отвечает по своим обязательствам независимо от содержания брачного договора, т.е. так, как если бы брачного договора не было и действовал бы законный режим имущества супругов. Следует заметить, что такой обязанности не закреплено за супругом (супругами) ни при заключении соглашения о разделе супружеского имущества³, ни при заключении, изменении, расторжении никакого иного договора⁴.

В литературе не высказано однозначной позиции по вопросу отсутствия (наличия) в норме ст. 46 СК РФ обязанности суп-

³ По мнению Т.В.Красновой, «представляется целесообразным применение указанной нормы и к соглашениям о разделе общего имущества супругов» [4. С. 141].

⁴ Следует заметить, что ст. 74 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11.02.1993 №2263-1 (ред. 18.10.2007 №230-ФЗ) предусмотрена выдача нотариусом свидетельства о праве собственности на долю в общем имуществе по совместному заявлению супругов: «Нотариус по совместному письменному заявлению супругов выдает одному из них или обоим супругам свидетельства о праве собственности на долю в общем имуществе, нажитом за время брака». Справедливости ради заметим, что раздел имущества супругов (выдел доли) может производиться как в судебном, так и в добровольном порядке. В добровольном порядке раздел имущества супругов может быть произведен как на основании соглашения о разделе, так и на основании брачного договора. Никаких иных вариантов действующее семейное законодательство не предусматривает. По мнению Е.А. Чефрановой «определение доли каждого из супругов в праве собственности есть не что иное, как частный случай соглашения о разделе общего имущества» [10. С.187].

руга раскрывать содержание брачного договора своему кредитору [1. С. 169; 3. С. 163-164; 4. С. 140; 6. С. 228]. Считаем, что обязанность раскрыть содержание отдельных положений брачного договора естественно предопределена целью введения ст. 46 СК РФ – гарантировать соблюдение интересов кредиторов. Реально же гарантировать интересы кредиторов можно не столько путем возложения на плечи супруга-должника обязанности уведомления своего кредитора о самом факте заключения, изменения и (или) расторжения брачного договора, сколько обязав его раскрыть содержание брачного договора в части положений, которые напрямую касаются изменения законного режима имущества супругов, а также особенностей правового положения объектов, на которые в случае неисполнения обязательства супруга-должника может быть обращено взыскание.

На практике существует большое количество вопросов о применении брачного договора, соотношении брачного договора и соглашения о разделе общего имущества супругов.

В соответствии со ст. 41 и 38 СК РФ брачный договор так же, как и соглашение о разделе имущества супругов, может быть заключен в период брака. Таким образом, брачный договор заключается между супругами и удостоверяется нотариусом в любое время, пока супруги находятся в браке. Брак, расторгаемый в органах записи актов гражданского состояния, прекращается со дня государственной регистрации расторжения брака в книге регистрации актов гражданского состояния, а при расторжении брака в суде – со дня вступления решения суда в законную силу (п. 1 ст. 25 СК РФ). Таким образом, фактически получается, что супруги, даже подавшие заявление о расторжении брака в органы ЗАГС, а при решении дела в суде, даже получившие решение суда на руки, все еще могут заключить брачный договор.

Думается, что нотариус при решении вопроса о том, какой же документ удостоверить – брачный договор или соглашение о разделе имущества супругов – прежде всего

должен исходить из фактических обстоятельств дела. Выяснить (в процессе беседы), каковы истинные намерения супругов установления раздельной собственности каждого из супругов на совместно нажитое имущество. Ведь цели этих двух институтов – брачного договора и соглашения о разделе имущества супругов – весьма различны.

Основная цель брачного договора – определение правового режима имущества супругов или лиц, вступающих в брак, и иных имущественных взаимоотношений. Исходя из смысла ст. 40-42 СК РФ брачный договор заключается в связи с делящимися брачными отношениями. Следовательно, супругам, которые приняли решение о прекращении брака и совершили направленные во исполнение этих намерений действия (подали заявление о расторжении брака в орган ЗАГС или в суд), следует дать рекомендацию о заключении не брачного договора, а соглашения о разделе супружеского имущества.

Целью соглашения о разделе имущества супругов является прекращение режима общей совместной собственности на имущество, нажитое супругами во время брака. В соответствии со ст. 38 СК РФ раздел общего имущества супругов может быть произведен как в период брака, так и после его расторжения по требованию любого из супругов (бывших супругов). Супруги, заключающие соглашение о разделе имущества, ограничены кругом имущественных вопросов, которые могут быть урегулированы: они могут определить правовой режим лишь имущества, нажитого во время брака. Не допускается включение в соглашение о разделе имущества супругов положений, которые касаются будущего имущества супругов; также невозможно изменить режим имущества, принадлежащего каждому из супругов (добрачное имущество, имущество, полученное в дар, в порядке наследования или по иным безвозмездным сделкам) [5. С. 29].

Семейный кодекс РФ не выделяет существенных условий брачного договора, как это предусмотрено в ст. 432 ГК РФ для гражданско-правовых договоров. Анализ

легального определения понятия брачного договора позволяет сделать вывод о том, что существенным условием его является предмет, в качестве которого выступает установление имущественных прав и обязанностей супругов, позволяющее изменить законный режим имущества супругов. В литературе высказана точка зрения, согласно которой существенным условием брачного договора является изменение хотя бы одного имущественного права или одной имущественной обязанности супруга, которые обычно подпадают под законный режим имущества супругов, на будущее время [2. С. 369]. По мнению А.А.Иванова, именно этот признак позволяет разграничить брачный договор и соглашение о разделе имущества супругов. Соглашение о разделе имущества супругов всегда ретроспективно, оно направлено в прошлое. Брачный же договор должен установить хотя бы одно правило, рассчитанное на применение в будущем – как в браке, так и при его расторжении. В целом соглашаясь с позицией А.А.Иванова, Е.А.Чефранова вносит следующее уточнение: «существенным условием брачного договора является не изменение отдельно взятого имущественного права или обязанности, а изменение посредством установления прав и обязанностей правового режима имущества супругов по сравнению с установленным законом режимом общности приобретений». Таким образом, качественным критерием, позволяющим отграничить брачный договор от других соглашений, заключаемых супругами, по мнению Е.А.Чефрановой, выступает «направленность на изменение установленного законом режима имущества супругов» [10. С. 144-145.].

Что касается субъектов, то субъектами брачного договора могут выступать супруги и будущие супруги, тогда как соглашение о разделе общего имущества супругов могут заключать супруги, а также бывшие супруги [11. С. 44.].

Согласно п. 2 ст. 38 СК РФ соглашение о разделе общего имущества супругов не требует обязательного нотариального удостоверения.

Брачный договор заключается в письменной форме и подлежит обязательному нотариальному удостоверению (п. 2 ст. 41 СК РФ). Несоблюдение нотариальной формы брачного договора влечет его недействительность (п. 1 ст. 165 ГК РФ).

Таким образом, семейным законодательством установлены различия по субъектному составу, форме, содержанию и целям заключения брачного договора и соглашения о разделе общего имущества супругов.

И соглашение о разделе общего имущества, и брачный договор заключаются по поводу имущества супругов. Тем не менее, только для раздела общего имущества нет смысла заключать брачный договор. Ведь в результате раздела исчезает общее имущество, а значит, и не появляется никакого договорного режима имущества супругов. Однако никто не мешает супругам при заключении брачного договора разделить уже имеющееся имущество на праве общей совместной собственности. В то же время трансформация режима общей совместной собственности супругов в общую долевую собственность требует заключения брачного договора. Простым соглашением о разделе общего имущества здесь не обойтись.

Представляется, что наличие между супругами действующего брачного договора, в котором согласован режим собственности на все имущество (как имеющееся, так и будущее), исключает возможность раздела общего имущества по договору (соглашению) о разделе. В указанной ситуации по смыслу п. 1 ст. 42 СК РФ все имущественные права и обязанности супругов следует определять именно в соответствии с действующим брачным договором. В случае возникновения необходимости раздела имущества, на которое брачным договором установлен режим совместной собственности, супругам следует руководствоваться положениями брачного договора. Если же брачным договором не предусмотрен поря-

док такого раздела, стороны могут соглашением изменить условия договора с соблюдением требования о нотариальной форме (п. 1 ст. 43 СК РФ).

Разграничение соглашения о разделе общего имущества супругов и брачного договора имеет важное – не только теоретическое, но и практическое – значение.

Библиографический список

1. *Антокольская М.В.* Семейное право: учебник / М.В.Антокольская. М.: Юрист, 2002.
2. *Гражданское право: учебник / под ред. Толстого Ю.К., Сергеева А.П.* М.: Проспект, 2001. Т. 3.
3. *Комментарий к Семейному кодексу РФ / под ред. И.М.Кузнецовой.* М.: Юрист, 2002.
4. *Краснова Т.В.* Правовой режим имущества супругов / Т.В.Краснова. Тюмень, 2007.
5. *Полозов В.Н.* О соотношении понятий брачного договора и соглашения о разделе общего имущества супругов / В.Н.Полозов, Е.В.Ионова // Юрист. 2002. №11.
6. *Пчелинцева Л.М.* Семейное право России: учебник / Л.М.Пчелинцева. М.: Норма – Инфра-М, 1999.
7. *Реутов С.И.* Брачный контракт / С.И.Реутов, И.С.Закалина. Пермь, 2007.
8. *Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 №223-ФЗ (ред. 30.06.2008 №106-ФЗ) // СЗ РФ. 01.01.1996. №1. Ст. 16.*
9. *Федеральный закон от 30.11.1994 №52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»// СЗ РФ. 1994. №32. Ст. 3302.*
10. *Чефранова Е.А.* Имущественные отношения супругов: научно-практическое пособие. М.: Эксмо, 2008.
11. *Чефранова Е.А.* Сделки, заключаемые между супругами / Е.А.Чефранова // Юрист. 2005. №1.

***A CONTRACT AS A REASON OF CHANGING THE LEGAL ROUTINE
OF SPOUSES' PROPERTY***

T.V.Shersten

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

A marriage contract is considered as the only possible legal reason of changing the legal routine of spouses' property in current civil and family legislature of the Russian Federation.

Keywords: Marriage contract, legal status of the conjoints' property, change of the legal status of the conjoints' property

IV. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

О ГРАЖДАНСКОЙ СЛУЖБЕ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (ТРУДОПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

Т.М.Абайдельдинов

кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой трудового права и гражданского процесса
Казахского национального университета, Республика Казахстан, г. Алматы, пр. Аль-Фараби, 71

В статье в аспекте сравнительного правоведения рассматриваются некоторые вопросы государственной службы в Республике Казахстан и в Российской Федерации.

Ключевые слова: гражданская служба, Казахстан

Казахским трудовым законодательством предусмотрено правило, согласно которому особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников устанавливаются Трудовым кодексом и иными законами Республики Казахстан. При этом указанные законы не должны снижать уровень прав, свобод и гарантий, установленных Трудовым кодексом (ч. 3, 4 ст. 9 Трудового кодекса Республики Казахстан). В отличие от Трудового кодекса РФ, казахстанский закон не раскрывает понятие термина «особенности правового регулирования труда». Так, к примеру, ст. 251 Трудового кодекса РФ устанавливает, что особенности труда – это нормы, частично ограничивающие применение общих правил по тем же вопросам либо предусматривающие для отдельных категорий работников дополнительные правила [4]. То есть данная статья предлагает два специфических метода правового регулирования труда: а) частичное ограничение применения общих правил, по существу ограничение прав и возложение дополнительных обязанностей; б) закрепление дополнительных правил для отдельных категорий работников.

Это означает, что российский законодатель закрепляет в законе принцип дифференциации в правовом регулировании труда с учетом объективных и субъективных факторов, который органично связан с принци-

пом равенства прав и возможностей работников. В основе дифференцированного подхода к участникам трудового правоотношения лежат такие критерии, как особенности разных субъектов труда, в том числе и половозрастные (несовершеннолетние работники, женщины и иные лица с семейными обстоятельствами); особенности и условия производства и труда (лица, работающие вахтовым методом, надомные работники); специфика трудовой функции работника (руководитель и члены коллегиального исполнительного органа юридического лица) и др. Посредством дифференцированного (неодинакового) подхода к различным субъектам труда в зависимости от установленных законом общественно значимых обстоятельств создаются благоприятные, справедливые условия труда для всех категорий работников. Тем самым обеспечивается реализация одного из важнейших принципов правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ним отношений – принципа равенства прав и возможностей всех работников (ст. 2 ТК [2. С. 511]).

По мнению К.Я.Ананьевой, нормы раздела Трудового кодекса РФ, а также иных федеральных законов, устанавливающих особенности регулирования труда отдельных категорий работников, заменяют общие нормы трудового законодательства по тем же вопросам. При этом действует принцип: наличие особой нормы исключает

применение общей [1. С. 309]. Исходя из вышеизложенных общетеоретических положений, касающихся дифференцирования труда отдельных категорий работников, зададимся вопросом о необходимости выделения специальных норм, направленных на регламентирование трудовых отношений особой группы работников – гражданских служащих. Ответ на заданный вопрос можно найти, проведя краткий сравнительно-правовой анализ законодательства о гражданской службе Республики Казахстан и Российской Федерации.

Согласно подп. 1 п. 1 ст. 1 Трудового кодекса Республики Казахстан гражданская служба есть профессиональная деятельность гражданских служащих по исполнению должностных полномочий, направленная на реализацию задач и функций казенных предприятий, государственных учреждений и осуществление технического обслуживания и обеспечение функционирования государственных органов. Соответственно, гражданский служащий – лицо, занимающее в установленном законодательством Республики Казахстан порядке оплачиваемую штатную должность в казенных предприятиях, государственных учреждениях и осуществляющее должностные полномочия в целях реализации их задач и функций, а также осуществления технического обслуживания и обеспечения функционирования государственных органов. Из данного определения вытекает, что определяющими признаками, характеристиками государственной службы являются профессиональная деятельность работников а) в казенных предприятиях; б) в государственных учреждениях; в) в государственных органах по осуществлению технического обслуживания и их обслуживания.

Общим критерием для юридических лиц, являющимися работодателями в отношении гражданских служащих, выступает их принадлежность к государственной форме собственности. Работники, выполняющие должностные обязанности в казенных предприятиях – предприятиях, основанных на праве оперативного управления, – являются гражданскими служащими. Однако профессиональная деятельность работников на предприятиях, основанных на праве хо-

зяйственного ведения, являющимися, как и казенные предприятия, видом государственного предприятия (ст. 102 Гражданского кодекса Республики Казахстан), также является гражданской службой, а работник относится к категории гражданских служащих, хотя учреждения является некоммерческим предприятием. Следовательно, определяющим в определении понятия гражданской службы являются принадлежность предприятия и учреждения к государственной форме собственности.

Однако государственная форма собственности никаким образом не отразилась на наименовании этой категории работников, которая, если рассуждать логично, как и в Российской Федерации, должна быть названа «государственная гражданская служба». Конечно, дело не столько в наименовании этой службы, а сколько в ее связи с государственной службой, что является основополагающим в создании и функционировании такой службы. Так, в соответствии со ст. 3 Федерального закона Российской Федерации «О государственной гражданской службе Российской Федерации» принятого Государственной Думой 7 июля 2004 г. и одобренного Советом Федерации 15 июля 2004 г., государственная гражданская служба есть вид государственной службы [3. С. 4]. Система государственной службы РФ включает в себя виды и уровни государственной службы. К видам государственной службы отнесены: 1) государственная гражданская служба; 2) военная служба; 3) правоохранительная служба. Здесь необходимо подчеркнуть, что в проекте Закона Республики Казахстан «О гражданской службе» предусматривалось, что гражданская служба – это профессиональная деятельность гражданских служащих, не являющихся государственными служащими. В этом проекте была заложена норма, которая явно дистанцировала данную службу от государственной службы.

С нашей точки зрения, Трудовой кодекс Республики Казахстан, насчитывающий двенадцать статей, регулирующих профессиональную деятельность гражданских служащих, в отсутствие соответствующего специализированного закона о гражданской службе явно уступает анало-

гичному российскому закону, содержащему семьдесят четыре статьи. Те незначительные особенности, которые отражены в правовом регулировании труда гражданских служащих в Казахстане, не могут служить социальным, экономическим, организационным либо иным основанием для обособления этой категории работников. Вот почему, как полагаем, необходимо обратиться к законодательному опыту Российской Федерации, в которой гражданская служба является государственной и относится к виду государственной службы.

С нашей точки зрения, законодательство о гражданской службе в любом современном государстве по своей социальной и

юридической сущности должно быть проникнуто правовыми идеями, отражающими реальное состояние гражданского общества, его политико-государственное устройство и другие подобные факторы.

Библиографический список

1. *Комментарий* к Трудовому Кодексу РФ / под ред. К.Я.Ананьевой. М., 2002.
2. *Комментарий* к Трудовому Кодексу РФ / отв. ред. Е.Н.Сидоренко. М., 2005.
3. *Российская гражданская служба: Нормативные документы* / сост. В.Д.Граждан. М., 2005.
4. *Трудовой кодекс* РФ. М., 2003.

ON A PUBLIC SERVICE IN REPUBLIC OF KAZAKHSTAN AND THE RUSSIAN FEDERATION (LABOUR LAW ASPECT)

T.M.Abaideldinov

Kazakh National University, Republic Kazakhstan, Almaty, str. Al-Faraby, 71

Some questions of a public service of Republic of Kazakhstan and the Russian Federation are examining in this article using methods of a comparative law.

Keywords: public service, Kasakhstan

**ИЗМЕНЕНИЕ ОПРЕДЕЛЕННЫХ СТОРОНАМИ УСЛОВИЙ
ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ПО ПРИЧИНАМ, СВЯЗАННЫМ
С ИЗМЕНЕНИЕМ ОРГАНИЗАЦИОННЫХ ИЛИ
ТЕХНОЛОГИЧЕСКИХ УСЛОВИЙ ТРУДА: ОБЩИЕ ПРАВИЛА**

Л.Ю.Бугров

доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой трудового права и права социального обеспечения Пермского государственного университета, 614990, Пермь, ул.Букирева, 15

Критически осмысливается своеобразная российская конструкция, сложно названная и сложно раскрываемая в ст. 74 Трудового кодекса РФ. Вносятся предложения, нацеленные на совершенствование отечественного нормативного регулирования по данному кругу вопросов.

Ключевые слова: трудовой договор, изменение условий трудового договора, условия труда

Авторы работ в области разных общественных наук со времен Платона и до наших дней с большим интересом исследуют влияние организации производства на результаты труда. Организация производства обычно рассматривается как система, включающая в себя организацию труда в этом производстве в качестве подсистемы [4. С. 320-399]. В принципе можно согласиться с Л.П.Владимировой, давшей определение организации труда, которую, по ее мнению, следует рассматривать как систему использования труда работников, обеспечивающую его функционирование с целью достижения полезного эффекта [1. С. 120]. На макроэкономическом уровне все нормы трудового права выступают как некая целостность, гарантирующая сложившуюся организацию труда работников в обществе и опосредующая ее в юридических правилах. На микроэкономическом уровне соотношение трудового права и организации труда динамичнее и, как представляется, сложнее. Главное в таком соотношении здесь усматривается в том, что организация труда у определенного работодателя детерминирует его трудовые решения. Изменение определенных сторонами условий трудового договора по причинам, связанным с изменением организационных или технологиче-

ских условий труда, выступает наглядным тому доказательством.

Прообраз рассмотренных ниже правил в отечественном трудовом праве появился еще в СССР: 4 февраля 1988 г. были изменены Основы законодательства Союза СССР и союзных республик о труде, принятые в 1970 г. Через день среди тех трудово-правовых перемен, которые ознаменовали собой этап развития советского общества, называемый перестройкой, появились новеллы в ст. 25 и 29 КЗоТ 1971 г. Обновления в трудовом праве диктовались в основном тем, что в условиях перестройки стали особо очевидными огромные задачи по улучшению организации производства (в том числе организации труда) в нашей стране. Одновременно было признано, что многие из сложившихся конструкций советского трудового права далеко не полно соответствуют оптимальному разрешению указанных задач. По сути дела, тогда советское государство начало исходить из того, что нельзя, пусть даже и сугубо формально, ставить в зависимость от добровольного согласия работника важные аспекты в оптимизации производства, включая труд. Публичный интерес диктовал целесообразность введения новых для того времени трудово-правовых конструкций. Они, главным образом, заключались в том, что работодатели получили формальную возможность увольнять в

особом порядке работников, которые не соглашались с предложенными им изменениями существенных условий труда, если соответствующие изменения в свою очередь объяснялись изменениями в организации производства и труда. Такое увольнение не расценивалось в качестве расторжения трудового договора по инициативе работодателей.

Можно предположить, что то была модифицированная рецепция норм, сложившихся ранее в ряде европейских государств. Например, как верно отмечает К.Л.Томашевский, в австрийском и германском трудовом праве изменение трудового договора регулируется применительно к увольнению в связи с изменением трудового отношения. Такому увольнению предшествует предупреждение работника об изменении договора [6. С. 25].

Примечательной была реакция судебной практики на подобные нововведения в отечественном трудовом праве. Сначала почти повсеместно суды отказывались признавать отличия нового в то время явления в отечественном трудовом праве от привычных регламентаций о переводах на другую работу. Но реалии в экономике «переломили» судебную практику, побудив ее признать состоятельность до этого необычной конструкции: изменение в организации производства и труда может привести к изменению существенных условий труда работника, и при его отказе от такого изменения это обуславливает увольнение работника на основании п. 6 ст. 29 КЗоТ 1971 г. (при невозможности сохранения прежних условий). К концу 90-х г. суды уже нередко поддерживали работодателей.

Здесь интересен, например, следующий юридический случай. Б. работала в должности заведующей кафедрой физиологии растений в государственном университете по трудовому договору, заключенному в устной форме и на конкретный срок. В 1992 и 1993 гг. в университете на основании ряда централизованных нормативных правовых актов произошли перемены в организации учебного процесса, а также в организации труда преподавателей. В частно-

сти, была введена система срочных письменных трудовых договоров, заключаемых, как правило, на основе конкурсного отбора. Во исполнение указанных требований ректором университета был издан особый кадровый приказ, в котором констатировалось, что переход к форме срочного трудового контракта для преподавателей (с учетом отраслевых особенностей регулирования трудовых отношений) является изменением существенных условий труда в связи с изменениями в организации производства и труда. Б., как и все другие преподаватели университета, была под роспись ознакомлена с этим приказом. Кроме того, она и еще несколько преподавателей были ознакомлены и с распоряжением декана биологического факультета о том, что у них закончился срок конкурсного избрания и из-за этого или предстоит заключить срочный трудовой контракт по результатам конкурсного отбора. Б. отказалась от росписи по поводу доведения до ее сведения данного распоряжения. В связи с этим был составлен соответствующий акт. Впоследствии Б. не подала заявления об участии в конкурсном отборе на должность заведующего кафедрой физиологии растений. Тогда ей было предложено заключить письменный срочный трудовой контракт на один год без прохождения конкурсного отбора. Подобная исключительная возможность оговаривалась в ведомственном нормативном массиве. 23 июня 1995 г. Б. деканом факультета был вручен проект контракта. При этом она была предупреждена о возможных правовых последствиях отказа от продолжения работы с измененными существенными условиями труда. 1 сентября 1995 г. и.о. ректора в присутствии свидетелей вновь предложил Б. продолжить трудовые отношения на условиях годового письменного трудового контракта. Отказ Б. был зафиксирован в акте об этом. Затем в тот же день был издан приказ об увольнении Б. на основании п. 6 ст. 29 КЗоТ 1971 г. Б. обжаловала действия работодателя в судебном порядке. Однако решением суда от 12 сентября 1996 г. ей было отказано в удовлетворении исковых требований (Архив Дзержинского суда г. Перми.

Дело №2-628-96). Последующие судебные постановления сохранили в силе указанное решение.

В рассматриваемом ракурсе характерен и такой штрих: 15 января 1998 г. на уровне правоположения, выработанного пленумом Верховного суда РФ, даже появилось одно послабление для работодателя. Суд признал: работодатель в качестве основания может ссылаться либо на изменения в организации труда, либо на изменения в организации производства. Между тем КЗоТ требовал и того, и другого, по сути, одновременно.

Наука трудового права указанные новеллы в законодательстве о труде позитивно восприняла сразу. Но часть ученых довольно долго полагала, что соответствующее основание для прекращения трудового договора необходимо относить к числу оснований, обусловленных инициативой работодателя. Эту позицию категорически предлагалось разделить в судебной практике. В основе таких суждений находилась забота о повышенной защите работников. Например, формальное включение прекращения трудового договора ввиду отказа работника от продолжения работы из-за изменения существенных условий труда в названный круг оснований автоматически исключало бы возможность этого увольнения для беременных женщин.

И тем не менее на возникшую проблему требовалось смотреть глубже. Ведь труд, включающий в себя предмет и средства труда, направленный на производство продуктов труда, предполагает постоянную и необходимую связь человека с указанными средствами, предметами и продуктами. Эта связь включает в себя техническую и экономическую составляющие. Под технической составляющей понимается практическое оперирование, а под экономической – прежде всего собственность [5. С. 116]. Отдельный работник не должен сопротивляться вытекающим из данной конструкции объективно диктуемым процессам развития. В качестве негативного примера здесь можно вспомнить реминисценцию А.Маршалла: «Медлительность прогресса в средние века

частично объясняется сознательным отвращением к образованию» [4. С. 328]. С позиций трудового права при отказе работника от действительно объективно диктуемых перемен в труде в правомерной ситуации нельзя усмотреть инициативу работодателя на увольнение этого работника. Объективно здесь выявляется инициатива работника. Другое дело – когда работодатель выдает за объективные начала свое субъективное желание уволить именно данного человека. Тогда надо констатировать нарушение всей юридической процедуры, начиная с ее фундамента, и защитить этого работника средствами трудового права.

Думается, что есть все основания считать: именно упомянутые правила стали первым «островом» рыночного взгляда на труд в социалистических устоях советского трудового права. Поэтому вполне естественно, что в 2001 г. в Трудовом кодексе РФ такие правила получили свое дальнейшее развитие. Полное наименование изучаемого явления согласно первой редакции ст. 73 звучало так: изменение существенных условий трудового договора по причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда. Эта формулировка ввиду ее многословности и определенной нелогичности провоцировала критическое восприятие, но тем не менее лишь с некоторыми переменами является данностью и на сегодня. С 6 октября 2006 г. изучаемые правила перенесены главным образом в ст. 74, название которой было обновлено. Оно и послужило в основном названием данной статьи.

В качестве начального этапа для правомерной реализации ст. 74 Трудового кодекса РФ необходимо доказать, что работодатель произвел (намерен произвести) изменение (по смыслу закона оно может быть и одно) организационных или технологических условий труда.

Понятие «изменение организационных или технологических условий труда» в российском кодифицированном законе о труде определяется посредством примерного перечня, указывающего на изменения в технике и технологии производства, структурную

реорганизацию производства, а также на другие причины. В п. 21 постановления Пленума Верховного суда РФ от 17 марта 2004 г. №2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» дополнительно указывается на совершенствование рабочих мест на основе их аттестации. Кроме того, как представляется, предъявляя доказательства изменения организационных условий, работодатель может сослаться на новое в нормировании труда, на обновление правил внутреннего трудового распорядка, а также документально оформленные перемены в структуре управления персоналом и т.п. Например, в Российской Федерации с 1 декабря 2008 г. отменена Единая тарифная сетка и введены новые системы оплаты труда в федеральных бюджетных учреждениях. Для работников каждого из них это означает изменение организационных условий труда. Что же касается дополнений в трактовке термина «изменение технологических условий труда», то на практике здесь очевидно использование приема расширительного толкования: имеются в виду и технологические перемены (введение новых приемов работы, появление новой продукции, изменение оказываемых услуг и т.д.), и технические обновления (новое оборудование, перемены в ГОСТах, новые ТУ и т.п.). В свете ФЗ РФ «О техническом регулировании», принятого Государственной Думой 15 декабря 2002 г. и подписанного Президентом РФ 27 декабря 2002 г., в ст. 74 ТК РФ вместо прилагательного «технологических» более приемлемо «технических», ибо оно обозначает более общее понятие. Ведь мы, например, говорим о научно-техническом прогрессе, презюмируя при этом и прогресс в сфере технологий. В любом случае юридическая практика в исследуемом контексте признает достоверно доказанные изменения технических условий труда.

Далее, в соответствии со ст. 74 Трудового кодекса РФ, в связи с изменениями организационных или технологических условий труда возможны два варианта последствий. Работодатель, во-первых, может ини-

цировать реализацию, условно говоря, общих правил изменения условий трудового договора. Во-вторых, он имеет право изменять лишь одно такое условие по специальным правилам – вводить режим неполного рабочего времени. Оба названных варианта в России могут быть использованы только при строгом соблюдении еще трех общих правил.

Во-первых, это правило о запрещении изменений условий трудового договора в тех случаях, когда это будет ухудшать положение работника по сравнению с условиями коллективного договора, соглашения. Значит, прежде чем применять как первый, так и второй из названных вариантов, надо изучить все имеющиеся отношение к соответствующим работникам коллективные договоры (соглашения) на предмет регулирования данными документами изменений условий трудового договора. При этом надлежит учитывать ч. 2 ст. 9 Трудового кодекса РФ: сами коллективные договоры, соглашения не могут содержать условия, снижающие уровень прав и гарантий прав работников, установленный трудовым законодательством.

Во-вторых, в соответствии с ч. 2 ст. 53 Трудового кодекса РФ представители работников имеют право получить от работодателя информацию по вопросам реорганизации производства, а также по вопросам внедрения технологических изменений, влекущих за собой изменение условий труда работников (о праве сторон трудового договора на информацию см., например, [3. С. 156-162]). Данное правило явно требует коррекции с целью достижения единства понятийного аппарата со ст. 74 Трудового кодекса РФ, а также в части определения сроков (например, в ст. 82 Трудового кодекса РФ предусмотрен двухмесячный срок сообщения). Как думается, эти и другие «случаи несозвучия» с отечественным правом возникли из-за недостаточно обдуманного заимствования фрагмента текста Хартии основных социальных прав работников, подписанной рядом членов Европейского союза 9 декабря 1989 г. Согласно ст. 18 этого юридического документа, информация,

консультация и участие работников должны особенно практиковаться в определенных ситуациях. К таковым, в частности, отнесены случаи, когда работодатели внедряют в производство технологические новшества, оказывающее серьезное воздействие на условия и организацию труда, на использование рабочей силы, а также в связи с реорганизацией или слиянием предприятий, оказывающими влияние на занятость работников [7. Р. 275-279]. Подобные примеры сближения российского права и права Европейского союза обнаруживают большие сложности этого процесса, указывают на необходимость тщательного взвешивания каждого шага с целью исключения неудач.

В-третьих, изменения условий трудового договора допускаются по инициативе работодателя, если эти условия не могут быть сохранены из-за изменения организационных или технических условий труда.

Реализуя первый из названных выше вариантов, следует четко сформулировать каждому работнику, какие условия трудового договора с ним, почему и как изменяются. При этом важно помнить, что при изменении организационных или технических условий труда невозможно изменение трудовой функции. Такое исключение, однако, не всегда распространяется на работников, заключивших трудовые договоры с работодателями – физическими лицами и религиозными организациями. Думается, что невозможность изменения трудовой функции все-таки должна распространяться и на названных работников, ибо иное решение здесь может быть расценено в качестве дискриминационного.

О введении изменений условий трудового договора и причинах этого работодатель уведомляет работника письменно, как правило, не позднее чем за 2 месяца до их введения. В ст. 306 Трудового кодекса РФ данный срок сокращен до 14 календарных дней по минимуму для работодателей – физических лиц. Согласно ч. 4 ст. 344 Трудового кодекса РФ религиозная организация обязана предупредить своего работника о необходимости изменения определяемых сторонами условий трудового договора не

менее чем за 7 календарных дней. Письменная форма уведомления, по всей видимости, может быть разнообразна и реализовываться, например, в виде документа, названного «уведомление», в качестве проекта приказа (распоряжения) и т.д. В части срока следует иметь в виду, что законодатель указывает лишь минимальный срок, максимального срока нет. Однако крайне нежелательно, чтобы на практике последнее положение абсолютизировали в том смысле, что срок уведомления может затягиваться как угодно долго. Такое поведение работодателя должно оцениваться как злоупотребление своим правом вопреки законным интересам работника.

В ситуации, когда работник не согласен на продолжение работы с новыми условиями, работодатель обязан в письменной форме предложить работнику другую имеющуюся у него работу. Это должна быть вакантная должность или работа, соответствующие квалификации и состоянию здоровья работника. При отсутствии такой должности или работы работодатель обязан искать возможности для перевода работника на вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу с учетом состояния его здоровья. Получается, что угрожающим увольнение работника условием выступает и попытка его «внутреннего» трудоустройства путем перевода на другую работу. При этом работодатель обязан предлагать все отвечающие указанным требованиям вакансии, имеющиеся у него в данной местности. Предлагать вакансии в другой местности работодатель обязан, если это предусмотрено в коллективном договоре (соглашении), либо в трудовом договоре. Работодателю не возбраняется и повторно предлагать одну и ту же вакансию. Как думается, надо предлагать работнику любой вариант перевода на работу, на которую он мог бы быть принятым, если бы решался вопрос не о переводе, а о приеме на работу.

При отсутствии такой работы или в случае отказа работника от поступивших предложений работодателя трудовой договор в современной России расторгается на основании п. 7 ст. 77 Трудового кодекса РФ

ввиду отказа работника от продолжения работы в связи с изменением определенных сторонами условий трудового договора. Примечательно, что из сравнения первоначальной редакции ч. 1 ст. 375 Трудового кодекса РФ и редакции, действующей на время издания данной статьи, легко обнаружить, что это основание с 6 октября 2006 г. не применяется в тех случаях, когда работник, освобожденный от работы в организации в связи с избранием его на выборную должность в профсоюзный орган, после окончания срока полномочий отказывается от прежней работы (должности), либо (при ее отсутствии) – от другой равноценной работы (должности). Думается, что это решение справедливо. Ведь, как отмечалось выше, перемены в трудовой функции диспозицией ст. 74 Трудового кодекса РФ не охватываются.

При прекращении трудового договора по п. 7 ст. 77 Трудового кодекса РФ с 6 сентября 2006 г. обязательна выплата выходного пособия в размере двухнедельного среднего заработка. Разумеется, что на основании ст. 8 Трудового кодекса РФ при этом могут быть задействованы локальные нормативные акты, а на основании ст. 9 – коллективные договоры и соглашения. Они могут повышать указанную гарантию.

Теперь о втором варианте поведения работодателя при изменении организационных или технологических условий труда. Он появился в России впервые благодаря Трудовому кодексу РФ. Как отмечалось, его начальные условия совпадают с условиями первого алгоритма. Остальные правила различаются. К сожалению, это не всегда учитывается на практике. Например, государственный инспектор труда выдал предписание, согласно которому директор ОАО «Чурс» обязывался принять меры по устранению нарушений законодательства о труде. В частности, в предписании указывалось на то, что после получения согласия выборного профсоюзного органа ОАО «Чурс» о введении режима неполного рабочего времени работодатель не уведомил работников в письменной форме не позднее чем за 2 месяца до их введения о том, что

существенно изменится режим труда и отдыха и, как следствие этого, понизится оплата труда. Вряд ли с таким утверждением можно согласиться, поскольку у изменения условий трудового договора по общим правилам (первый алгоритм) и у введения режима неполного рабочего времени (второй алгоритм) упомянутое в предписании правило о сроке как раз различается.

Второй вариант требует от работодателя доказать возможность массового увольнения работников из-за изменения организационных или технологических условий труда. Согласно ст. 82 Трудового кодекса РФ критерии массового увольнения определяются в отраслевых и (или) территориальных соглашениях. Такой законодательный прием представляется опасным. Например, в данном случае следует иметь в виду, что ст. 24 отечественного кодифицированного закона предусматривает в качестве одного из основных принципов социального партнерства свободу выбора при обсуждении вопросов, входящих в сферу труда. Следовательно, в отраслевых и территориальных соглашениях критериев массового увольнения может и не быть.

Для такого рода ситуаций по сложившемуся на практике обычаю используется Положение об организации работы по содействию занятости в условиях массового высвобождения, утвержденное постановлением Совета Министров Правительства РФ от 5 февраля 1993 г. Правда, в нем даны критерии не массового увольнения, а массового высвобождения. Но разница терминов на практике сейчас игнорируется. В частности, в Положении от 5 февраля 1993 г. перечислены следующие случаи: ликвидация организации с численностью работающих 15 человек и более; сокращение численности (штата) работников в количестве 50 и более человек в течение 30 календарных дней, 200 и более человек в течение 60 календарных дней, 500 и более человек в течение 90 дней. Примечательно, что во многих коллективных соглашениях просто воспроизводятся цифры этого постановления. Например, это сделано в п. 2.10. Соглашения между работодателем и профобъедине-

нием ОАО «Нефтяная компания «Лукойл» на 2003-2008 гг., принятого на собрании представителей работодателей и работников организаций группы «Лукойл» 5 декабря 2002 г. В связи с данным примером, когда отраслевой характер соглашения доказывается с трудом, возникает вопрос об обоснованности ограничения по видам коллективных соглашений в ст. 82 Трудового кодекса РФ. Думается, что в ней будет более органичен примерный их перечень.

Здесь вызывает интерес сравнение с Директивой 98/59/ЕС от 20 июля 1998 г. «О сближении законодательства государств-членов, относящегося к сокращению штатов» [6]. В этом документе разъясняется, что термин «коллективные соглашения» означает увольнения, проводимые работодателем по одному или нескольким основаниям (исключая увольнения в связи с истечением срока трудового договора) и не относящимся к конкретным работникам, если в соответствии с выбором государства-члена количество сокращаемых рабочих мест составляет 1) при сокращении в течение 30 дней как минимум: 10 рабочих мест в организациях с численностью от 20 до 100 работников; 10% рабочих мест в организациях с численностью от 100 до 300 работников; 30% рабочих мест в организациях с численностью 300 и более работников; 2) при сокращении в период 90 дней как минимум 20% рабочих мест при соответствующей численности работников.

Далее работодатель обязан доказать еще и то, что он ставит перед собой цель сохранить рабочие места и только ради этого намерен ввести режим неполного рабочего времени на срок до 6 месяцев.

Режим неполного рабочего времени может быть осуществлен в разных вариантах: неполный рабочий день, неполная рабочая смена, неполная рабочая неделя. Под вопросом их комбинации, поскольку они не оговорены прямо в Трудовом кодексе РФ. На практике же разные комбинации неполного рабочего дня и неполной рабочей недели встречаются.

В любом случае при наличии выборного профсоюзного органа работодатель до

подписания приказа о неполном рабочем времени должен учесть его мнение по правилам ст. 372 Трудового кодекса РФ. Приказ (крайне редко – распоряжение) работодателя о введении режима неполного рабочего времени в общем виде (без персонализации по работникам) нужно расценивать в качестве локального нормативного акта. Проект документа отправляется в выборный профсоюзный орган, определенный по правилам ст. 30 Трудового кодекса РФ. Такой орган не позднее 5 рабочих дней со дня получения проекта направляет работодателю свое мотивированное мнение в письменной форме. Думается, что, как правило, это должна быть выписка из протокола заседания выборного профсоюзного органа. Но здесь необходимо особо помнить о профсоюзной свободе. Ведь уставы профсоюзов могут регулировать внутренние отношения в той или иной профсоюзной системе, а значит, предусматривать иное. В случае, если мотивированное мнение выборного профсоюзного органа не содержит согласия с проектом либо содержит предложения по его совершенствованию, работодатель может согласиться с ним. Либо он обязан в течение 3 (не указано – каких, а следовательно, исходя из интересов работников – рабочих) дней после получения мотивированного мнения провести дополнительные консультации с выборным профсоюзным органом в целях достижения взаимоприемлемого решения. При недостижении соглашения возникшие разногласия оформляются протоколом, после чего работодатель вправе подписать приказ (распоряжение) о введении режима неполного рабочего времени. Такое его решение можно обжаловать. Следует обратить внимание, что в ст. 74 Трудового кодекса РФ для данного этапа не упоминается о представительном органе работников, поэтому, если нет выборного профсоюзного органа, то какой-либо другой орган его не заменяет – просто в данной ситуации данное условие не действует.

Реализовав названные правила, работодатель издает приказ (распоряжение) о введении режима неполного рабочего вре-

мени. А если работник отказывается от продолжения работы на условиях неполного рабочего времени, то работодатель имеет право относительно данного работника начать процедуру увольнения по сокращению штата или численности (п. 2 ст. 81 Трудового кодекса РФ). Увольнение на основании п. 7 ст. 77 Трудового кодекса РФ в рассматриваемой ситуации тоже возможно, но при соблюдении правил, рассмотренных выше и условно отнесенных к первому варианту.

В связи с применением п. 2 ст. 81 Трудового кодекса РФ возникают вопросы по поводу смысла фразы «При этом работнику предоставляются соответствующие гарантии и компенсации». От ее трактовки зависит очень многое. Ведь можно предположить, что речь идет только о гарантиях и компенсациях, предоставляемых после увольнения. Значение слова «работник» в смысле физического лица, состоящего в трудовых отношениях с работодателем, здесь ситуации не проясняет, ибо законодатель в Трудовом кодексе РФ использует (например, в ст. 178) и конструкцию «уволненный работник». При таком взгляде появляется возможность упрощенного порядка увольнения по сокращению численности или штата работников, когда не применяются гарантии, оговоренные в ст. 81 и 179 Трудового кодекса РФ. И тем не менее хотелось бы надеяться на то, что под словами «соответствующие гарантии и компенсации» в указанной ситуации подразумеваются все гарантии и компенсации, предоставляемые работникам в связи с увольнением по п. 2 ст. 81 Трудового кодекса РФ, включая и названные в ч. 1 ст. 81, и сформулированные в ст. 179 названного кодекса. А это значит, что в связи со ст. 74 Трудового кодекса РФ все-таки не должно быть никакого упрощенного порядка применения п. 2 ст. 81.

В России есть неясности и по поводу указания в ч. 7 ст. 74 Трудового кодекса РФ. Его, как думается, надо воспринимать в плане того, что если отмена будет производится раньше, то тогда может возникнуть вопрос о последовательной и объективной защите работников (например, в ситуации,

когда одной категории работников такой режим отменяют, а другим категориям сохраняют) через учет мнения выборного профсоюзного органа.

Анализ второго из названных алгоритмов по ст. 74 Трудового кодекса РФ свидетельствует, что им предусмотрена конструкция, насыщенная столь большим количеством претензий к работодателям, что для них конечный результат не стоит таких усилий. Современная юридическая практика не подтверждает актуальность критикуемых правил. Как представляется, их совершенно безболезненно можно удалить из отечественного нормативного массива. Прикладной смысл в них возможен только при одном обязательном условии – при разрешении ведения режима неполного рабочего времени (в порядке исключения) без согласия соответствующего работника. Но такое решение было бы не только, что называется, непопулярным, но еще и расходящимся с принципом свободы трудового договора в той его трактовке, которая типична для российской юридической ментальности.

Таковы основные правила реализации одной из самых сложных трудовые конструкции в современной России. К сожалению, на ряд важных вопросов в связи с ней пока невозможно ответить однозначно. Остается надеяться, что законодатель это учтет и в ближайшем будущем внесет в ст. 74 Трудового кодекса РФ строго взвешенные коррективы. Желательными видятся и разъяснения в руководящих актах российской судебной практики.

Что касается ситуации за рубежом, надо отметить наличие широкого спектра суждений по соответствующему кругу вопросов. Например, п. 5 ст. 35 Трудового кодекса РФ Республики Беларусь устанавливает возможность прекращения трудового договора с работником, отказавшимся от продолжения работы в связи с изменением существенных условий труда.

В странах Запада общепризнанным принципом в отношении изменений трудового договора является принцип *jus variandi*. В данных правовых системах работодатель, как правило, имеет право изменить работ-

нику условия труда, в том числе и независимо от его согласия. Временные и постоянные изменения трудового договора обусловлены, как удачно подчеркивал И.Я.Киселев, директивной властью работодателя, включающей право совершенствовать организацию производства, а значит – вносить изменения в содержание трудовых функций и всех иных существенных компонентов труда. При отказе работника возможно расторжение трудового договора с ним по инициативе как работодателя, так и самого работника [2. С. 145-146]. Национальные правила конкретизируют данные общие установки. Например, в Испании работник может ходатайствовать о прекращении действия трудового договора по мотиву существенных изменений в условиях его труда, если эти изменения наносят ущерб профессиональной подготовке, либо унижают достоинство работника. Прекращение трудового договора по технологическим или экономическим причинам по ходатайству заинтересованного работодателя должно быть утверждено специальным органом (The Labour Authority). При этом изменения возможны как в функциональном или территориаль-

ном плане, так и относительно других условий труда [9. Р. 156-171].

Библиографический список

1. *Владимирова Л.П.* Экономика труда / Л.П.Владимирова. М., 2000.
2. *Киселев И.Я.* Сравнительное и международное трудовое право / И.Я.Киселев. М., 1999.
3. *Лушникова М.В.* Очерки теории трудового права / М.В.Лушникова, А.М.Лушников. СПб., 2006.
4. *Маршалл А.* Принципы экономической науки: в 3 т. / А.Маршалл. М. 1933. Т. 1.
5. *Орлов В.В.* Философия экономики / В.В.Орлов, Т.С.Васильева. Пермь, 2006.
6. *Томашевский К.Л.* Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы / К.Л.Томашевский. М., 2006.
7. *Blanpain R., Engles Ch.* European Labour Law / R.Blanpain, Ch.Engles. Deventer, 1993.
8. *Official Journal of European Communities.* 1998. L 225/1.
9. *2001 Guide to Labour and Social Affairs.* Madrid, 2001.

A CHANGE OF CONDITIONS OF LABOUR CONTRACTS DETERMINED BY THEIR PARTIES FOR REASONS CONNECTED WITH A CHANGE OF ORGANIZATIONAL OR TECHNOLOGICAL CONDITIONS OF LABOUR: GENERAL RULES

L.Yu.Bugrov

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

The author interprets the special Russian law construction too much complexly called and too much complexly displayed in an article 74 of Labour Code of Russian Federation. He proposes amendments for the improvement of normative regulations in this field in Russia. He takes as a fundamental idea for such improvement the thought about a priority of objective economical basis in an area of a labour organization with regard to a perception of them by a personality of the concrete worker.

Keywords: labor agreement, changing of the labor agreement terms, labor conditions

**ПРАВИЛА ВНУТРЕННЕГО ТРУДОВОГО РАСПОРЯДКА
В СИСТЕМЕ ОТНОШЕНИЙ УПРАВЛЕНИЯ ТРУДОМ****М.А.Драчук**

кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права Омского государственного университета им. Ф.М.Достоевского, г. Омск, ул. 50 лет Профсоюзов, 100

В статье рассматриваются проблемы, связанные с локальными правовыми нормами в трудовом праве, их значением в российской юридической практике. Автор дает некоторые практические рекомендации и советы, улучшающие правовое положение работодателей при выборе модели взаимодействия с работниками.

Ключевые слова: правила внутреннего трудового распорядка, управление трудом

В соответствии с ч. 4 ст. 189 Трудового кодекса Российской Федерации (далее ТК РФ) правила внутреннего трудового распорядка – это локальный нормативный акт, регламентирующий в соответствии с Кодексом и иными федеральными законами порядок приема и увольнения работников, основные права, обязанности и ответственность сторон трудового договора, режим работы, время отдыха, применяемые к работникам меры поощрения и взыскания, а также иные вопросы регулирования трудовых отношений у данного работодателя. Однако, случай такой полной регламентации содержания локального акта в ТК РФ встречается довольно редко. Этот факт обусловлен тем, что правила внутреннего трудового распорядка относятся к категории основных документов, оформляющих пределы хозяйской власти работодателя, и без них слаженная и прибыльная деятельность организации находится под очевидной угрозой.

Сама по себе работодательская управленческая власть – явление сложное и многоэлементное, что делает внутренний трудовой распорядок сравнимым по принципам и структуре с административным правовым порядком государства. Этим обуславливается центральное место правил внутреннего трудового распорядка в системе локальных нормативных установлений работодателя. По существу, все остальные локальные акты трудового права, за исключением, пожалуй,

коллективного договора, являются составной частью внутреннего трудового распорядка, так как обеспечивают организацию управления трудовыми ресурсами компании. Поэтому для понимания роли и места правил внутреннего трудового распорядка в системе трудового права следует немного осветить проблему возникновения и развития института дисциплины труда.

Итак, исторически становление трудового права как самостоятельной отрасли связывается именно с определением пределов хозяйской власти работодателя, проявление которой и формирует правила внутреннего распорядка, причем не в смысле локального акта, а скорее как систему внутренних установлений относительно поведения работников. С точки зрения гражданского права труд может рассматриваться исключительно как способ выполнения обязательства, принятого на себя исполнителем, а в силу трудового договора работник должен принимать личное участие в совместном трудовом процессе, подчиняясь дисциплине, порядку, установленному в организации, выполняя распоряжения руководителей этого процесса.

Хотя в дореволюционной России основанием возникновения трудовых правоотношений был цивилистический договор личного найма, наниматель по нему определялся как хозяин работника с презумпцией неравенства сторон сделки (отсюда и историческое название управленческой власти работодателя – хозяйская). Все три существовавших в то время вида договоров лично-

го найма (наем для личного услужения в доме; наем для определенной работы; наем для любых не запрещенных законом работ) предполагали подчинение слуги или рабочего хозяйской власти [6. С. 568-569]. Нанимающийся был обязан иметь доброе поведение; быть верным, послушным и почтительным к хозяину и его семье; при исполнении работ заботиться о хозяйском интересе, отвечать за убытки от небрежения; без ведома хозяина не брать чужую работу; в случае причинения убытков и необходимости платить за них – отработать свой долг; не вправе был отойти от хозяина прежде срока, а в случае отхода – ответить за убытки.

Согласно Уставу о промышленности 1893 г. и Уложению о наказаниях хозяин, помимо прав на пользование чужим трудом при ограждении личной свободы от безусловного подчинения, был обязан: обходиться с людьми справедливо и кротко; требовать только установленного личного труда, личной работы и услуги; платить исправно установленную заработную плату за отработанное время или единицу продукции [9. С. 393-402].

Ученые в целом придерживались терминологии, закрепленной в Уставе о промышленности 1893 г., хотя, к примеру, В.Г.Яроцкий наряду с термином «хозяин» именовал нанимателей «хозяевами предприятий» и просто «предпринимателями» [15. С. 70], а немецкие исследователи В.Эндеманн и Ф.Лотмар последовательно употребляли термин «работодатель», который и закрепился на уровне доктрины, сочетаясь на русской почве с «хозяином».

Исторический смысл термина «хозяин» не носил уничижительного оттенка. Так, Л.С.Таль писал что «...хозяйская власть не исчерпывается правами работодателя, как договорной стороны, а является правовым положением, занимаемым хозяином как главою предприятия» [12. С. 22]. При этом «...хозяйская власть в смысле функции, отправляемой главою предприятия по отношению к занятым в нем лицам, проявляется в трех различных формах и направлениях. Хозяин 1) располагает наемными рабочими силами, направляя их своими приказаниями соответственно с нуждами

обслуживаемого предприятия, 2) реагирует в известных пределах и известным образом на нарушение ими должного порядка в предприятии, 3) дополняет и определяет этот порядок, осуществляя в установленных формах социальную автономию предприятия» [13. С. 486].

Хозяйская власть, по мнению Л.С.Талья, возникала на основании трудового договора и прекращалась вместе с его расторжением. Она формировала частный правопорядок предприятия, прежде всего, через правила внутреннего распорядка, которым работники должны были подчиняться. Л.С.Таль выделил три направления хозяйской власти:

– дает занятым на предприятии лицам указания и поручения, конкретизирующие их трудовые обязанности (право дирекции, или диспозитивная власть);

– принимает принудительные или карательные меры для поддержания должного порядка (дисциплинарная власть);

– единолично или путем соглашения устанавливает порядок предприятия, насколько оно, как дисциплинарное децентрализованное социальное образование, обладает способностью к самоопределению (нормативная власть) [12. С. 22-23].

Схожие классификации проявлений власти работодателя встречались достаточно часто и на протяжении всего XX столетия. Так, В.И.Савич писал, что «управление трудом на предприятии выражается в следующих видах юридической деятельности: а) правоприменительной, б) нормотворческой, в) оперативно-распорядительной» [10. С. 78].

В.Н.Смирнов указывал на существование распорядительно-дисциплинарной власти, которую делил на власть нормативную, распорядительную и дисциплинарную [11. С. 80]. Ю.В.Пенов считает более правильным говорить о том, что хозяйская власть работодателя проявляется как: 1) власть нормативная и 2) власть административно-диспозитивная (в том числе дисциплинарная). В частности, он отмечает, что в понятии «административно-диспозитивная власть» (в отличие от понятия «диспозитивная власть») проявляется публичная составляющая хозяйской власти работодателя, ко-

торый, осуществляя управление трудом на конкретном предприятии, выполняет задачу по организации правопорядка. Фактические же действия работодателя по управлению трудом охватываются диспозитивной властью. В связи с этим можно свести указанную трехчленную систему к двучленной, коль скоро к административно-диспозитивной власти относятся и власть дисциплинарная, и «правоприменительная и оперативно-распорядительная» деятельность юридического лица в целом [8. С. 74-75].

М.В.Лушникова и А.М.Лушников полагают, что термин «хозяйская власть работодателя» порочен и тавтологичен, правильнее было бы говорить о работодательской власти, так как термин «хозяин» в современном трудовом праве не употребляется [6. С. 577-578]. В свою очередь, Ю.В.Пеннов считает термин «хозяйская власть работодателя» достаточно уместным, поскольку он изначально позволяет выявить суть и содержание полномочий работодателя. Термин «хозяйская власть» характеризует отношение собственности на средства производства, в частности и на капитал в целом, с помощью которых осуществляется труд работников и производится его оплата [7. С. 31].

Независимо от того, какой именно используется термин – хозяйская или работодательская власть, он не влияет на суть происходящего между работником и работодателем в процессе развития трудовых правоотношений. Указанное взаимное состояние сторон трудового договора, причем, судя по всему, на сегодняшний день единственно возможное, является причиной делегации государством работодателю большей части функций по управлению наемными работниками. Следовательно, правилам внутреннего трудового распорядка изначально отводится крайне важная роль в процессе организации коллективного труда.

Однако следует иметь в виду, что в ТК РФ законодатель структурно совместил правила внутреннего трудового распорядка с поощрениями и дисциплинарной ответственностью, а хозяйская власть работодателя имеет больше элементов, чем одна только трудовая дисциплина. Означает ли это, что правила – институциональный локальный

акт с ограниченной сферой действия, особенно с учетом его легального определения? И какие именно «основные права, обязанности и ответственность сторон трудового договора» можно устанавливать в правилах внутреннего трудового распорядка по смыслу ст. 189 ТК РФ? Для ответа на поставленные вопросы немного порассуждаем.

Элементы хозяйской власти, выделенные еще в XIX в., до настоящего времени обуславливают соответствующие им взаимные группы прав и обязанностей работника и работодателя, качественно различающиеся между собой. Так, выделяют директивный (управленческий; у Л.С.Таля – диспозитивный) [13. С. 486], дисциплинарный и нормативный (подобная позиция разделяется сегодня в той или иной мере учеными разных стран) элементы хозяйской власти работодателя [5, С. 60]. Первый элемент (директивный) корреспондирует так называемым организационным правам и обязанностям работников, которые возникают в отношениях субординации, координации, информационного обмена и соблюдения корпоративных норм коллектива. Второй (дисциплинарный) отвечает за механизм поддержания внутрифирменного трудового правопорядка и сохранность имущества сторон трудового договора. Третий (нормативный) соответствует технологическим (функциональным) обязанностям работников, которые составляют часть производственного процесса и закрепляются в трудовом договоре как трудовая функция.

В соответствии с этой «классической» моделью дисциплинарный элемент хозяйской власти работодателя реализуется только в одном из трех блоков взаимных обязательств сторон трудового договора, и возникающая как его следствие дисциплинарная ответственность работника отвечает только за поддержание производственной дисциплины. В свою очередь, технологическая дисциплина должна поддерживаться какими-то иными мерами воздействия на работника, тем более что распространять дисциплинарные санкции на мелкие нарушения технологического процесса неправильно, так как степень противодействия работника работодателю при счетной ошиб-

ке бухгалтера и при опоздании на работу на полтора часа существенно различается. Поэтому в качестве особого набора наказаний за нарушения технологии в свое время от дисциплинарной была обособлена материальная ответственность. Последняя, таким образом, должна была служить средством поддержания технологической дисциплины и выйти за пределы института дисциплины труда, породив четвертый элемент хозяйской власти работодателя – имущественный. Но это, по существу, есть возможная цивилистическая модель трудового договора, которая, как считает большинство отечественных специалистов, малопригодна для регулирования дящихся во времени отношений; из-за публично-частного характера трудового права и явной кабальности для работника она не очень выгодна государству – особому субъекту права, заинтересованному в экономической, налоговой, политической и социальной стабильности. Поэтому в отечественном трудовом праве при условии его отраслевой обособленности от гражданского права материальная ответственность работника самостоятельного значения приобрести не могла ни при каких условиях.

Поэтому сегодня, как, собственно, это было и с самого начала существования российского трудового права:

1) дисциплинарный проступок является основанием не только для дисциплинарной, но и для материальной ответственности работника [1. С. 17, 51-52; 2; 3. С. 65; 14. С. 49];

2) технологическая дисциплина в России полностью поглощена производственной дисциплиной.

Следовательно, правилами внутреннего трудового распорядка могут устанавливаться любые взаимные группы прав и обязанностей работника и работодателя независимо от их институциональной принадлежности. И этот вывод подтверждается легальным определением дисциплинарного правонарушения (проступка), которым является виновное, противоправное деяние работника, выражающееся в неисполнении или ненадлежащем исполнении возложенных на него трудовых обязанностей (ст. 192 ТК РФ). Такая идея законодателя делает оп-

равданным и существование п. 5 ч. 1 ст. 81 ТК РФ (универсального наказания за неисполнение любых трудовых обязанностей) и исключает (уже почти исключила на практике) применение особой технологической (не дисциплинарной) санкции – п. 3 ч. 1 ст. 81 ТК РФ.

Тем не менее, несмотря на охват всего трудового права принципами дисциплинарных правоотношений и механизмами эффективного поддержания дисциплины труда, необходимость дисциплинарного подчинения работника работодателю в современном трудовом законодательстве носит объективный характер, поскольку вытекает из существа трудового договора, который имеет относительно определенный предмет и закрепляет не конкретные поручения работодателя, а пределы воздействия на поведение работника, впоследствии предполагающие подчинение текущим директивным указаниям работодателя. Без этого трудовые отношения на сегодняшний день невозможны, так как иная модель невыгодна работодателям (самый крупный из которых, кстати, государство). Последние заинтересованы в стабильном наличии у них рабочей силы, управляемой до степени ограничения отдельных личных прав и свобод, что имеет место на сегодняшний день и позволяет планировать на долгосрочную перспективу деятельность организации. Следовательно, вопросы трудовой дисциплины составляют саму основу трудового права, определяют его специфику, но при этом не могут регулироваться полностью централизованно, так как власть все-таки хозяйская и возникает как проявление сущности конкретного работодателя на основании добровольного (в силу трудового договора) подчинения работников его требованиям.

Конкуренция на рынке рабочей силы без относительной свободы трудового договора невозможна, а обратная ситуация будет серьезно сдерживать развитие производительных сил. Поэтому законодатель взял на себя обязанность определить только понятие дисциплинарного проступка, виды санкций за него, порядок служебного расследования и применения дисциплинарных взысканий, а также составы самых грубых дисциплинарных правонарушений. Послед-

ними в соответствии со ст.ст. 81 и 336 ТК РФ сегодня являются:

– прогул, т.е. отсутствие на рабочем месте без уважительных причин в течение всего рабочего дня (смены), независимо от его (ее) продолжительности;

– отсутствие на рабочем месте без уважительных причин более четырех часов подряд в течение рабочего дня (смены);

– появление работника на работе (на своем рабочем месте либо на территории организации-работодателя или объекта, где по поручению работодателя работник должен выполнять трудовую функцию) в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения;

– разглашение охраняемой законом тайны (государственной, коммерческой, служебной и иной), ставшей известной работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей, в том числе разглашения персональных данных другого работника;

– совершение по месту работы хищения (в том числе мелкого) чужого имущества, растраты, умышленного его уничтожения или повреждения, установленных вступившим в законную силу приговором суда или постановлением судьи, органа, должностного лица, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях;

– установленное комиссией по охране труда или уполномоченным по охране труда нарушение работником требований охраны труда, если это нарушение повлекло за собой тяжкие последствия (несчастный случай на производстве, авария, катастрофа) либо заведомо создавало реальную угрозу наступления таких последствий;

– совершение виновных действий работником, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности, если эти действия дают основание для утраты доверия к нему со стороны работодателя и когда виновные действия, дающие основания для утраты доверия, совершены работником по месту работы и в связи с исполнением им трудовых обязанностей;

– совершение работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы, когда аморальный просту-

пок совершен работником по месту работы и в связи с исполнением им трудовых обязанностей;

– принятие необоснованного решения руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями и главным бухгалтером, повлекшего за собой нарушение сохранности имущества, неправомерное его использование или иной ущерб имуществу организации;

– однократное грубое нарушение руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями своих трудовых обязанностей;

– повторное в течение одного года грубое нарушение педагогическим работником устава образовательного учреждения.

При этом первые шесть грубых дисциплинарных проступков являются основанием для увольнения любых работников, а последние пять – это дисциплинарные составы со специальным субъектом. В любом случае этих оснований для дисциплинарной ответственности работников явно недостаточно для слаженной работы многих крупных предприятий или для оптимальной работы учреждений сферы услуг. Следовательно, многие производственные упущения могут стать дисциплинарными правонарушениями только при указании на их противоправность в локальных актах, прежде всего в правилах внутреннего трудового распорядка. Поэтому для достижения определенного уровня качества наемного труда работодателю делегировано право определять приоритеты (принципы) системы дисциплинарных правил.

Кроме того, в случае отсутствия в организации правил внутреннего трудового распорядка практически не востребуемыми будут такие дисциплинарные санкции, как замечание и выговор, а также увольнение за неоднократное нарушение работником без уважительных причин своих трудовых обязанностей, если он имеет дисциплинарное взыскание (п. 5 ч. 1 ст. 81 ТК РФ). Поэтому в части, не урегулированной нормами трудового законодательства, правила внутреннего трудового распорядка могут устанавливать любые запреты и ограничения для работников организации, не нарушая их основных конституционных и от-

раслевых прав и предоставленных им гарантий. А этих прав и гарантий, как показывает практика, очень мало, если соотнести их количество с числом возможных (и чаще всего правильных и справедливых) требований работодателя в сфере трудовой дисциплины. Так, к примеру, работникам можно запретить:

- употреблять на работе алкоголь или наркотики (как мы выяснили выше, ТК РФ запрещает только приходить в состояние опьянения, а вот на употребление запрет следует устанавливать специально);

- принимать пищу на рабочем месте;

- курить (вообще или вне специально отведенных мест);

- уносить с собой имущество, предметы или материалы, принадлежащие работодателю, без получения на то соответствующего разрешения;

- использовать оборудование работодателя без разрешения, в том числе в личных целях;

- приносить с собой определенные предметы или товары (для продажи на рабочем месте, алкоголь, наркотические средства и т.п.), хранить их на рабочем месте;

- приводить в организацию посторонних лиц;

- использовать телефонные аппараты работодателя для переговоров личного характера;

- вывешивать объявления вне отведенных для этого мест без соответствующего разрешения;

- распространять в организации какие-либо издания, листовки, петиции;

- оставлять одежду и личные вещи вне раздевалки и мест, предназначенных для их хранения, и т.д.

Работников можно обязать:

- носить форму (речь идет не о специальной одежде, а просто о форме, но ее в этом случае должен приобрести работодатель за свой счет);

- сообщать о начале временной нетрудоспособности каким-то способом, с указанием примерной продолжительности предполагаемого отсутствия на работе;

- наводить порядок на рабочем месте, выключать свет, не сорить;

- не кричать, не петь, не использовать отдельные слова и выражения;

- не покидать без разрешения рабочее место;

- покидать организацию во вне рабочее время (или запретить присутствие в ней в это время, в том числе в обеденный перерыв и во время отпуска);

- сообщать о каждом увиденном нарушении трудовой дисциплины другими работниками данной организации и т.д.

Набор соответствующих запретов и ограничений законодателем практически не лимитирован. Это порождает проблему возможности выхода установлений работодателя за пределы сферы действия трудового законодательства (например, устанавливаются пожелания к прическе, макияжу, тону голоса и т.п.) и даже за пределы действия права как социального регулятора (к примеру, по ст. 343 ТК РФ внутренний распорядок религиозных организаций закрепляется в форме внутренних установлений, которые являются сочетанием права с другим социальным регулятором – религиозными нормами). Данное обстоятельство обусловлено тем, что в свое время наука теории права в числе социальных регуляторов нормы права и корпоративные нормы разграничивала, выводя последние за пределы сферы действия права (об этом мы уже говорили выше).

Сегодня в российской правоприменительной практике «смесь» корпоративных норм и правил внутреннего трудового распорядка активно пополняется за счет зарубежного управленческого опыта (чаще всего негативного), судебных квазипрецендентов и административной практики государственных инспекций труда. Оспорить право работодателя вторгаться в частную жизнь работников зачастую невозможно из-за полного отсутствия правовой базы по данному вопросу, что дает основание многим ученым говорить о свободе работодателя в сфере определения правил внутреннего трудового распорядка, т.е. о безграничной хозяйской власти над работниками. Так, по мнению Т.В. Кашаниной, в правилах внутреннего трудового распорядка, помимо традиционных норм о соблюдении работниками трудовой дисциплины, могут закрепляться деловые обычаи (например, требова-

ние заполнять обходные листки при увольнении работников), деловые обыкновения (проведение «планерок» или выдача работникам письменных заданий), корпоративные традиции (чествование передовиков производства), этические нормы (встречать каждого клиента фирмы приветствием), эстетические нормы (ношение фирменной одежды) [4. С. 75-76]. Но подобная ситуация уже имела место в самом начале развития трудового права и на первом этапе привела к забастовочному движению, усилению роли профессиональных союзов и коллективных договоров, а затем из-за существенных экономических потерь и политической нестабильности – к усилению публичного компонента в трудовом праве.

Эта тенденция сохраняется и в наши дни. Следовательно, в случае нарушения правилами внутреннего трудового распорядка основных гарантий прав и свобод человека и гражданина соответствующая локальная норма должна быть признана недействительной и не подлежащей применению. А в спорных случаях, как, например, при установлении запрета находиться на рабочем месте во время перерыва для отдыха и питания, следует проанализировать причины возникновения такой нормы, степень ограничения прав работников и ее соразмерность интересам работодателя. Если на улице лето, вокруг множество кафе и ресторанчиков, заработная плата работника позволяет питаться в них и в рабочих помещениях во время обеда идет уборка и проветривание производственных помещений, то в подобном случае следует отдать предпочтение позиции работодателя. Если же запрет нахождения на работе в обед установлен только для зимнего времени, вокруг лес и предполагается сокращение численности, при котором работодатель явно хочет сэкономить на выходном пособии, то налицо злоупотребление хозяйской властью и незаконность такого правила внутреннего распорядка. Поэтому во избежание произвольного ограничения и хозяйской власти работодателя, и конституционных прав работника следует анализировать причины возникновения локальных норм и взаимную соразмерность права, которое нарушено и

подлежит защите, и права, которым лицо явно злоупотребляет.

Есть и объективный рыночный критерий допустимого вмешательства работодателя в сферу личных интересов работника. Так, если требования к работникам будут несоразмерны выплачиваемому в организации вознаграждению, то работодатель, скорее всего, не сможет подобрать себе персонал или будет испытывать трудности от постоянной текучки кадров. Очень лояльные к работникам правила могут привести к потерям имущественного характера и как следствие – к потере работниками самой работы из-за банкротства предприятия. Поэтому работодатель должен выбрать из своих пожеланий к работникам самые справедливые требования, которые можно объяснить объективными потребностями производства (технологии) или внешних контрагентов и партнеров. Эта идея следует, в частности, из нормы ст. 190 ТК РФ, в которой сказано, что правила внутреннего трудового распорядка утверждаются работодателем с учетом мнения представительного органа работников в порядке, установленном ст. 372 ТК РФ для принятия локальных нормативных актов.

Помимо взаимных прав и обязанностей работников и работодателя, правила внутреннего трудового распорядка могут устанавливать порядок приема и увольнения работников, режим работы, время отдыха, применяемые к работникам меры поощрения и взыскания. Последнее утверждение – о праве работодателя устанавливать свои взыскания – противоречит ч. 4 ст. 192 ТК РФ, где сказано, что применение дисциплинарных взысканий, не предусмотренных федеральными законами, уставами и положениями о дисциплине, не допускается. При этом в связи с изменениями ТК РФ от 30 июня 2006 г. уставы и положения о дисциплине для отдельных категорий работников будут также устанавливаться федеральными законами, т.е. в этом вопросе для локальных норм места не осталось. Поэтому крайне распространенная практика включения в правила штрафов или возможности депремирования работников является незаконной.

В части установления порядка приема и увольнения работников правила внутреннего трудового распорядка могут содержать указания на то, каким образом в организацию приглашаются сотрудники, какие процедуры конкурсного отбора для них возможны, где именно следует пройти медосмотр при поступлении на работу, как разрешить противоречие, возникшее между двумя одновременно пришедшими по объявлению о трудоустройстве претендентами и т.п. Для увольнения можно написать точную последовательность действий, которой должен придерживаться каждый из участников процедуры прекращения трудового договора по каждому из оснований. В этом смысле подготовка правил внутреннего трудового распорядка должна быть поручена профессиональному юристу. А инспектору отдела кадров останется только неукоснительно следовать данным в правилах указаниям. Кстати, спорная по отношению к ТК РФ, но очень распространенная сегодня предшествующая увольнению процедура передачи дел и документов через «обходной лист» (она незаконна при обмене на него трудовой книжки) возможна только через ее установление и описание в локальных нормах.

Правила нужны также для указания на приоритетные формы поощрения сотрудников. Представляется, что относительно порядка применения дисциплинарных взысканий и поощрений (хотя об этом в ст. 189 ТК РФ ничего нет) также могут приниматься локальные нормы, включаемые именно в правила внутреннего трудового распорядка. Например, можно предусмотреть, что объявление приказов о поощрениях и наказаниях производится публично на собрании работников, которое в организации проводится ежемесячно, или доводится до сведения сотрудников на планерках, либо такие приказы вывешиваются инспектором отдела кадров на специальном стенде и т.д. Есть все основания утверждать, что при ином способе применения к работнику мер поощрения и наказания установленный ТК РФ механизм не будет отвечать критерию эффективности.

В правилах внутреннего трудового распорядка можно установить многие про-

цедуры, отсутствующие в ТК РФ, к примеру порядок, предшествующий привлечению работника к трудовправовой ответственности, или, как его еще называют, «служебное расследование». Хотя в настоящее время ТК РФ закрепляет два вида юридической ответственности работника за нарушения прав его работодателя – материальную и дисциплинарную, в науке трудового права дискуссия по поводу самостоятельности этих двух видов ответственности продолжается по сей день. Не вдаваясь в подробности этого спора, отметим, что имеются все основания говорить о тождестве процедур расследования правонарушений работника как имущественного характера, так и неимущественного, в связи с чем мы будем говорить о возможном установлении в правилах внутреннего трудового распорядка единой системы процедур расследования, которые в части урегулированы двумя статьями ТК РФ – 193 и 247.

Чтобы определить, что именно можно закрепить в правилах применительно к процедурам служебного расследования, проанализируем указанные статьи Кодекса. В соответствии со ст. 193 ТК РФ работодатель, установив факт совершения дисциплинарного правонарушения, обязан в установленные для служебного расследования сроки: 1) предложить работнику представить объяснение по конкретному факту в письменной форме, 2) в случае непредставления работником указанного объяснения (но не раньше, чем через два рабочих дня) составить соответствующий акт, а также 3) объявить работнику под роспись приказ (распоряжение) о применении дисциплинарного взыскания в течение трех рабочих дней со дня его издания, не считая времени отсутствия работника на работе. Давность привлечения к дисциплинарной ответственности установлена следующим образом: «Дисциплинарное взыскание не может быть применено позднее шести месяцев со дня совершения проступка, а по результатам ревизии, проверки финансово-хозяйственной деятельности или аудиторской проверки – позднее двух лет со дня его совершения. В указанные сроки не включается время производства по уголовному делу».

Согласно ст. 247 ТК РФ при расследовании материального правонарушения от работника также истребуются объяснения в письменной форме для установления причины возникновения ущерба. При этом нет никакого указания на то, каким образом фиксируется факт непредставления работником таких объяснений, и не имеется срока в два рабочих дня, которые в соответствии со ст. 48 Конституции Российской Федерации обеспечивают работнику реализацию его права на получение квалифицированной юридической помощи. Однако всем нам известно, что нынешняя Конституция – это акт прямого действия, а срок на консультации с юристом, даже если это не два рабочих дня, все равно должен быть, и в таком случае он может быть определен как разумный или конкретно установлен в правилах внутреннего трудового распорядка. Без определения такого срока о законности приказа (распоряжения) по проведению служебной проверки говорить не приходится.

Указания на необходимость издания каких-либо приказов (распоряжений) о привлечении работника к материальной ответственности и ознакомление с ними работника в ст. 247 ТК РФ не содержится. Не имеется также и единых сроков давности привлечения к материальной ответственности. Так, по ст. 248 ТК РФ в директивном (принудительном внесудебном) порядке сумма в пределах среднемесячной заработной платы работника может быть взыскана с работника по распоряжению работодателя, сделанному не позднее одного месяца со дня окончательного установления размера причиненного ущерба, т.е. после окончания служебного расследования. А вот через суд в соответствии с ч. 2 ст. 392 ТК РФ защита права работодателя осуществляется в течение одного года – и уже со дня обнаружения причиненного вреда. То есть второй срок – из ст. 392 ТК РФ – больше похож на срок расследования или же выполняет двойную функцию. При этом закон считает указанный срок процессуальным, т.е. предназначенным для обращения в суд за разрешением индивидуального трудового спора, а Пленум Верховного суда Российской Федерации в п. 3 постановления от 16 ноября

2006 г. № 52 «О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный работодателю» уже подходит к нему скорее как к сроку исковой давности, применяемому только по заявлению ответчика, сделанному до вынесения судом решения. При добровольном внесудебном порядке возмещения сроков нет, что создает угрозу злоупотребления правом со стороны работодателя. Однако проблемы процессуальных сроков локальным актом решить нельзя.

Зато в правилах внутреннего трудового распорядка можно уточнить общее указание ст. 247 ТК РФ, где сказано о самом факте обязательного проведения служебного расследования, а именно: «работодатель до принятия решения о возмещении ущерба конкретными работниками обязан провести проверку для установления размера причиненного ущерба и причин его возникновения. Для проведения такой проверки работодатель имеет право создать комиссию с участием соответствующих специалистов». Следовательно, общее правило – это поручение расследования одному лицу, так как создание комиссии обозначено через «право» работодателя. Но конкретная модель единоличного или комиссионного расследования, а также численность и кворум комиссии для расследования определяется только на локальном уровне.

Обстоятельства, исключаящие противоправность деяния работника, имеются в ТК РФ только применительно к материальной ответственности, хотя носят даже не отраслевой, а межотраслевой характер. Согласно ст. 239 ТК РФ в любом случае правомерно поведение, обусловленное крайней необходимостью, необходимой обороной, непреодолимой силой, нормальным хозяйственным (обоснованным) риском. К данному списку следовало бы добавить как минимум исполнение приказа (распоряжения), не являющегося для работника заведомо незаконным, а также поведение под влиянием физического или психического насилия над работником. Но в ст. 239 ТК РФ вместо этого присутствует неисполнение работодателем обязанности по обеспечению надлежащих условий для хранения имущества,

вверенного работнику, – это следствие договорного характера юридической ответственности в трудовом праве. Все эти элементы объективной стороны состава правонарушения применимы к дисциплинарным проступкам, и это тоже можно указать в правилах внутреннего трудового распорядка – от этого они только выиграют.

Последний этап процедуры – ознакомление с материалами служебного расследования («дисциплинарного дела») – также закреплен только применительно к материальной ответственности работника. Аналогичное правило, обязывающее работодателя знакомить своих сотрудников с материалами служебных дисциплинарных проверок, отсутствует, но, безусловно, должно иметь место. Также по аналогии закона следует признать (в том числе на уровне локальных актов) право работника привлечь к участию в любом деле против работодателя своего представителя, как это вытекает из смысла ст. 247 ТК РФ (хотя формулировка последней весьма расплывчата: в ст. 247 ТК РФ сказано, что работник и (или) его представитель имеют право знакомиться со всеми материалами проверки и обжаловать их в порядке, установленном Кодексом).

Проведенный нами выше анализ дает все основания утверждать, что процедуры привлечения работника к дисциплинарной и материальной ответственности имеют родственный характер и существующие в каждой из них на законодательном уровне пробелы можно восполнить в правилах внутреннего трудового распорядка по аналогии закона, например закрепить в правилах порядок служебного расследования, подобный приведенной ниже схеме.

1. Так как служебное расследование начинается с момента обнаружения факта дисциплинарного или материального правонарушения, в правилах внутреннего трудового распорядка целесообразно было бы определить круг субъектов, которых можно было бы рассматривать в качестве уполномоченных представителей работодателя, наделенных правом возбуждения дисциплинарного дела, а также установить поводы к началу служебного расследования: непосредственное обнаружение проступка уполномоченным лицом, получение сообщения

от работников в какой-то установленной форме (докладных, служебных записок и т.д.), анализ производственной документации и проч.

2. Необходимо определить орган или лицо, которое наделяется правом проведения служебного расследования, и решить вопрос о том, должно ли последнее производиться комиссионно (если да, то в каком числе) или возможно единоличное расследование. Если речь не идет о постоянных должностных обязанностях работников, которым поручено расследование, то следует предусмотреть правило о необходимости получить их согласие на выполнение этих обязанностей в соответствии со ст. 60 (2) ТК РФ и об установлении по соглашению сторон оплаты за данное поручение.

3. Далее следует предусмотреть издание какого-либо акта (приказа, распоряжения), которым работнику сообщается о начавшейся в отношении него служебной проверке. С позиций содержания в нем необходимо указывать на то, в чем работник обвиняется, и на срок представления им работодателю письменных объяснений по факту вменяемого работнику правонарушения. Этот срок не должен быть меньше 2 рабочих дней с даты ознакомления работника с таким приказом.

Если письменного документа, которым работнику предлагается дать объяснения, не будет, то впоследствии, когда работник откажется от дачи объяснений и об этом будет составлен акт, работник сможет доказать, что 2 дня ему никто не давал, а о проверке он извещен не был. При этом приказ (распоряжение) о создании комиссии по проверке или о поручении расследования конкретному лицу можно совместить с приказом (распоряжением) о предоставлении работнику, в отношении которого ведется проверка, срока для представления письменных объяснений.

И еще одна тонкость. В таком приказе (распоряжении) должны быть изложены именно те обстоятельства, по которым ведется расследование и далее будет вынесен приказ о наказании, так как работник дает объяснение не «по жизни», а по факту. Когда в ходе проверки выявляются дополнительные нарушения, работнику следует

предоставить возможность дать дополнительные объяснения по новым фактам – при этом за вновь выявленные нарушения наказывать можно отдельно. Если вина работника установлена приговором суда или постановлением по делу об административном правонарушении (а для отдельных нарушений такая процедура обязательна), это не исключает обязанности работодателя в рамках процедуры собственного расследования вновь предложить работнику дать письменные объяснения. Хотя это и нелогично, исключений в ТК РФ не содержится.

4. Следует установить, что в случае отсутствия работника на работе (к примеру, при длительном прогуле или увольнении работника после начала служебной проверки) приказ (распоряжение) о начале служебного расследования и необходимости предоставить письменные объяснения может направляться работнику по почте, к примеру, ценным письмом с описью вложения либо (чтобы наверняка уложиться в срок проверки) заказной телеграммой с заверенным почтой оттиском текста. Тот же порядок можно предусмотреть для извещения работника об итоговом решении работодателя о привлечении работника к ответственности.

5. В регулировании процедур служебного расследования следует помнить об общеправовых процессуальных презумпциях – праве на отказ свидетельствовать против себя самого и своих близких родственников, праве на квалифицированную юридическую помощь, презумпции невиновности работника.

У работника должно быть право требовать приобщения к материалам дела доказательств защиты, включая характеризующие материалы, право заявлять разного рода ходатайства, давать объяснения неограниченное число раз, а также право знакомиться с материалами служебного расследования, делать из них выписки, снимать копии, получить на руки копию итогового акта работодателя.

6. Удостоверение всех необходимых для служебной проверки фактов, которые не могут быть подтверждены документами, можно производить с помощью вещественных доказательств, аудио- и видеозаписей, фотографий, заключений внешних специа-

листов (к примеру, специалистов государственных судебно-экспертных лабораторий) и других средств доказывания, допускаемых гражданским процессуальным законодательством. Статус доказательств для служебного расследования (понятие, виды, признаки) можно специально урегулировать локальной нормой.

Если свидетельские показания до суда собираются в письменном виде через объяснения, докладные, служебные и т.п. записки, письменные комиссионные акты, подготовленные должностными лицами работодателя, следует иметь в виду, что в отношении свидетельских показаний как доказательства процессуальное законодательство устанавливает обязательность их устной формы. То есть работник, давший письменное объяснение по факту опоздания своего коллеги, должен повторить его в суде, если будет иметься судебный спор и ранее данных письменных объяснений будет недостаточно. Это следует из ст. 70 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее ГПК РФ), где сказано, что лицо, вызванное в качестве свидетеля, обязано явиться в суд в назначенное время и дать правдивые показания. Свидетель может быть допрошен судом в месте своего пребывания, если он вследствие болезни, старости, инвалидности или других уважительных причин не в состоянии явиться по вызову суда. Так закон исключает случаи возможной фальсификации доказательств.

Однако что касается актов работодателя (например, о прогуле, опоздании работника и т.п.), то они могут расцениваться в процессе как письменные доказательства в соответствии с нормами ГПК РФ при соблюдении определенных условий. Так, согласно п. 1 ст. 71 ГПК РФ письменными доказательствами являются содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для рассмотрения и разрешения дела, акты, договоры, справки, деловая корреспонденция, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой, графической записи, в том числе полученные посредством факсимильной, электронной или другой связи либо иным позволяющим установить достоверность документа спосо-

бом. Следовательно, должностное лицо работодателя может письменно удостоверить отдельные факты, но только в силу наличия у него специальных полномочий. Чтобы акт работодателя стал письменным документом (доказательством), отдельным его должностным лицам должны быть представлены полномочия на подготовку (подписание) соответствующих документов. Тогда служебные записки и акты приобретут все признаки, достаточные для отнесения их к письменным доказательствам. Так, акт об отказе работника от совершения тех или иных действий в ходе служебного расследования будет официальным документом, если его составили лица, чьи полномочия по активированию тех или иных фактов закреплены в локальных актах организации и/или трудовых договорах (должностных инструкциях). Для этих лиц должна существовать возможность привлечения их к ответственности за недостоверные факты, которая отсутствует, если активирование не входит в круг функциональных обязанностей данного работника. Эту ответственность также можно конкретизировать локальными нормами правил внутреннего трудового распорядка.

7. При привлечении работника к материальной ответственности следует предусмотреть правила установления причиненного работодателю прямого действительного ущерба. Так, проведение инвентаризации при готовящемся увольнении работника, безусловно, требует определенного количества локальных процедур, которые могут помещаться в правила внутреннего трудового распорядка, например: порядок приглашения работника на такую инвентаризацию, способы передачи товароматериальных ценностей работодателю, заполнение требующихся при инвентаризации документов при отказе работника от подписи, фиксация недостачи и т.д.

Нужно также помнить, что в зависимости от степени вины работника, его личностных и профессиональных характеристик размер подлежащего возмещению ущерба может быть уменьшен судом или иным органом по рассмотрению трудового спора в соответствии со ст. 250 ТК РФ. Поэтому для взыскания с работника всей сум-

мы причиненного им ущерба нужно не только иметь доказательства его умышленно незаконного поведения или поведения с признаками грубой неосторожности, но и закрепить в локальных нормах наиболее типичные и грубые имущественные правонарушения, правила определения степени вины работника, последствия совершения вторичных имущественных правонарушений.

Правила внутреннего трудового распорядка незаменимы для определения уникального для данной организации режима работы и отдыха, который выбирается с учетом специфики технологического процесса. Так, в правилах внутреннего трудового распорядка может закрепляться режим рабочего времени (ст. 100 ТК РФ), а именно – продолжительность рабочей недели (пятидневная с двумя выходными днями, шестидневная с одним выходным днем, рабочая неделя с предоставлением выходных дней по скользящему графику, неполная рабочая неделя), работа с ненормированным рабочим днем для отдельных категорий работников, продолжительность ежедневной работы (смены), в том числе неполного рабочего дня (смены), время начала и окончания работы, время перерывов в работе, число смен в сутки, чередование рабочих и нерабочих дней. Также правила могут устанавливать порядок введения суммированного учета рабочего времени (ч. 3 ст. 104 ТК РФ), время перерыва для отдыха и питания (чч. 1 и 2 ст. 108 ТК РФ), перечень работ, где по условиям производства (работы) предоставление перерыва для отдыха и питания невозможно и работодатель обязан обеспечить работнику возможность отдыха и приема пищи в рабочее время, а также места для отдыха и приема пищи (ч. 3 ст. 108 ТК РФ).

В правилах могут закрепляться виды технологических перерывов для отдельных видов работы и порядок их предоставления (ст. 109 ТК РФ), второй (кроме воскресенья) выходной день при пятидневной рабочей неделе, а у работодателей, приостановка работы у которых в выходные дни невозможна по производственно-техническим и организационным условиям, – все выходные дни (ст. 111 ТК РФ), перечень работников с режимом ненормированного рабочего дня (ст. 101 ТК РФ) и продолжительность до-

полнительного ежегодного отпуска за такой режим работы (ст. 119 ТК РФ). Как продолжение положений ст. 91 ТК РФ о том, что рабочее время зависит, среди прочего, от правил внутреннего трудового распорядка, ст. 227 ТК РФ устанавливает, что к рабочему времени будут относиться периоды выполнения действий перед началом и окончанием работы, введенные правилами в качестве обязательных. Это, к примеру, подготовка рабочего места к началу рабочего дня, время переодевания в спецодежду, прохождения в закрытые помещения, передачи товароматериальных ценностей от смены к смене и т.п.

Говоря о режиме рабочего времени и времени отдыха, следует обратить внимание на явные «недосказанности» ТК РФ в области обязательных стандартов отдыха и перерывов, обусловленных физиологическими потребностями человека, хотя соблюдение этих требований обуславливает в том числе и законность правил внутреннего трудового распорядка. -Довольно часто санитарно-гигиенические перерывы и так называемые «перекуры» локальными актами не регулируются, что подчас приводит к уменьшению коэффициента полезного использования рабочего времени. Эту ошибку можно и нужно устранять. Что касается стандартов отдыха, то их практически никто из современных работодателей не соблюдает, поскольку попросту не знает или пользуется пробелами в законодательной базе. Но знать и соблюдать их следует.

Первый такой стандарт – это физиологический предел монотонности работы без перерыва – 6 часов. Он не получил своего прямого закрепления ни в первой редакции ТК РФ 2001 г., ни в изменениях от 30 июня 2006 г., хотя косвенно в законе присутствует. Так, в ст.ст. 99 и 152 ТК РФ норма сверхурочной работы – это два часа сверх установленной продолжительности рабочей смены, после которой должен делаться перерыв в работе, а после него (с совершенно иным отношением к работе, так как человек уже не только пообедал на работе, но и поужинал, т.е. поставил для себя подсознательный крест на этом вечере) работа воспринимается работником как новый рабочий день. И двойная оплата за третий и по-

следующие часы сверхурочной работы аналогичны работе в выходные и нерабочие праздничные дни, т.е. это как бы не продолжение рабочей смены, а новый рабочий день. Кроме того, шесть часов – это предел, при котором можно не делать перерывов для отдыха и питания, хотя про это правило многие нынешние правоприменители просто не знают в связи с «возрастом» такой нормы.

Что будет, если работнику не дать перерыва через 6 часов работы? У него качественно изменится концентрация внимания, и опасность наступления травмы резко возрастет. Кроме того, из-за напряжения при повышенном чувстве ответственности (а у кого его нет при нынешней структуре рынка труда?) могут наступить необратимые изменения в области здоровья – инфаркт, инсульт, душевное расстройство, потеря сна, мигрень и т.д. Поэтому через каждые шесть часов работы работник в соответствии со ст. 379 ТК РФ в порядке самозащиты вправе отказаться от работы на 30 минут (это второй стандарт из ст. 108 ТК РФ). Чтобы этот процесс был контролируемым, если, к примеру, смена составляет 12 часов или 24 часа, оптимальное время для перерывов работодателю выгоднее регулировать правилами внутреннего трудового распорядка.

Второй стандарт – это стандарт ежедневного (междусменного) перерыва. Его в ТК РФ нет. Когда-то во времена Союза ССР подзаконным актом была установлена норма продолжительности междусменного перерыва не менее двойной длительности отработанной до этого смены. Хотя такой перерыв является сочетанием времени отдыха с социальным временем, но и он сейчас работникам не гарантирован законом, а усталость человека, как известно, отражается и на качестве его работы, и на уровне производственного травматизма.

Третий стандарт – непрерывный еженедельный отдых 42 часа за каждые семь дней, в которых работник работал полную норму. Последняя оговорка – авторская, так как по какой-то не вполне понятной причине данный стандарт одинаков для тех, кто работал в урочное время и сверхурочно. В этой связи хотелось бы обратиться к еще одному физиологическому стандарту – это

суммарное ограничение сверхурочной работы в году 120 часами.

Если встать на позицию буквального толкования закона, то эти часы относятся к сверхурочной работе в смысле ст. 99 ТК РФ, т.е. в узком смысле. Но, как уже было сказано выше, сверхурочной работой в широком смысле являются также работа по совместительству (в т.ч. во внутрисменные и междусменные перерывы), в выходные и нерабочие праздничные дни, в период отпуска и при ненормированном рабочем дне. Все трудовые договоры о такой работе являются дополнительными по отношению к основному. И физиологи имеют в виду суммарное исчисление 120 часов в год для всех видов сверхурочной работы, за исключением, пожалуй, совместительства.

Несмотря на это, для работы в период отпуска формально нет никаких запретов. То же самое касается работы в выходные и нерабочие праздничные дни – в ТК РФ есть только случаи, ограничивающие такую работу, но без расчета нормы работы и отдыха. А таких дней в году при пятидневке около 120, а при шестидневке – более 60. Много.

Для режима ненормированного рабочего дня было и осталось аморфное понятие «эпизодичности» и компенсация переработки дополнительным отпуском. Но для такого отпуска нигде не указано понятия соразмерности эпизодичной переработки и отпуска, есть только стандарт такого отпуска – не менее 3 календарных дней в году (ст. 119 ТК РФ). А если работник эпизодически перерабатывает в год 120 часов? Это 15 стандартных восьмичасовых смен и соответственно – 15 дней дополнительного отпуска. Этого принципа пропорциональности обязательно нужно придерживаться при установлении продолжительности дополнительного отпуска для каждой должности с режимом ненормированного рабочего дня. Ведь при аналоге – сверхурочной работе по ст. 99 ТК РФ – работник получает компенсацию за все 120 часов такой работы, если проработает полную возможную норму.

Конечно, правильнее было бы ограничить всю сверхурочную работу в году 120 часами (или другим стандартом – это решать ученым соответствующей квалифи-

кации), а исключением из нее сделать работу по совместительству, изменив норму времени для такой работы на суммарную для всех работодателей. При этом увеличение еженедельного непрерывного отдыха против нынешних 42 часов следовало бы производить в отношении каждого конкретного работника пропорционально времени, отработанному им сверхурочно.

Наконец, последний стандарт отдыха – это 14 календарных дней в рабочем году непрерывно, которые именуются основным ежегодным оплачиваемым отпуском. Почему 14? Потому что именно это время является международным физиологическим стандартом и вытекает из ст. 125 ТК РФ. А остальное время до 28? Это известные многим отраслям права две недели пробега почты по территории нашей страны, которые позволяют российскому работнику добраться до соответствующей профилю его потенциального профзаболевания здравницы в любой конец страны и обратно. Таков исторический смысл двух половинок отпуска – отдых и проезд к месту его проведения. Для отдельных категорий работников часть отдыха в составе отпуска должна увеличиваться, ведь длительность 14 дней соответствуют базовому отпуску 28 календарных дней. Больше отпуск – больше должен быть физиологический стандарт «неделимой» части. Об этом почему-то не говорит ст. 125 ТК РФ, но это, опять же, можно установить в правилах внутреннего трудового распорядка.

Для целей реального использования работником времени своего отдыха целесообразно установить запрет на нахождение лиц на работе во внерабочее время. Следует еще раз обратить внимание на то обстоятельство, что правила внутреннего трудового распорядка – это не документ, в котором легализуется работодательский беспредел, как считают некоторые, а современный утилитарный локальный акт, принимаемый с учетом мнения представительного органа работников, т.е. в интересах последних в том числе. Соответственно, степень его точности в области режима труда и отдыха предопределяет мотивацию персонала при принятии решений о заключении / прекращении трудового договора с данным рабо-

тодателем и потому служит реальным инструментом в области внутрифирменного управления трудом.

Наконец, в соответствии со ст. 22, 136 ТК РФ в правила внутреннего трудового распорядка могут включаться общие для всей организации сроки выплаты заработной платы, хотя такие сроки может содержать и коллективный договор, и локальный акт об оплате труда. Таким образом, этот локальный нормативный правовой акт по богатству его содержания переоценить сложно. Однако для того, чтобы он эффективно служил целям механизма управления персоналом, возможности правил внутреннего трудового распорядка следует использовать в полной мере.

Библиографический список:

1. *Абрамова А.А.* Дисциплина труда в СССР / А.А.Абрамова. М., 1961.
2. *Абрамова А.А.* Дисциплина труда в СССР: правовые вопросы / А.А.Абрамова. М., 1969.
3. *Барабаш А.Т.* К вопросу о понятии дисциплинарного проступка рабочих и служащих / А.Т.Барабаш // Правоведение. 1965. №3.
4. *Кашанина Т.В.* Корпоративное (внутрифирменное) право: учеб. пособие / Т.В.Кашанина. М., 2003.
5. *Киселев И.Я.* Зарубежное трудовое право: учеб. для вузов / И.Я.Киселев. М., 2000.
6. *Лушникова М.В.* Очерки теории трудового права / М.В.Лушникова, А.М. Лушников. СПб: Юрид. центр «Пресс», 2006.
7. *Пенов Ю.В.* Правовая организация управления трудом и хозяйская власть работодателя / Ю.В.Пенов // Правоведение. 2004. №2.
8. *Пенов Ю.В.* Правовые формы проявления хозяйской власти работодателя / Ю.В.Пенов // Государство и право. 2006. №8.
9. *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Ч. 3. Договоры и обязательства / К.П.Победоносцев. СПб, 1986.
10. *Савич В.И.* Управление трудом и трудовое право / В.И.Савич. Томск, 1986.
11. *Смирнов В.Н.* Внутренний трудовой распорядок на предприятии / В.Н.Смирнов. Л.: Изд-во. Ленинград. ун-та. 1980.
12. *Таль Л.С.* Очерки промышленного права / Л.С.Таль. М., 1916.
13. *Таль Л.С.* Трудовой договор. Цивилистическое исследование / Л.С.Таль. М.: Статут, 2006.
14. *Хвостов А.М.* Вина в советском трудовом праве / А.М.Хвостов. Минск, 1970.
15. *Яроцкий В.Г.* Экономическая ответственность предпринимателей / В.Г.Яроцкий. СПб, 1887. Ч. 1.

INTERNAL BEHAVIOUR RULES IN THE SYSTEM OF LABOR MANAGEMENT RELATIONS

M.A.Drachuk

Omsk State University, Omsk, 50-Let Profsousov, 100

The article is devoted to the problems connected with local juridical norms of Labour Law, their functions in Russian law practice. The author gives some practical recommendations and advises for improvement of legal position of employers in the direction of choosing the model of interrelations with employees.

Keywords: internal order rules, management of Labour

**К ВОПРОСУ О ЦЕННОСТНЫХ ПРИОРИТЕТАХ
В СОДЕРЖАНИИ ТРУДОВЫХ ПРАВ****А.М.Лушников**

доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, зав. кафедрой трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П.Г.Демидова, 151000 Ярославль, ул. Собикова 36-А

В статье анализируются некоторые принципиальные положения, относящиеся к концепции трудовых прав в современном обществе.

Ключевые слова: труд, трудовые права, информационные трудовые права

На рубеже XX-XXI вв. наблюдается новая тенденция в развитии трудовых прав, которая проявляется в смещении акцентов с «экономического» человека на личность, ее личные блага. Ценностные приоритеты прав человека все больше перемещаются из сферы экономической и физической безопасности человека в сферу субъективного самочувствия и «качества трудовой жизни». По мнению японских специалистов, содержание качества трудовой жизни включает в себя три главные составляющие: 1) хорошо развитую систему информации в процессе организации труда; 2) поощрение со стороны корпорации творческой инициативы работников; 3) систему непрерывной («пожизненной») подготовки кадров.

Бурное развитие информационных технологий и совершенствование систем коммуникаций повлекло за собой интеллектуализацию наемного труда, вытеснение механических (конвейерных) операций. Образно выражаясь, в сословном обществе человек был тем, кем родился; при становлении индустриального общества тем, что имел; в индустриальном обществе – тем, что умел; а в постиндустриальном – он будет тем, что знает, так как формализованное знание есть информация. Это дало основание для второго названия нового качества общества – «информационное общество». В этих условиях личные права работника, такие как право на профессиональное обучение и повышение квалификации; право на «продвижение по служебной лестнице», на моральное поощрение, оценку трудовых достижений; право на неприкосновенность

личной жизни и защиту персональных данных; право на получение информации об условиях труда; право на защиту достоинства в период трудовой деятельности и защиту от моббинга (морального преследования на работе), – приобретают особую значимость. Вслед за И.Я.Киселевым можно повторить, что нормы трудового права призваны дополнить и углубить защиту личных неимущественных прав и других нематериальных благ, осуществляемую гражданским правом, применительно к особенностям трудовых отношений, обеспечить права и свободы человека в период трудовой деятельности и таким образом формировать статус «социального гражданина» [6. С. 44]. Отметим, что в Трудовом кодексе Республики Казахстан (2007 г.) среди принципов трудового законодательства назван принцип приоритета жизни и здоровья работника по отношению к результатам производственной деятельности (ст. 3). В Конституции Португалии к основным трудовым правам работников отнесено право на работу в социальных условиях, не унижающих человеческое достоинство, с целью наиболее полного раскрытия человеческой личности. Она обязывает государство обеспечить работников социально достойной работой, дающей возможности для их самовыражения.

Перечисленные выше трудовые права работника в своей основе имеют личностную доминанту, ярко выраженный характер нематериальных благ человека, защищаемых законом. Все эти личные блага объединяют следующие критерии: нематериальный личный характер, неотчуждаемость и непередаваемость иным способом другим

лицам. Эти права возникают по поводу благ, лишенных экономического содержания, тесно связаны с личностью, неотделимы от личности. В правовом механизме реализации и защиты личных трудовых благ эти права выполняют роль правового средства обеспечения личной сферы работника. Еще Л.С.Таль, основываясь на доктрине естественных прав человека, писал о том, что «рабочей силе, как предмету обязательства, присущи все особенности личных благ. Они не могут быть отчуждаемы». Продолжая эту мысль, Л.С.Таль подчеркивал: «Современное правосознание явно склоняется к признанию рабочей силы частью личной правовой сферы человека и требует охраны от посягательств наравне с другими личными благами» [10. С. 125]. Его современник П.И.Астров прямо связывал законодательную охрану лиц наемного труда с их правом на жизнь и здоровье, которые не могут быть предметом договора. Он исходил из неразрывности личности и наемного труда работника, а правовую охрану трудовых прав личности в процессе труда признавал первой задачей рабочего права [1. С. 6-9; 2. С. 5-8].

В настоящее время изменилась и идеология организации труда. В индустриальной системе знание и творческие способности работника были как бы отделены от труда, который должен исполняться точно по инструкции, в соответствии с техническими нормами. В новой экономике знаний создаются целостные модели инициативного творческого труда, основанного на самоорганизации и самоконтроле. Новые формы организации труда предъявляют и иные требования к личности работника и его способности к труду, модифицируется и трудовая функция работника. Это и новые требования к постоянному пополнению и возобновлению профессиональных знаний, широкой квалификации работника при совмещении функций и профессий, а равно требования к творческой составляющей трудовых прав и обязанностей. Речь идет о так называемой профессиональной мобильности современного работника. Профессиональная мобильность предопределяет и новацию многих институтов индивидуального трудового права (трудовой договор, рабочее

время и время отдыха и т.д.). Особо следует акцентировать внимание на праве работника на профессиональное обучение. Интеллектуализация общественного труда в XXI в. диктует новые требования к организации профессиональной подготовки кадров. Международный опыт свидетельствует, что концепция пожизненного образования, широко вошедшая в практику развития кадров в 70-е гг. прошлого столетия, окончательно превратилась в его основу в 80-е и 90-е. Сегодня в каждой развитой стране создана и постоянно совершенствуется модель «пожизненного» развития творческого потенциала национальных трудовых ресурсов [5]. Эта политика возведена в ранг государственной, и подготовка, необходимых кадров стала общим делом образовательных учреждений, работодателей и государства. Именно в таком ключе должно исследоваться право работника на профессиональное обучение. Особо отметим, что в настоящее время на Западе все чаще в содержание (структуру) трудового договора включается образовательный элемент, причем элементы договора о труде и обучении неразрывно сливаются.

Отметим, что в современной российской науке трудового права проблемы творчества и свободы творчества работников стали предметом специальных исследований представителей пермской школы трудового права (см. [4, 8] и др). Творческая активность работников рассматривается как элемент обязанности соблюдения трудовой дисциплины, и эта обязанность в свою очередь представляет собой и элемент содержания трудовых индивидуальных правоотношений. Более того, в каждом виде трудовой деятельности присутствует «творческое отношение». Речь идет о профессиональном творчестве, правовыми гарантиями которого в трудовом праве признаются льготы и преимущества, предусмотренные трудовым законодательством, локальными нормативными актами [3. С. 147-176].

Нельзя не коснуться наметившегося перехода от традиционной трактовки охраны труда как совокупности техники безопасности и гигиены труда к охране здоровья в процессе трудовой деятельности, или охране профессионального здоровья. В по-

следнем случае охрана труда трактуется существенно шире и предполагает охрану здоровья конкретного человека (а не только его способности к труду) с учетом его физических, физиологических, психологических и ментальных особенностей. Данные изменения отмечаются как зарубежными, так и российскими исследователями (И.Я.Киселев, З.С.Богатыренко, Д.В.Черняева, Р.Джонстон, А.Хопкинс, Л.Хоган и др.) (см., например, [9. С. 19 и далее; 7; 11. С. 539 и далее]). Важнейшей составляющей современной охраны труда является создание благоприятной психологической производственной среды или производственного психологического климата.

XXI в. – это век «информационного общества». В этой связи потребовали осмысления и теоретического обоснования «информационные трудовые права» работников и работодателей. Их анализ позволил нам утверждать о появлении нового института в трудовом праве.

В качестве вывода отметим следующее. Труд был и останется не только средством обеспечения необходимых потребностей человека, но и формой его жизнедеятельности, самореализации, развития способностей личности. Нам кажется вполне закономерным, что на рубеже нового тысячелетия наступило время комплексного подхода к трудовым правам и их правовому опосредованию. При этом на первый план выходят не только проблемы экономических интересов, но, прежде всего, развитие всего спектра трудовых прав, происходит

смещение акцентов с «экономического» человека на личность, ее личные блага.

Библиографический список

1. *Астров П.И.* Русская фабричная медицина / П.И.Астров. М., 1911.
2. *Астров П.И.* Юридические предпосылки рабочего права / П.И.Астров. М., 1911.
3. *Бугров Л.Ю.* Проблемы свободы труда в трудовом праве России / Л.Ю.Бугров. Пермь, 1992.
4. *Бугров Л.Ю.* Творчество и трудовое право / Л.Ю.Бугров, С.С.Худякова, Ю.В.Варламова, Н.И.Гонцов. Пермь, 1995.
5. *Бушмарин И.В.* Пути повышения творческого потенциала трудовых ресурсов: опыт экономически развитых стран / И.В.Бушмарин // Труд за рубежом. 2004. №1.
6. *Киселев И.Я.* Новый облик трудового права стран Запада / И.Я.Киселев. М., 2003.
7. *Киселев И.Я.* Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда / И.Я.Киселев, А.М.Лушников. М., 2008.
8. *Михайлова Н.С.* Трудовое право и творчество преподавателей вузов / Н.С.Михайлова. Пермь, 2003.
9. *Рихтхофен фон В.* Инспекция труда / В. фон Рихтхофен. Женева. 2004.
10. *Таль Л.С.* Очерки промышленного рабочего права / Л.С.Таль. М., 1918.
11. *Черняева Д.В.* Новая концепция охраны труда / Д.В.Черняева // Труд за рубежом. 2006. №1.

ABOUT THE VALUE PRIORITIES IN THE LABOUR RIGHTS CONTENT

A.M.Lushnikov

Jaroslavski State University, 150000 Jaroslavl, Sobinova str., 36-A

Some based questions concern the conception of labour rights in a contemporary society are considered in this article.

Keywords: labor, labor rights, information labor rights

V. СОЦИАЛЬНАЯ РАБОТА

ПРИНЦИПЫ ПОСТРОЕНИЯ МОДЕЛЕЙ НАЦИОНАЛЬНЫХ СИСТЕМ СОЦИАЛЬНОЙ ЗАЩИТЫ

З.П.Замараева

доктор социологических наук, доцент, зав. кафедрой социальной работы
Пермского государственного университета, 614990, Пермь, ул. Букирева, 15

Наряду с общепринятыми принципами, лежащими в основе процесса моделирования национальных систем социальной защиты государств, автором статьи рассматриваются принципы, находящиеся в основе формирования современной российской национальной модели.

Ключевые слова: модель, социальная защита, социальное страхование, социальное вспомоществование, политика социального развития

Каждое государство формирует отвечающую требованиям и интересам общества национальную модель системы социальной защиты населения, обусловленную комплексом причин социально-экономического характера, географическими особенностями, культурными и историческими традициями, формой государственного устройства, степенью развития гражданского общества, а также моделью социального государства и типом его социальной политики.

Представление о наиболее заметных различиях в подходах к построению моделей национальных систем социальной защиты, существующих в мире, дает получившая в настоящее время широкое признание классификация шведского ученого Эспинга-Андерсена, который в 1991 г. предложил провести типологизацию систем социальной защиты в зависимости от идеологии государственного устройства [17].

По его мнению, формирование *либеральной модели*, присущей таким странам, как США, Канада, Австралия, Великобритания, происходило при господстве частной собственности, преобладании рыночных отношений и под влиянием либеральной трудовой этики. Данная модель характеризуется стремлением государства к адресной помощи, к отделению социальной помощи от свободного рынка. Главная цель такого подхода – ликвидация бедности.

Консервативная (корпоративная) модель характерна для стран с социально-ориентированной рыночной экономикой. В их числе страны континентальной Европы, такие как Австрия, Германия, Италия, Франция. Позиции государства здесь значительно сильнее: бюджетные отчисления на социальные мероприятия примерно равны страховым взносам работников и работодателей, основные каналы перераспределения находятся либо в руках государства, либо под его контролем. Вместе с тем государство стремится возложить материальную поддержку граждан на систему страхования. Благодаря этому величина социальных пособий находится в пропорциональной зависимости от трудовых доходов и, соответственно, от размеров отчислений на страховые платежи.

Данная модель характеризуется не только применением классических систем социального страхования, стремлением к компенсационному характеру помощи за прошлые заслуги, но и проверкой выполнения установленных обязанностей при предоставлении конкретной социальной помощи. Основной ее целью является сохранение жизненного уровня граждан, достигнутого ими в работоспособном периоде. Страной, где максимально полно реализованы принципы корпоративной модели, является Германия, которая вообще первой в мире ввела систему социального страхования еще в 80-е гг. XIX в.

Социал-демократическая модель подразумевает ведущую роль государства в сфере социальной защиты населения. При этом приоритетными задачами государственной социальной защиты считаются выравнивание уровня доходов населения и всеобщая занятость. Данная модель нашла практическое воплощение в странах Северной Европы – Швеции, Норвегии, Финляндии, Дании, а также в Нидерландах и Швейцарии. Критерием предоставления социальной помощи в этой модели является установленный факт принадлежности к определенной группе или категории населения, целью – перераспределение дохода. Главной особенностью такой модели является всеобщность (универсализация) социальной защиты населения как гарантированного права всех граждан, обеспеченного государством. Модель отличается высокой ролью государства в обобществлении доходов и общенациональными социальными механизмами управления. Государство обеспечивает высокий уровень качества и общедоступность социальных услуг (в том числе бесплатное медицинское обслуживание, образование и т.п.).

Латинская модель (страны Латинской Америки). Принципы латинской социальной политики (так называемая католическая модель), обусловившей особенности латинской институциональной модели социальной защиты, даны в ряде «папских писем», изданных Ватиканом в XX столетии. Главным принципом является вспомогательность. В христианском социальном учении принцип вспомогательности означает, что помощь в решении возникающих проблем должна быть оказана ближайшей инстанцией. Если индивид не может себе помочь, то он обращается к семье и родственникам. Следующей инстанцией будет местная община, включая церковь и гражданские организации, а также соседей; если и это не поможет, то индивиду следует воспользоваться услугами страхования. Последней инстанцией является государственный сектор, который характеризуется низким уровнем государственных затрат на социальную защиту населения. Институты социального страхования в таких странах развиты слабо – социальная помощь в рамках семьи, об-

щины и церковь играют здесь главную роль [1].

Аналогичный подход в классификации национальных моделей систем социальной защиты, основанный на исследовании тенденций развития программ социальной защиты в странах мира, предложил отечественный исследователь Е.В.Тишин [18]. Эта классификация выглядит следующим образом: неоконсервативная модель (США, Англия, Канада); социально-демократическая модель (Швеция, Дания, Швейцария, Люксембург); модель, основанная на теории социального общества (ФРГ, Австрия); модель, основанная на теории государства всеобщего благосостояния (Франция, Бельгия, Япония); непонятная модель (Италия). Выделение пятой категории, по мнению Е.В.Тишина, иллюстрирует тот факт, что при существующем многообразии форм и методов социальной защиты, составляющих в совокупности национальную систему, весьма сложно произвести полную классификацию всех систем.

Как отмечают другие исследователи (Л.В.Церкаевич, О.Т.Лебедев, С.А.Язвенко, В.Шарина и др.), приведенные выше модели национальных систем социальной защиты нигде в мире в таком идеальном обозначении не встречаются. На практике происходит сочетание элементов тех или иных моделей при явном преобладании каких-либо черт в одной из них.

Зарубежный опыт формирования моделей систем социальной защиты населения описывается во многих работах отечественных авторов (В.В.Антропова, С.В.Кадомцевой, Г.А.Кузнецова и др.), где анализируется специфика организации системы социальной защиты в условиях развитых рыночных отношений.

Изучение целого ряда научных источников по данной проблеме позволило сделать вывод, что разнообразие подходов в формировании национальных систем социальной защиты, особенности их организации и функционирования требуют не только выделить дополнительно другие модели, но и считать, что моделей социальной защиты населения столько же, сколько и стран мира [1, 4, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 19].

В результате возникла потребность в обозначении доминирующих принципов как основы построения национальных моделей систем социальной защиты.

Рассмотрим эти принципы:

- учет социально-экономических условий, объективно складывающихся в обществе, и форм государственного устройства, а также доминирующей идеологии;

- учет особенностей и типа социальной политики государства;

- учет социокультурных особенностей общества, включая историю развития, традиции страны;

- учет целевых групп, нуждающихся в социальной защите;

- межсубъектное взаимодействие с доминирующей ролью государства (наличие определенного круга субъектов в институциональном процессе, вступающих в сферу взаимодействия по поводу социальной защиты);

- социально-нормативная согласованная упорядоченность (наличие социальных и правовых норм, предписаний (специфических по принадлежности), регулирующих поведение людей и структур в институциональном процессе);

- идентификация формализованной организации (наличие определенных (формализованных с помощью законов) организационных структур, которые осуществляют социозащитную деятельность);

- конфигурация структур администрирования, осуществляющих социозащитную деятельность, имеющую многофункциональный, уровневый и асимметричный характер.

Рассмотрим кратко содержание данных принципов.

Принцип учета социально-экономических условий, объективно складывающихся в обществе, форма государственного устройства, а также доминирующая идеология определяют большое разнообразие моделей социальной защиты.

Современное общество, построенное на основах рыночной экономики, даже в развитых странах сталкивается с необходимостью социальной защиты населения, оказавшегося в состоянии социальной дезадаптации. Появление таких групп обусловлено

объективными закономерностями, складывающимися в обществе. Поэтому такие группы и слои населения постоянно присутствуют в социальной структуре общества.

Институциональная модель социальной защиты, складывающаяся в России в условиях социально-рыночного хозяйства, близка по своей сути российской исторической практике государственного устройства и менталитету российского общества, и поэтому может претендовать на *российскую модель социальной защиты*.

Принцип учета особенностей и типа социальной политики государства.

В ходе радикальных перемен общество закономерно приходит к осознанию необходимости в общегосударственной социальной политике, без которой невозможно создание нормальных условий жизнедеятельности человека, организация социальной защиты населения. Еще мыслители Нового времени (в частности, Т.Гоббс, И.Кант и др.), рассматривали вопрос об обязанностях государства перед своими гражданами, считая справедливость неоспоримой социальной и нравственной ценностью.

В связи с тем, что типы государств, равно как и концепции развития, лежащие в их основе, отличаются друг от друга, закономерно, что понимание социальной политики со стороны государства в контексте социальной защиты в значительной степени разнится у представителей школ общественной мысли. Национальные системы социальной защиты населения стали активно формироваться с середины XIX в. Так, в 1871 г. в Германии впервые в истории вводится государственное социальное страхование от несчастных случаев на производстве, в 1880 г. начинается финансирование медицинской помощи, в 1883 г. вводятся пособия по болезни, а в 1910 – обязательное пенсионное страхование. Социальное страхование от несчастного случая появляется в Австрии в 1887 г., во Франции – в 1898 г., в Норвегии – в 1894 г., в Новой Зеландии – в 1900 г., в Швеции – в 1901 г. Медицинское страхование стало государственным в Австрии в 1888 г., в Швеции – в 1891 г., в Норвегии в 1909 г. [16]. Практически одновременно с этим в течение менее чем двух десятков лет возникли важные элементы системы

социальной защиты в разных странах с различным уровнем общественно-экономического и политического развития, что подтверждает вывод о формировании национальных систем социальной защиты как о продукте не специфических условий отдельно взятой страны, а итога цивилизованного развития. Ряд отечественных исследователей (С.В.Калашников, Ф.И.Шарков, Н.А.Волгин и др.) рассматривают процесс становления и развития государств с актуализацией функций социальной направленности, включая социальную защиту в рамки своей периодизации. Так, первый этап ими датируется с 70-х гг. XIX в. до 30-х гг. XX в. и обозначается как социалистический.

Второй этап представлен периодом с 30-х годов до 40-х годов XX в. и ознаменован лавинообразным, по мнению С.В.Калашникова, принятием социальных законов [3]. Социальное законодательство не просто стало сектором правового поля, оно начало оказывать мощное влияние на правовое содержание всей нормативной базы государства. В результате функции социальной защиты, реализуемые государствами, приобрели обязательный характер.

Третий этап развития социальных функций государства, включая социальную защиту, – с 40-х гг. до 60-х гг. XX в. – как период реализации государствами социальных услуг, примером которых является обеспечение занятости, социальный патронаж, формирование жизненной среды для инвалидов, программы реабилитации для отдельных социальных групп, государственные программы социальной защиты населения.

Период с начала 60-х и до середины 80-х гг. XX в. в развитии государственных национальных систем социальной защиты оцениваются исследователями как этап всеобщего благоденствия. Расходы на социальное обеспечение во многих странах начинают расти более быстрыми темпами, чем доходы, что потребовало повсеместного повышения налогов и обязательных взносов в систему социального обеспечения и привело к пересмотру принципов и механизмов социальной защиты. В результате пятый этап – с середины 80-х гг. до середины 90-х гг. XX в. – это этап деструкции и кризиса

государства всеобщего благосостояния. В это время изменению были подвергнуты существующие модели социальной защиты. С середины 90-х гг. XX в. формируется новый этап, который назван С.В.Калашниковым как этап либерального социального государства [3].

Английский ученый У.Беверидж также отмечал исключительно важную роль государства как одного из главных субъектов, ответственных за социальную защиту населения. [8]. Так, например, правительством Великобритании в 1940-е гг. был принят ряд законодательных документов, касающихся проблем социальной защиты; была создана единая система социального страхования и обеспечения, охватывающая все население страны.

Наибольшую известность получила шведская доктрина государственной социальной политики, которую часто называют эгалитарной. Она возводит заботу государства о своих гражданах в ранг национального культа, обещая обеспечивать им безопасность, надежность и защиту в угрожающих ситуациях, а также организацию и руководство защитой.

Важным моментом в формировании и развитии современных национальных моделей социальной защиты с позиции теории и практики следует считать концепцию «социального рыночного хозяйства», воплощенную в Германии и рассматривающую государство в качестве одного из активных субъектов социальной защиты. Суть социального рыночного хозяйства заключается в синтезе рыночной экономики, основанной на свободной конкуренции и социальной справедливости. Поэтому здесь приоритет в осуществлении социальной защиты отдается социальному страхованию как возможности человека самому обеспечить свое благополучие и активной политике на рынке труда [2].

Представлены в современной социологической литературе и концепции социальной политики социального и субсидиарного государств.

Концепция социальной политики социального государства предполагает его обязанности по обеспечению высокого уровня жизни и условий для всестороннего

развития личности каждого человека. Концепция социальной политики субсидиарного государства, напротив, – предоставление гражданам лишь минимальных гарантий и форм социальной защиты. При выборе данной модели помощь оказывается ограниченному кругу лиц, которые по тем или иным причинам (состояние здоровья, возрастные ограничения и т.д.) не могут сами себе помочь. Большинство же членов общества должны получать достаточные доходы благодаря своей самостоятельной, инициативной деятельности, воспитанию чувства ответственности за результаты своих действий [16].

Данный подход нашел свое отражение и в основном международном документе, обозначившем цели и нормативные основы социальной политики, – в конвенции №117 Международной организации труда, подписанной в 1962 г. В ней сказано, что «...всякая политика должна, прежде всего, направляться на достижение благосостояния и развитие населения, а также на поощрение его стремления к социальному прогрессу» [5].

Несмотря на то что роль государства в обеспечении социальных потребностей общества осознавалась с глубокой древности, наиболее серьезная эволюция в общественных взглядах на социальную политику произошла в конце 80-х – начале 90-х гг. прошлого века, когда довольно прочно укрепилось понимание того, что именно люди и их развитие – главный результат и способ общественного прогресса. Это положение нашло отражение в целом ряде проектов международного сотрудничества и в национальных программах развития. Сегодня все в большей мере осознается тот факт, что именно социальная политика с ее акцентом на ресурсные потенциалы индивида, групп становится тем инструментом, посредством которого формируются эффективные социально-экономические, социально-трудовые, социально-производственные и другие отношения, формы взаимодействия, а также достигается социальное равновесие, целостность, динамизм.

Основными направлениями социальной политики государства, обеспечивающими условия реализации нового подхода,

должно стать обеспечение минимально приемлемых жизненных стандартов. Это означает, с одной стороны, такую деятельность государства в сфере социальной защиты населения, которая ориентирована на создание благоприятных предпосылок для развития производственной сферы и гарантий социальной и политической стабильности общества, расширение социальной базы для демократических и экономических реформ. В числе этих минимально приемлемых жизненных стандартов известный политик и экономист Е.Ш. Гонтмахер выделяет:

- создание условий для выполнения семьей ее функций по рождению детей и их воспитанию;
- обеспечение граждан рабочими местами с нормальными условиями труда или денежным вспомоществованием в случае их нехватки;
- установление минимальных уровней оплаты труда, пенсий и пособий в связи с малообеспеченностью;
- сохранение гарантированного набора бесплатных и общедоступных услуг (образование, здравоохранение, культура), а также льготных условий получения и оплаты жилья для наиболее нуждающихся категорий населения.

С другой стороны, считает Е.Ш.Гонтмахер, необходима разработка законодательной базы для осуществления государством активной социальной политики и социальной защиты [2]. Активными средствами социальной политики и социальной защиты он называет создание и предоставление рабочих мест, массовое развертывание системы подготовки и переподготовки кадров по дефицитным на рынке труда специальностям, долгосрочное кредитование семей для их хозяйственного обустройства, всемерное поощрение мелкого предпринимательства. Вполне очевидно, что социальная защита как приоритетная цель любого демократического государства не ограничивается только вспомоществованием. Ее неотъемлемой частью становится активная политика на рынке труда в сфере формирования денежных доходов населения с тем, чтобы, в конечном счете, создать благоприятные условия для активизации способностей людей.

В современных отечественных исследованиях по социологии обращено внимание на проблему взаимообусловленности государственной социальной политики и социальной защиты с учетом ее «регионализации», т.е. учета особенностей и различий социальных потребностей граждан, проживающих в разных регионах Российской Федерации [7, 11]. Актуализация проблем регионального развития, в первую очередь в сфере социальной политики, связана прежде всего с построением в 90-х гг. XX в. новой модели федеративного устройства России.

По мнению целого ряда исследователей-социологов, в России четко обозначились как минимум две модели региональной социальной политики и соответственно подходов к организации сферы социальной защиты населения.

Первая модель – *либеральная*, характерная для финансово-благополучных регионов (Москва, Санкт-Петербург, нефтедобывающие и монопромышленные регионы). Такая модель социальной политики и социальной защиты предусматривает минимальное участие региональных властей в регулировании цен и доходов населения, полную свободу функционирования региональных потребностей рынка, низкий удельный вес социальных выплат в общих доходах граждан.

Вторая модель социальной политики – *депрессивная*, характерная для регионов, охваченных серьезным экономическим и структурным кризисом (области Нечерноземья, Поволжья). Она предусматривает установление гораздо более серьезного и даже жесткого контроля со стороны государства за формированием доходов населения, ценообразованием на региональном уровне. Неблагополучное состояние основных отраслей промышленности в таких регионах обуславливает больший удельный вес социальных выплат и пособий в совокупных доходах населения [7, 11].

Следовательно, приоритет государственной социальной политики как один из принципов формирования современных институциональных моделей социальной защиты призван регулировать, с одной стороны, благосостояние населения, поддерживая его на должном уровне, приемлемом для

человека и в целом для общества; с другой стороны создавать условия для развития собственных возможностей индивидов, групп, сообществ с целью самообеспечения и самозащиты.

Принцип учета социокультурных особенностей общества, включая историю развития, традиции страны.

Известно, что в любых исторических условиях, на различных этапах развития человеческой цивилизации социокультурные особенности всегда выступали основой не только деятельности человека, но и форм социальной защиты, как результат накопленного опыта предшествующих поколений. Так, Фирсов М.В., Студенова Е.Г. в основу своей типологизации зарубежных моделей социальной защиты с учетом социально-исторического анализа ставят зависимость формирования и развития зарубежных институтов социальной защиты от социокультурной среды, сложившихся исторических традиций и своеобразия менталитета. На этом основании в своих исследованиях они выделяют следующие модели: *филантропическую помощь, общественную благотворительность, социальное обеспечение, социальные службы.*

Принцип учета целевых групп, нуждающихся в социальной защите. В организации социальной защиты населения существуют две преобладающие целевые группы, нуждающиеся в социальной защите: нетрудоспособное население как следствие социально-экономической недееспособности и трудоспособное население, не сумевшее адаптироваться к условиям изменившейся среды.

Осуществление принципа *межсубъектного взаимодействия с доминирующей ролью государства* предполагает наличие определенного круга субъектов в институциональном процессе, вступающих в сферу взаимодействия по поводу социальной защиты. Такой подход обусловлен тем, что пространство социальных интересов в рыночной экономике в сфере социальной защиты по своей природе не может быть единым – оно разделено на множество социальных сегментов. Основная задача формирования моделей институтов социальной защиты состоит в объединении однотипных

непротиворечивых интересов социальных субъектов (работодателей и работников), согласовании их с интересами государства и общественными институтами, в создании соответствующей правовой базы, финансовых механизмов, необходимой социальной инфраструктуры, перераспределения ответственности между государством, социальными партнерами и частными лицами (застрахованными лицами и просто гражданами).

Для них характерными являются устоявшиеся социально-экономические, правовые отношения между субъектами (граждане, работники, работодатели, государство, страховые организации, органы социального обеспечения), целью которых является не только удовлетворение потребностей, но и сохранение человеческих ресурсов, общечеловеческих и индивидуальных ценностей.

По словам Л.Эрхарда, ядром социального рыночного хозяйства является антикартельное законодательство, препятствующее опасной концентрации экономического могущества как возможной помехи экономическому равновесию в рыночном хозяйстве. Конкуренция должна быть обеспечена государственными мероприятиями. Понятия «благосостояние для всех» и «благосостояние через конкуренцию» неразрывны. Одно является целью, другое – путем, ведущим к этой цели. Только через развитие конкуренции может существовать социальное рыночное хозяйство [10]. Кроме того, в современных условиях в регулировании процессов, происходящих в сфере социальной защиты, усиливается роль новых субъектов: негосударственных предприятий, общественных объединений, частных лиц.

Государство как один из основных субъектов регулирования данного процесса принимает на себя особую роль за руководство секторами. Рассмотрим на примере США, какими средствами государство оказывает влияние на осуществление мер в сфере социальной защиты с позиции основного координатора. Во-первых, оно стимулирует *программы социальной защиты частного бизнеса*, которому делегирована немалая часть социальной ответственности за решение данных проблем. Это проявляется в увеличении объемов финансирования про-

грамм, корректировке их законодательных основ, определении социальных приоритетов, разработке и внедрении мер, стимулирующих развитие социальных программ частного сектора, личную ответственность трудоспособных граждан за самообеспечение себя и своей семьи.

Во-вторых, тот же подход наблюдается на *предприятиях*. Социальными программами они охватывают не только своих работников, но и членов их семей, облегчая тем самым нагрузку на государственный бюджет, достигая достаточно высокого уровня расходов на социальную защиту. Как правило, положения о социальных льготах и программах включены в коллективные договоры. Наиболее распространены: программы, связанные с частным социальным страхованием (страхование жизни, на случай временной и постоянной нетрудоспособности, медицинское страхование, связанное с условиями труда); программы организации питания на производстве; программы здоровья; программы по уходу за детьми и престарелыми родственниками работников и др. [1. С. 21].

Отличительная особенность социальных программ на уровне предприятий в США – их свободный выбор. Если раньше предлагался набор льгот и услуг в «пакете», заранее сформированном, то в последнее время такие пакеты вытесняются «гибкими программами», предоставляющими свободу выбора тех или иных выплат, услуг в зависимости от состояния здоровья, интересов, семейного положения каждого члена трудового коллектива. Внедрение социальных программ на частных предприятиях осуществляется в четыре этапа [10. С. 22].

На первом этапе определяется перечень льгот и услуг на основе анкетирования работников для выявления предпочитаемых ими программ. На втором этапе оценивается стоимость предлагаемых в программах льгот и услуг. На третьем этапе участникам даются консультации об особенностях функционирования социальных программ. На четвертом этапе на основании полученных данных делаются расчеты и для каждого работника разрабатываются наборы пособий. Все это заносится в личную карточку

служащего, данные которой накапливаются в компьютере.

В-третьих, в выстраивании межсубъектных отношений значительная роль отводится реформам, направленным на расширение возможностей *индивидуального выбора* при ограничении обязательного общего компонента социальной защиты. Тем не менее государство играет здесь важную роль, неся ответственность за подготовку, принятие и претворение в жизнь соответствующих регламентирующих актов и законов, а также непосредственно осуществляя управление частью системы социальной защиты (основные или минимальные пособия).

Таким образом, социально-экономическая практика цивилизованных стран выработала сравнительно эффективную систему перераспределения доходов населения, которая реализуется по трем основным каналам: а) государственное перераспределение, базирующееся на налоговой системе и государственной системе социального обеспечения; б) частное распределение, осуществляемое путем взимания государством обязательных платежей с частного сектора через систему частных фондов страхования; в) личный канал перераспределения включает в себя передачу денежных средств от одних семей к другим [10]. В результате в процессе данного взаимодействия складываются устойчивые отношения, которые позволяют проводить государственную политику в сфере социальной защиты населения наиболее эффективно на условиях партнерства.

Принцип социально-нормативной согласованной упорядоченности предполагает наличие социальных и правовых норм, предписаний (специфических по принадлежности), регулирующих поведение людей и структур в институциональном процессе.

В основе международной правовой регуляции систем социальной защиты личности (правовые положения на уровне ООН, МОТ, международных группировок и объединений – социальное законодательство Европейского Сообщества, Совета Европы) лежит концепция так называемых элементарных (базисных) потребностей, безотлагательное удовлетворение которых считается абсолютно необходимым условием для со-

хранения жизни, здоровья и цивилизованного уровня жизнедеятельности личности и зависимых членов его семьи.

Международные принципы, социальные нормы, нормативы и стандарты образуют важные основы национальных институтов социальной защиты. Социальная защита постоянно находится в поле зрения международных организаций, уделяющих первостепенное внимание вопросам международно-правового регулирования и координации в данной области.

Принятый в 1966 г. Международный пакт ООН об экономических, социальных и культурных правах содержит несколько статей, посвященных правам в области социального обеспечения. Соблюдение пакта обязательно для ратифицировавших его стран.

Важную роль в осуществлении социальной защиты граждан играет Международная организация труда (МОТ), направляющая усилия на практическое воплощение общих принципов социальной справедливости в законодательстве отдельных стран и обладающая одной из самых совершенных систем международного контроля за исполнением ратифицированных конвенций. В 1952 г. МОТ принята Конвенция №102, содержащая концепцию социальной защиты, которая провозгласила право всех граждан на социальную помощь вне зависимости от трудового стажа и размера выплаченных страховых взносов [5]. В данной концепции было выделено девять направлений, по которым эта помощь должна оказываться: медицинское обслуживание, пособия по болезни, пособия по безработице, пенсии по старости, пенсии по производственному травматизму, пособия в связи с рождением ребенка, семейные пособия, пособия по инвалидности, пособия по случаю потери кормильца. В Конвенции зафиксирован базовый принцип равноправия при оказании социальной помощи: все государства, ратифицировавшие конвенцию, принимают на себя обязательства предоставлять на своей территории гражданам любого другого государства – члена МОТ, а также беженцам и лицам без гражданства одинаковые со своими гражданами права, касающиеся установленных конвенцией видов

обеспечения. Странам, не достигшим необходимого уровня развития экономики и системы медицинского обслуживания населения, дана возможность ратифицировать конвенцию «с изъятиями» при обосновании причин изъятий в ежегодных докладах, предоставляемых МОТ.

Не меньшее значение имеет Европейская социальная хартия, принятая членами Европейского Союза (ЕС) в 1989 г. Ее положения были дополнены и развиты в новой редакции Хартии от 3 мая 1995 г. В этих документах, не имеющих статуса международных договоров, содержатся нормы рекомендательного характера об основных правах на социальную защиту как работающих граждан (в случае наступления социального риска и утраты заработка они обеспечиваются адекватными выплатами), так и неработающих, не имеющих средств существования (они обладают правом на социальную помощь в размере прожиточного минимума). Подписавшие Хартию стороны обязались путем заключения двусторонних и многосторонних соглашений обеспечить равенство граждан каждой из сторон в области социального обеспечения в случае миграции работников из одной страны в другую.

В России первыми документами, обозначающими новые нормы социальной защиты, стали:

– Декларация прав и свобод человека и гражданина (1991 г.);

– Постановление Совета Министров РСФСР «О первоочередных мерах по созданию государственной системы социальной помощи семье» (1991 г.);

– Указ Президента Российской Федерации «О первоочередных мерах по реализации Всемирной декларации об обеспечении выживания, защиты и развития детей в 90-е годы» (1992 г.).

В Конституции Российской Федерации (декабрь 1993 г.), было провозглашено построение социального государства, которое призвано обеспечить достойную жизнь и свободное развитие личности, гарантии права на труд, на социальное обеспечение и защиту, медицинское обслуживание, жилье, образование, охрану семьи, материнства, отцовства и детства.

Основные аспекты регулирования названных социальных прав были также закреплены в Основах социального законодательства РФ.

Дополнительно к обозначенным принципам российская модель института социальной защиты включает в себя *конфигурацию структур администрирования, осуществляющих социозащитную деятельность, имеющую многофункциональный, уровневый и асимметричный характер.*

В числе главных организационно-правовых форм национальных институциональных моделей социальной защиты МОТ рассматривает национальные системы социальной защиты как комбинацию различных институтов социального страхования и социального вспомоществования.

Классификация форм социальной защиты на международном уровне осуществлена целым рядом исследователей. Например, В.Д.Роик выделил три основные направления, которые, на его взгляд, определяют выбор форм национальных моделей социальной защиты: персональная и общественная ответственность за материальное благополучие членов общества; личная, профессиональная и общественная безвозмездная помощь особо нуждающемуся населению; личная, коллективная и профессиональная взаимопомощь при организации защиты от массовых социальных рисков. Им же названо пять базовых форм социальной защиты (государственная социальная помощь, государственное социальное обеспечение, обязательное (по закону) социальное страхование, добровольное дополнительное (профессиональное) социальное страхование, добровольное личное страхование), которые являются новыми социальными институтами видового характера [13].

В связи с таким разнообразием форм социальной защиты многие исследователи приходят к выводу, что любая национальная модель института социальной защиты представляет собой *многофункциональную организационную структуру*, вбирающую в себя практически все вышеперечисленные организационно-правовые формы. Вместе с тем, проблемы формирования модели организационно-институциональной структуры социальной защиты до сих пор обсуждаются.

Принципиальным, по мнению отдельных ученых, является вопрос, будет ли по каждому отдельному направлению социальной защиты существовать одна организация или же их будет несколько («разветвленная система»).

В пользу единых национальных систем социальной защиты говорит, на первый взгляд, тот факт, что можно ограничиться созданием только одной управленческой структуры, полагая, что единая организация скорее сможет гарантировать всем своим клиентам одинаковые условия и исключит возможность каких-либо привилегий. Однако, оценивая значительные различия в потребности социальной защиты разных групп населения, представляется сомнительным, что единая система соцзащиты сможет отвечать интересам каждой отдельной группы. При явственных различиях потребности в социальной защите значительно более приемлемо, считает А.А.Лабейкин, создание разветвленной системы из нескольких организаций, каждая из которых по своему устройству может наилучшим образом соответствовать специфическим потребностям отдельных групп населения в социальной защите [6]. Кроме того, в пользу разветвленной системы говорит тот факт, что круг людей, охваченных отдельной организацией, является более однородным по своему составу, чем в случае единого соцобеспечения. Разветвленная организационно-институциональная модель социальной защиты может опираться на большую поддержку и согласие населения, что имеет решающее значение, выраженное в формировании таких социально-психологических механизмов, которые обеспечивают стабильность и устойчивость общественной жизни.

Так, в Японии национальная модель института социальной защиты имеет сложную организационную структуру. Кроме элементов, обычно включаемых в понятие социальной защиты, к ней относят меры по оказанию помощи жертвам войны, а также так называемые благодарственные пенсии – онкю (распространяется на бывших военнослужащих и полицейских). В совокупную модель социальной защиты входят: общественное вспомоществование, социальное об-

служивание, социальное страхование и общественное здравоохранение. Каждое из перечисленных направлений обеспечивается соответствующей организационно-функциональной структурой.

В Швеции, как мы уже отмечали, институт социальной защиты отвечает за предоставление различного рода государственных услуг. Основная нагрузка в осуществлении мероприятий в сфере социальной защиты ложится на муниципалитеты (комитеты социальной помощи). Для реализации данных целей в 1977 г. в Швеции произведена реорганизация социального ведомства и сформулированы задачи социальной службы. Среди них выделены четыре основных направления: гарантии дохода, мероприятия в отношении окружающей среды и сервиса, уход (включая здравоохранение) и защита трудовой среды. За каждое из направлений отвечает конкретный общественный институт.

В России институционально-организационная структура социальной защиты также имеет разветвленную сеть. Она представлена такими видами деятельности, как социальное страхование, социальное обеспечение, социальная помощь.

Отсюда следует вывод, что, становление национальных систем социальной защиты связано с состоянием экономической базы страны, проведением государством социально-ориентированной политики. Обусловливают перманентные изменения в моделировании свойств социальной защиты ее характеристики: природная среда, демографические и социокультурные факторы, исторически сложившаяся социальная стратификация населения, уровень развития экономической и социальной инфраструктуры и т.п.

Библиографический список:

1. *Блауг М.* Экономическая мысль в ретроспективе / М.Блауг. М., 1999.
2. *Гонтмахер Е.Ш.* Социальная политика в России: уроки 90-х / Е.Ш.Гонтмахер. М., 2000.
3. *Калашников С.В.* Становление социального государства / С.В.Калашников. М., 2003.

4. *Камаев В.Д.* Социальная политика в рыночной экономике / В.Д.Камаев. М., 1996.
5. *Конвенция №117 МОТ «Об основных целях и нормах социальной политики».* 1962.
6. *Лабейкин А.А.* Некоторые вопросы функционирования систем социальной защиты в странах Западной Европы / А.А.Лабейкин. Орел: Орелиздат, 1997.
7. *Лавров А.* Анализ тенденций развития регионов России в 1992-1995 гг. / А.Лавров // Вопросы экономики. 1996. №6.
8. *Лебедев О.Т.* Социальная защита населения / О.Т.Лебедев, С.А.Язвенко. СПб., 1999.
9. *Лебедева Л.Ф.* Проблемы социального обеспечения: новые подходы и решения / Л.Ф.Лебедева // США и Канада. 2000. №7.
10. *Лебедева Л.Ф.* США: государство и социальное обеспечение (механизм регулирования) / Л.Ф.Лебедева. М., 2000.
11. *Наклонов Д.Н.* Региональный аспект развития социальной сферы / Д.Н.Наклонов. СПб., 2002.
12. *Рекомендации* правительствам и парламентам стран СНГ по вопросам политики в области социального обеспечения. TACIS / 905. 1994.
13. *Роик Д.Я.* Основы социального страхования / Д.Я.Роик. М., 2004.
14. *Самсонова Л.О.* Опыт социальной политики в ФРГ (80–90-е гг. XX в.) / Л.О.Самсонова: дисс. ... канд. ист. наук. Краснодар, 2003.
15. *Современные Соединенные Штаты Америки.* Энциклопедический справочник. М., 1988.
16. *Социальная защита населения.* Сборник Академии труда и социальных отношений. Коллективная монография. М., 1998.
17. *Социальная защита семьи и детей (зарубежный опыт).* М., 1992.
18. *Тишин Е.В.* Социальная защита и социальное обеспечение за рубежом / Е.В.Тишин. СПб.: РАН ИСЭП, 1994.
19. *Хижный Э.К.* Занятость, безработица и социальная защищенность граждан ЕС / Э.К.Хижный // Проблематический сборник №1. М., 2000.

PRINCIPLES OF CONSTRUCTION OF THE NATIONAL SOCIAL PROTECTION SYSTEMS MODELS

Z.P.Zamaraeva

Perm State University, 614990, Perm, Bukireva st., 15

Alongside with the standard principles underlying process of modelling of national systems of social protection of the states, the author of the article examines the principles which are taking place in a basis of formation of modern Russian national model.

Keywords: a model, social protection, social insurance, social relief aid, policy of social development

Вестник Пермского университета

Выпуск 1 (1)

ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

Редактор *Г.В.Тулякова*
Корректор *И.А.Михина*
Компьютерная верстка *Н.Ю.Шадрина, В.В.Шадриной*
Дизайн обложки *М.А.Шпаков*

Подписано в печать 29.09.2008. Формат 60x84¹/₈.
Усл. печ. л. 10,32. Уч.-изд. л. 10,77. Тираж 500 экз. Заказ

Редакционно-издательский отдел
Пермского государственного университета
614990. Пермь, ул. Букирева, 15

Типография Пермского государственного университета
614990. Пермь, ул. Букирева, 15