

Министерство образования и науки Российской Федерации
Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова
Юридический факультет

**Юридические записки
Ярославского государственного
университета
им. П. Г. Демидова**

Выпуск 15

Нормы права: теория и практика

Ярославль 2011

УДК 34(06)
ББК Х.я43
Ю 70

Рекомендовано
Редакционно-издательским советом университета
в качестве научного издания. План 2010/2011 года

Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Вып. 15: Нормы права: теория и практика / отв. ред. М. В. Лушникова ; Яросл. гос. ун-т им. П. Г. Демидова. – Ярославль : ЯрГУ, 2011. – 224 с.

«Юридические записки» продолжают традицию периодических изданий Ярославского Демидовского юридического лица. В сборнике опубликованы труды преподавателей юридического факультета.

Сборник предназначен для научных работников, юристов-практиков и студентов юридических факультетов.

УДК 34(06)
ББК Х.я43

Редакционная коллегия:
М. В. Лушникова (отв. редактор)
В. В. Бутнев
В. Н. Карташов
Л. Л. Кругликов
А. М. Лушников
Н. Н. Тарусина

© Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова, 2011

Содержание

Карташов В. Н. Проблемы формирования общей теории норм права	5
Бутнев В. В. Еще раз о понятии и структуре правовых норм.....	29
Мотовиловкер Е. Я. Природа запрещающих норм	42
Вантеева Н. В. Сущность муниципальных норм права	55
Тарусина Н. Н. Семейно-правовые нормы: качественное своеобразие и особенности существования в окружающей социально-нормативной среде	65
Баумова М. Г. К вопросу о соотношении норм земельного и гражданского законодательства, устанавливающих права на земельные участки.....	98
Лушникова М. В. Нормы международного трудового права и международного права социального обеспечения: теория и практика	104
Лушников А. М. Локальные нормы в трудовом праве: социальное назначение и правовая природа (историко-правовой экскурс).....	127
Иванов А. Б. Нормы трудового права как предмет кодификации: вопросы теории и истории	148
Смирнов Д. А. О некоторых логических аспектах структуры нормы права (на примере норм трудового права).....	161
Кругликов Л. Л. Применение норм уголовного права в условиях их пробельности	170

Благов Е. В. Про норму уголовного права.....	181
Соловьев О. Г., Авдеев О. Ю. Конструирование диспозиции уголовно-правовой нормы: особенности использования приемов законодательной техники	194
Иванчин А. В. Структура уголовно-правовой нормы и место в ней состава преступления.....	202
Каплин М. Н. О месте нормы в элементарной структуре уголовного права.....	215
Сведения об авторах	221

Проблемы формирования общей теории норм права

Учение о правовых нормах составляет важную часть теории права. Как это ни странно, но при всей, казалось бы, обстоятельной разработке данной проблемы применительно к нормам права в целом и отдельным их разновидностям целостная и органичная общая теория правовых норм ни в отечественной, ни в зарубежной юриспруденции еще не сложилась. Об этом свидетельствует, во-первых, то, что ученые-юристы не могут прийти к единому пониманию нормы права. Она рассматривается в качестве «формы Должного» и «формы Сущего»; «правового предложения» и «формально-определенного веления (повеления)»; «юридического приказа» и «правового решения»; «общего (типичного, абстрактного и т. п.) правила правового поведения» и «индивидуального юридического распоряжения»; «нормы государственного вмешательства» («нормы государственного принуждения») и «нормы союза» (имеется в виду любое сообщество людей. – *В. К.*); «меры юридической свободы и ответственности»; «самообязывающей силы» и т. д.¹

¹ Подробнее см., например: Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. М., 1982. Т. 2; Его же. Общая теория права: учебник. М., 2009; Нормы советского права / под ред. Н. И. Байтина, В. К. Бабаева. Саратов, 1987; Вопленко Н. Н. Очерки общей теории права. Волгоград, 2009; Давыдова М. Л. Нормативно-правовое предписание: природа, типология, технико-юридическое оформление. СПб., 2009; Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2007. Т. 2; Поляков А. В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход. СПб., 2003; Радько Т. Н. Теория государства и права: учебник. М., 2009; Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. М., 2006; Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2007; Дворкин Р. О правах всерьез: пер. с англ. М., 2004; Харт Г. Л. Понятие права: пер. с англ. СПб., 2007; Паттаро Э. Нет права без норм // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2009. С. 284–342; Кравец В. Пересмотр понятия права: директивы и нормы с точки зрения нового правового реализ-

Во-вторых, до сих пор весьма спорным является вопрос о структуре правовой нормы. Причем чаще всего «камнем преткновения» служит даже не структура (я уже не говорю об идее полиструктурности норм права), а состав элементов юридических норм.

В-третьих, весьма поверхностно и догматично исследуется их соотношение с легальными дефинициями, принципами, нормативными справками и другими смежными явлениями в содержании права.

В-четвертых, подавляющее большинство отечественных ученых понимают под нормами права установленные (санкционированные) государством и обеспеченные мерами государственного принуждения веления (правила, предписания и т. д.). Почему-то многие авторы не замечают либо не хотят замечать тот факт, что органы местного самоуправления и другие негосударственные организации активно участвуют в подготовке и издании норм права. По мнению независимых экспертов, только на муниципальном уровне ежегодно принимаются сотни тысяч нормативных правовых актов.

В-пятых, в настоящее время требуется расширить систему классификаций норм права. Группировку их в отдельные типы, виды и подвиды следует проводить в рамках пространственной структуры правовых норм.

Не претендуя в этой небольшой статье на глубокое и всестороннее исследование всех поставленных в ней вопросов, попробуем наметить те перспективные направления, разработка которых будет способствовать формированию общетеоретической концепции норм права. Последняя же должна занять достойное место в отраслевых юридических науках, в общей теории права и теории правовой системы общества.

1. Понятие, основные признаки и дефиниции норм права.

Правовые нормы являются основными, ведущими элементами в *юридическом содержании* права. Поэтому они обладают общи-

ма // Там же. С. 433–445; Эрлих О. Социология права // Там же. С. 593–603; Дискуссия Г. Кельзена и О. Эрлиха // Там же. С. 604–644; Спор между Г. Хартом и Р. Дворкиным: анализ концептуальных положений и связанных с ним актуальных дискуссионных проблем в современной теории права // Российское правосудие. 2009. № 3 (35). С. 4–22; Чистое учение о праве Ганса Кельзена. сб. переводов. М., 1987. Вып. 1–2.

ми признаками, характерными для права в целом и нормативно-правовых предписаний в частности, т. е. представляют собой логически завершенные и цельные веления, выраженные и непосредственно закрепленные в соответствующих единицах (статьях, пунктах, частях и т. п.) текста нормативного правового акта и иных форм права, общеобязательные для исполнения (соблюдения, применения и т. п.), являются элементами системы права, выступают в качестве нормативно-правовых регуляторов общественных отношений и т. д.²

В отличие от иных нормативно-правовых предписаний (принципов права, легальных дефиниций, нормативных справок, предписаний-сроков и т. п.), нормы права имеют **специфические признаки**.

1. Это *общеобязательные правила* поведения (деятельности) людей, их коллективов и организаций, т. е. они рассчитаны на определенный вид типичных общественных отношений, обращены к персонально неопределенным субъектам, выступают общим масштабом (моделью) поведения.

Поэтому вряд ли правы те отечественные (Р. З. Лившиц, И. И. Лукашук, Л. И. Петражицкий, А. В. Поляков и др.) и зарубежные (Г. Кельзен, Э. Паттаро, Л. Эннексерус и др.) авторы, которые относят к нормам права индивидуальные правовые предписания. Так, Л. Эннексерус писал: «Большая часть правовых норм носит общий характер... Но имеются также правовые нормы, относящиеся только к индивидуально-определенному лицу, к определенной вещи, определенному правоотношению (или к множеству индивидуально-определенных лиц, вещей или правоотношений). Такие нормы мы называем индивидуальными нормами или привилегиями»³. Р. З. Лившиц отмечал, что «судебное решение не отличается от правовой нормы. Отличие привыкли

² См., например: Карташов В. Н. Введение в общую теорию правовой системы общества. Ярославль, 1995. Ч. 1; Его же. Теория правовой системы общества: учеб. пособие: в 2 т. Ярославль, 2005. Т. 1; Давыдова М. Л. Нормативно-правовое предписание: природа, типология, технико-юридическое оформление. СПб., 2009.

³ Эннексерус Л. Курс германского гражданского права Т. 1, полутом 1: Введение и общая часть. М., 1949. С. 163.

видеть в том, что норма имеет всеобщее применение, а конкретное судебное решение персонифицировано, относится только к определенной ситуации. По-видимому, в таком подходе больше традиционности, чем справедливости. Суть правовой нормы в обязательности содержащегося в ней правила, но отнюдь не в том, скольких людей она касается»⁴.

Проф. Мюнстерского университета В. Кравец также пишет об общих и индивидуальных правовых нормах, которые рассматриваются им в качестве специфических юридических коммуникаций⁵.

Однако более убедительной нам представляется позиция тех авторов (Н. М. Коркунова, Г. Ф. Шершеневича, В. К. Бабаева и др.), которые относят к нормам права только общие (общеуказываемые, всеобщие и т.п.) юридические правила. Так, А. С. Пиголкин пишет, что *«общий характер правовой нормы означает, во-первых, что она рассчитана на свое осуществление всякий раз, когда налицо обстоятельство, предусмотренное данной нормой, что она не теряет свою силу после однократного применения, а действует постоянно... Во-вторых, общий характер нормы означает персональную неконкретность ее адресатов: она распространяет свое действие на любых лиц, которые вступают или могут вступать в правоотношения на ее основе, адресована, как правило, кругу лиц, для которых характерны общие признаки (граждане, депутаты парламента, пенсионеры, работники министерства, фирмы и т. д.)»*⁶. А. В. Мицкевич также указывает, что нормы права, будучи общими нормативно-правовыми предписаниями, относятся не к отдельному случаю или лицу, а к тому или иному виду действий, отношений и лиц; осуществляются неоднократно, т. е. всякий раз, когда налицо условие для ее реализации; не прекращает своего действия ее исполнением в каждом отдельном случае, даже если этих случаев бесчисленное множество. Названные признаками норм права отличаются от индивидуальных,

⁴ Лившиц Р. З. Теория права. М., 1994. С. 109–110.

⁵ См.: Кравец В. Пересмотр понятия права: директивы и нормы с точки зрения нового правового реализма // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2009. С. 441.

⁶ Теория государства и права / под ред. А. С. Пиголкина, Ю. А. Дмитриева. М., 2008. С. 452.

хотя бы и повторяющихся, и длящихся нормативно-правовых предписаний⁷.

2. Многие отечественные авторы (С. Н. Братусь, С. А. Галунский, Н. М. Коркунов, Т. Н. Радько, А. Ф. Шебанов и др.) относят к нормам права только общеобязательные правила, которые издаются государством и обеспечиваются государственным принуждением. Так, М. И. Байтин пишет: «Норма права ... исходит от государства и является официальным выражением государственной воли»; ... «она всегда представляет собой *властное общеобязательное предписание государства...*, охраняется от нарушений *принудительной силой государства*»⁸.

Здесь необходимо сделать три существенных уточнения. Во-первых, нормы права *принимаются как государственными, так и негосударственными органами и организациями* (например, органами местного самоуправления, частными хозяйствующими субъектами и т. д.). Во-вторых, они (правовые нормы) *обеспечиваются (охраняются и т. п.) не только средствами государственного, но и негосударственного воздействия*. В-третьих, некоторые авторы впадают в другую крайность и считают нормы права «само-обязывающей силой»⁹.

3. Норма права имеет *предоставительно-обязывающий* характер. Некоторые ученые (Н. И. Матузов, А. В. Поляков, А. Ф. Шебанов и др.) полагают, что суть данного ее свойства «заключается в выводимом из нее **правомочии (субъективном праве)** одного субъекта, коррелятивно связанного (взаимообусловленного) с **правовой обязанностью** другого субъекта»¹⁰, в установлении взаимных субъективных прав и субъективных юридических обязанностей участников общественных отношений.

⁷ См.: Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2007. Т. 2. С. 318.

⁸ Байтин М. И. Сущность права. М., 2005. С. 204–205.

⁹ См.: Касаткин С. Н. Нормативно-реалистическая перспектива философии права (О работе Энрико Паттаро «Право объективное и субъективное: Переосмысление реальности должного») // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 280.

¹⁰ Поляков А. В. Указ. соч. С. 684.

Это не совсем так. Поскольку содержанием правовых норм являются общие правила поведения, устанавливающие общие права и обязанности, только потенциальную возможность появления субъективных прав и субъективных юридических обязанностей, то возникновение последних связано уже с наличием конкретных юридических фактов и составов.

4. Правовые нормы представляет собой *юридическую меру возможного и должного деяния* (действия и бездействия). Этот признак важен как для установления количественных (совокупность свойств, элементов, связей и т. п.), так и качественных (устойчивость, оптимальность и т. п., свойства, элементы, связи и т. п.) показателей поведения субъектов юридической практики. Выражая единство качества и количества, например, в судебной деятельности, нормы материального и процессуального права определяют юридические границы (пределы), варианты действия (бездействия) судебных органов и ее участников (истцов, ответчиков, свидетелей и т. п.). В то же время правовые нормы выступают важным формально-определенным критерием оценки поведения субъектов права и соответствующей ценностью в правовой системе общества. Так, И. А. Ильин писал: «В основании всякого решения о том, что «правильно», в основании всякой нормы и, следовательно, в основании всякой *правовой нормы*, всякого полномочия и обязанности лежит необходимо некоторая открыто или тайно признаваемая ценность: «должное» есть всегда именно потому «должное», что содержание его точно воспроизводит форму и содержание ценности...»¹¹.

5. Нормы права являются *типичными* и *юридически значимыми моделями, образцами, стандартами* и т. п. коммуникативно-правовой деятельности и, как правило, интеллектуально-творческой и социально-преобразующей деятельности. В этой деятельности они также выступают в качестве юридического результата (итога правотворчества) и юридического средства (например, процесса реализации, толкования, систематизации права) социально-правовых преобразований, удовлетворения соответствующих интересов (материальных и духовных, имущественных и т. п.) субъектов права.

¹¹ Ильин И. А. Собр. соч.: в 10 т. М., 1994. С. 196.

6. Как элементы системы и содержания права нормы выступают специфическим юридическим регулятором общественных отношений, закрепляя права и обязанности сторон, условия (предпосылки и т. п.) их действия, средства и методы реагирования на случаи нарушения (неисполнения, злоупотребления и т. п.) установленных общеобязательных правил. Как верно подметил В. Кравец, «общество направляет человеческое действие по нормативным координатам правовой системы, которые формулируются и фиксируются на языке права. Иными словами, с учетом всей сложности жизненных обстоятельств все юридически значимые вопросы разделяются на нормы и факты. Такая дихотомизация применительно к социальной структуре является характерной чертой правовой системы...» Подобного мнения придерживаются также Р. Шредер, К. Фелделер и другие авторы, на которых ссылается В. Кравец¹².

В отечественной и зарубежной литературе выделяют и другие признаки норм права: социальную нормированность, общезначимость (полезность, ценность и т. п.), системность, структурированность, функциональность, официальную текстуальную заданность, научную обоснованность, волевою направленность, динамизм, стабильность и пр.

Безусловно, при соответствующей интерпретации их можно отнести к признакам норм права. Однако нельзя забывать, что эти признаки в то же время характеризуют и многие иные, например так называемые нестандартные нормативно-правовые предписания (принципы права, легальные дефиниции, нормативные рисунки, цели, сроки и т. д.).

Необходимо не только выделять специфические свойства норм права, но и особенности их внутреннего строения, состава элементов (гипотезы, диспозиции, санкции и т. п.) и связи между этими элементами, что предполагает обстоятельный анализ их логической, стохастической, пространственной и иных структур.

Анализ указанных и других признаков позволяет дать самые различные определения понятия «нормы права» – от самых кратких и простых до весьма сложных и объемных, имеющих

¹² См.: Кравец В. Указ. соч. С. 438.

теоретическое и дидактическое, практически прикладное и быденное значение. Например, под нормой права можно понимать общеобязательное правило поведения, регулирующее отношение между субъектами путем предоставления прав и обязанностей, обеспеченных мерами государственного и иного воздействия. Или: норма права – это такая разновидность социальных норм и нормативно-правовых предписаний, которая выступает в качестве общеобязательного, формально определенного правила, имеющего предоставительно-обязывающий характер, специфическое логическое строение (структуру), устанавливающее в качестве эталона (образца, модели, стандарта и т. п.) определенную меру возможного и должного поведения субъектов, обеспеченную средствами и методами государственного и иного воздействия в процессе регулирования общественных отношений. Норму права можно также определить как общеобязательное правило поведения, регулирующее меру юридической свободы и ответственности, которые охраняются государственными и частными субъектами права.

II. Структуры норм права. В самом общем плане под **структурой нормы права** следует понимать *ее строение, определенную систему свойств и элементов, взаимодействующих между собой и внешней средой через логические и стохастические, генетические и функциональные, временные и пространственные, горизонтальные и вертикальные, жесткие и иные связи.*

В отечественной и зарубежной литературе существуют разнообразные взгляды на структуры норм права. Так, Питирим Сорокин полагал, что в каждой норме права можно выделять следующие элементы: а) субъект права, б) субъект обязанности, в) объект права, г) объект обязанности, д) ссылку на источник права, е) дополнительные условия времени, места и способа ее действия, ж) адресат юридических действий¹³. Нам представляется, что в данном случае речь идет об идеальной модели построения нормы права, к которой должен стремиться «законодатель», но которую трудно найти в реальной правовой действительности.

¹³ См.: Сорокин П. А. Элементарный учебник права в связи с теорией государства. Ярославль, 1919. С. 33 и след.

Н. М. Коркунов писал, что «все юридические нормы по сути условные правила. Поэтому каждая юридическая норма состоит, естественно, из двух элементов: из определения условий применения правила и изложения самого правила. Первый элемент называется *гипотезой* или *предположением*; второй – *диспозицией* или *распоряжением*». Не отрицает он и наличия в отдельных случаях в нормах права такого элемента, как санкция, которая служит обеспечению «их действительного соблюдения»¹⁴.

Б. Т. Базылев относил санкцию к элементам структуры не всех норм права, а только тех, которые устанавливают меры юридической ответственности¹⁵.

В отечественной литературе весьма распространенной является точка зрения, согласно которой все правовые нормы имеют три элемента: гипотезу (указывает на условие действия нормы), диспозицию (закрепляет права и обязанности) и санкцию (устанавливает меры воздействия для участников поведения).

Многие авторы (С. В. Курылев, А. Ф. Черданцев и др.) полагают, что нормы права в зависимости от их видов состоят из двух элементов: регулятивная норма имеет гипотезу и диспозицию, а охранительная – гипотезу и санкцию¹⁶.

Некоторые ученые считают, что традиционные элементы состава следует дополнить адресатами нормы права (А. С. Пиголкин), ее целями (Ф. Н. Фаткуллин), «указанием на условия действия санкции» (В. Н. Протасов), а также на субъекты и объекты (В. Пешка) и др.¹⁷

Анализ указанных и иных точек зрения, а также собственные размышления по этому поводу привели нас к выводу, что подавляющее большинство авторов не обращают внимания на то, что нормы права представляют собой полиструктурное образование, включающее, в частности, не только логическую, но и стохастиче-

¹⁴ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1909. С. 125–133.

¹⁵ См.: Базылев Б. Т. Юридическая ответственность. Красноярск, 1985. С. 36.

¹⁶ Подробнее о двухэлементной логической структуре норм права см.: Нормы советского права. С. 98 и след.

¹⁷ См.: Там же. С. 100; Протасов В. Н., Протасова Н. В. Лекции по общей теории права и теории государства. М., 2010. С. 311.

скую, генетическую и функциональную, временную и пространственную, горизонтальную и вертикальную и иные структуры.

Под **логической структурой нормы права** понимается такое *ее внутреннее строение, расположение элементов состава, способов соединения и связей этих элементов, которое обеспечивает ей (норме) целостность, сохранение основных свойств и функций при различных внутренних и внешних изменениях.*

Конструируется логическая структура по следующей схеме: «Если..., то..., иначе...». «Для воссоздания логической структуры (логической нормы), – пишет В. К. Бабаев, – кроме требований и правил логики, необходимо хорошее знание законодательства, юридической техники, системообразующих связей правовых норм и механизма их действия»¹⁸.

В качестве элементов состава в логической структуре обычно выделяют гипотезу, диспозицию и санкцию. Под **гипотезой** понимается часть нормы права, указывающая (описывающая и т. п.) на разнообразные обстоятельства, при наличии или отсутствии которых реализуется данная норма либо другие связанные с ней нормы и нормативно-правовые предписания.

Некоторые авторы (А. Б. Венгеров, А. В. Астанин и др.) нередко гипотезу отождествляют с конкретными юридическими фактами и фактическими составами. Например, А. В. Астанин в диссертации, специально посвященной данному элементу нормы права, рассматривает «юридический факт как компонент гипотезы юридической нормы. ...В структурном составе гипотезы, – указывает он, – закрепляются и другие компоненты, в том числе вина, вменяемость, правосубъектность и др.»¹⁹.

Автор путает здесь нормативные (типичные) **условия** возникновения (изменения, прекращения) правоотношений с фактами реальной жизни (юридическими фактами), которые служат **основаниями** субъективных прав и юридических обязанностей.

Гипотезы норм права можно подразделить: в зависимости от указания о наличии или отсутствии юридически значимых фактов – на **положительные и отрицательные**; по степени слож-

¹⁸ Нормы советского права. С. 101.

¹⁹ Астанин А. В. Гипотеза как элемент правовой нормы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 13–14.

ности – на **простые, сложные и альтернативные**; по уровню формальной определенности – на **абстрактные и казуальные**.

В отечественной и зарубежной литературе выделяют и иные гипотезы²⁰.

Диспозиция – элемент состава правовой нормы, которая устанавливает юридическую предрасположенность субъектов к действиям (бездействию), их направленность и последовательность, само правило поведения, права и обязанности, возможное и должное поведение. Классическим примером является п. 1 ст. 454 ГК РФ: «По договору купли-продажи (далее идет диспозиция. – *В. К.*) одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену)».

Диспозиции норм права различаются: по уровню формальной определенности – на **абстрактные и казуальные (описательные, конкретные)**; по способу изложения – на **прямые, отсылочные и бланкетные**; по категоричности предписываемого поведения – на **императивные и диспозитивные**; по степени сложности формулируемого правила поведения – на **простые, сложные и альтернативные**; и др.

Санкция нормы права определяет меры государственного и иного воздействия при реализации субъектами своих прав и обязанностей. В литературе она рассматривается в двух аспектах. Во-первых, под санкцией подавляющее большинство юристов (ученых и практиков) считают заранее установленную в норме права меру принуждения на случай нарушения данной или иных норм права и нормативно-правовых предписаний (негативная санкция).

Во-вторых, некоторые авторы (А. В. Малько, Д. А. Ковалюнас, В. Н. Кудрявцев и др.) под санкцией понимают также льготы, поощрения и другие подобные меры государственного и иного воздействия²¹.

²⁰ См., например: Поляков А. В. Указ. соч. С. 693.

²¹ См.: Ковалюнас Д. А. Санкции в публичном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2000. С. 24–28; Сатина Э. А. Основные аспекты правового санкционирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 22 и след.

Поскольку понимание санкции как меры принуждения весьма широко распространено в учебном процессе, юридической науке и практике, постольку, на наш взгляд, нет необходимости для расширительной интерпретации данного её определения. Во втором же случае речь нужно вести о самостоятельном элементе логической структуры нормы права, который условно можно назвать «стимулом». Данная конструкция поможет четче разобраться в категориальном аппарате юридической науки, снять многие дискуссионные моменты при характеристике не только нормы права, но и юридической ответственности, государственных и частных мер воздействия на участников правоотношения, правовой активности субъектов и т. д.

Таким образом, санкции влекут негативные общесоциальные и правовые последствия, стимулы – позитивные. Однако вряд ли юридические стимулы следует трактовать широко, включая в качестве их разновидностей дозволения, субъективные права, свободы, законные интересы и т. д.²²

Можно выделять следующие виды санкций норм права: а) по своей природе – *личные* (лишение свободы), *материальные* (штраф), *организационные* (увольнение с работы и др.); б) в зависимости от степени сложности изложения – *простые*, содержащие одно «наказание», и *сложные*, которые закрепляют два и более вида «наказаний», назначаемых одновременно; *альтернативные*, содержащие несколько мер принуждения, из которых «карающая инстанция» выбирает только одну; *факультативные*, в которых наряду с основным видом «наказания» предусматривается факультативная мера принуждения одного или нескольких дополнительных видов; в) по уровню определенности – *абсолютно-определенные*, в которых точно указан вид и размер «наказания»; *относительно-определенные*, в которых закреплены определенные виды «наказания» в пределах от минимального до максимального или только до максимального; г) в зависимо-

²² Ср. работы А. В. Малько (Стимулы и ограничения в праве. Саратов, 1994) и Е. Н. Лебедева (Механизм правового стимулирования социально-активного поведения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002).

сти от назначения (цели) – *превентивные, карательные, право-восстановительные, компенсационные санкции* и др.

Можно выделить следующие виды правовых стимулов: а) по природе – *материальные и духовные*; б) по уровню формальной определенности – *абсолютно-определенные*, в которых точно определен вид и размер «поощрения», и *относительно-определенные* стимулы, в которых точно не определен вид «поощрения», его границы указаны от минимального до максимального или только до максимального; в) по значимости правовых стимулов – *существенные и несущественные*; г) по характеру стимулов и социально-правовым последствиям – *поощрения и льготы*.

О трех-, четырехэлементном и т. п. составе нормы права можно говорить лишь применительно к ее «логической структуре», воссоздается она логическим путем. Логическую (точнее, логико-семантическую) структуру нормы права некоторые авторы представляют в несколько ином аспекте. Так, Г. Т. Чернобель считает, что норму права составляют адресат (субъект правового общения), меры (формы) поведения и соответствующий понудительный фактор²³.

Многие дискуссионные вопросы о количестве свойств и элементов нормы права разрешаются весьма успешно, если иметь в виду *стохастическую ее структуру*. Последняя позволяет применительно к каждой разновидности норм права, а также в конкретной сфере нормативно-правового регулирования выяснить необходимые (стационарные и т. п.) и непостоянные (нестационарные, переменные и т. п.) ее свойства и элементы, связи между ними. Поэтому и возникают такие ситуации, когда норма права может содержать лишь гипотезу и диспозицию, гипотезу и санкцию, гипотезу и стимул и т. д. Например, регулятивные нормы (рассчитаны на правомерное поведение субъектов) обычно состоят из гипотезы и диспозиции или гипотезы и стимула (см. ст. 454 ГК РФ, ст. 144 ТК РФ), а охранительные (предусматривают меры принудительного воздействия) – из гипотезы и санкции (см. ст. 115 УК РФ).

Генетическая структура раскрывает связи отдельных элементов и нормы права в целом с экономическими и политиче-

²³ Подробнее см.: Чернобель Г. Т. Структура норм права и механизм их действия // Правоведение. 1983. № 6.

скими, социальными и духовными, внутренними и иными условиями общественной жизни. Поэтому не случайно некоторые авторы (например, В. К. Бабаев) рассматривают логический, социально-юридический, волевой и другие аспекты содержания нормы права.

Функциональная структура, во-первых, показывает, насколько эффективно функционирует каждый из элементов (свойств и т. п.) нормы права; во-вторых, раскрывает функциональные связи между этими свойствами и элементами; в-третьих, указывает на функции, которые выполняют те или иные разновидности норм права, взятые по отдельности или определенной их совокупности.

Горизонтальная структура дает возможность рассмотреть связи между нормами права одного уровня юридической силы с позиции их координации (например, нормами гражданского и семейного права, закрепленными в ГК РФ и СК РФ); *вертикальная структура* – между нормами, разными по юридической силе, связанными между собой отношениями субординации (например, нормами права, выраженными в законах и подзаконных актах).

Временная структура норм права позволяет раскрыть определенную последовательность их издания, внесения изменений в их содержание и форму, взаимодействие правовых норм, принятых в различные периоды (отрезки) времени. Этот аспект проблемы имеет важное практическое значение для правотворчества и толкования, систематизации и реализации права.

Пространственная структура проявляется в наличии разнообразных типов, видов и подвидов норм права, одновременно функционирующих в правовых системах общества. Именно этому вопросу и будет посвящена следующая часть статьи.

Любопытной представляется *психологическая структура* правовой нормы. Мы уже обращали внимание на то, что отдельные авторы рассматривают волевые, интеллектуальные и прочие аспекты содержания норм права. Л. Петражицкий в рамках своей психологической теории права, как известно, вообще отрицает наличие каких-либо норм.

Э. Паттаро (профессор философии права Болонского университета) пишет, что в литературе континентального права «традиционно проводится различие между, с одной стороны, его внешним, материальным аспектом, означающим регулярное поведение..., и, с другой – внутренним, духовным или психологическим аспектом, означающим нормативную установку в отношении рассматриваемого поведения... У нас должно быть четкое представление об использовании термина «психологический», когда мы говорим о нормах. На моем языке, – пишет далее Э. Паттаро, – слово «психологический» служит для выражения двух позиций, одной – отрицательной, а другой – положительной: отрицательная – у норм нет собственной реальности (к примеру, реальности за пределами пространства и времени, а ля Кельзен; или реальности *in rebus natura* [в природе вещей (лат.) – Прим. ред. и перев.], приблизительно в стиле теорий естественного права) и положительная – нормы существуют в мозгах, психике, умах или душах людей»²⁴.

Комплексный подход к праву в целом и нормам права в частности позволяет исследовать также и другие их структуры: лингвистическую, социологическую, аксиологическую, информационную, синергетическую, рекурсивную и т. д.

III. Типы, виды и подвиды норм права. Дальнейший анализ структуры норм права требует рассмотрения их родовых характеристик, что предполагает расчленение правовых норм на отдельные виды (подвиды) и группировку их с помощью обобщенной, идеализированной модели или типа (пространственная структура).

В отечественной и зарубежной литературе достаточно подробно рассмотрены разнообразные типы, виды и подвиды норм права, некоторые аспекты их взаимодействия. Поэтому наша задача будет заключаться не в обстоятельной характеристике содержания тех или иных норм права, а в уточнении некоторых критериев их классификации и обосновании выделения дополнительных разновидностей правовых норм.

²⁴ Паттаро Э. Нет права без норм. С. 292.

1. Так, в зависимости от *правовой системы (семьи)* их следует подразделять на нормы национального права (российского, французского и т. п.), нормы рабовладельческого (феодалного и т. п.), нормы романо-германской и англосаксонской, мусульманской и других традиционно-религиозных семей, международного права (общего и регионального) и т. д.²⁵

2. Весьма распространенной является классификация норм права по отраслевой принадлежности. Выделяются, в частности, нормы конституционного, административного, гражданского, уголовного и иных отраслей права.

Хотелось бы обратить внимание на то, что здесь используются два относительно самостоятельных основания деления: а) *отраслевая принадлежность норм права* и б) *предмет их правового регулирования*.

По поводу же первого критерия (а) требуются в свою очередь некоторые уточнения. Отрасль права, как известно, является частью системы права наряду с институтами (субинститутами и т. п.), подотраслями, комплексными отраслями, материальным и процессуальным правом, частным и публичным правом и другими нормативно-правовыми общностями и массивами. Поэтому в зависимости от места и роли правовых норм в *системе права* важное значение для правотворчества, реализации, толкования и систематизации права имеет анализ норм отдельных институтов, субинститутов, подотраслей, «классических» и комплексных отраслей права, норм материального и процессуального, частного и публичного права.

Что касается последних двух групп норм, необходимо отметить следующее. Нормы материального права отвечают на вопрос: «Что *нужно (не нужно)* делать»? Например, «наниматель обязан использовать жилое помещение только для проживания, обеспечивать сохранность жилого помещения и поддерживать его в надлежащем состоянии» (ст. 678 ГК РФ). Процессуальные нормы права устанавливают, «как», «каким образом» должны реализовываться материальные нормы и связанные с ними материально-правовые

²⁵ См., например: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 2009; Бехруз Х. Сравнительное правоведение. М., 2008; Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2010.

предписания. Например, «граждане могут вести свои дела в суде лично или через представителей» (п. 1 ст. 48 ГПК РФ).

Разграничение права на публичное и частное было проведено еще римскими юристами, а в последующем получило дополнительное обоснование в трудах ученых-юристов применительно прежде всего к романо-германской правовой семье. Нормы частного права (гражданского, торгового и др.) регулируют и защищают «цивильные отношения», права и законные интересы преимущественно частных (физических и юридических) лиц, а нормы публичного права (уголовного, административного, полицейского и др.) – преимущественно властные отношения, обеспечивают государственные и общественные потребности и интересы.

Мы уже отмечали, что каждое нормативно-правовое предписание, в том числе и норма права, имеет свой *предмет правового регулирования* (отдельные общественные отношения, типичные социально-правовые ситуации и т. д.) либо в этом предмете воздействует на какую-то его сторону. По данному критерию можно разграничивать правовые нормы, регулирующие, например, имущественные отношения (ст. 60 СК РФ), личные неимущественные отношения (ст. 17 СК РФ) и иные общественные отношения.

3. В зависимости от выполняемых функций большинство авторов (С. С. Алексеев, В. К. Бабаев, А. С. Пиголкин и др.) подразделяют нормы права на регулятивные (установительные) и охранительные. Критериями деления в данном случае являются, на наш взгляд, не функции, поскольку их система более многообразна (информационная, ориентационная и др.), а *основные, главные цели* правовых норм. Регулятивные нормы закрепляют позитивные права и обязанности и рассчитаны на правомерное поведение людей (п. 1 ст. 41 ЗК РФ). Охранительные нормы права связаны как с правонарушениями, так и иными юридическими фактами (составами), при возникновении которых необходима реализация мер принуждения (например, при реквизиции). Поэтому регулятивные и охранительные правовые нормы имеют различную логическую структуру. Первые состоят из гипотезы и диспозиции, вторые – из гипотезы и санкции. Комплексное воздействие регулятивных и охранительных норм права на сознание и поведение людей и по-

зволяет упорядочивать, закреплять и охранять общественные отношения, обеспечивать законность и правопорядок во всех сферах жизнедеятельности страны (региона и т. п.).

4. По методу правового регулирования некоторые авторы выделяют императивные и диспозитивные, поощрительные и рекомендательные нормы²⁶. Думается, что здесь смешаны две группы норм права, которые разграничиваются по двум относительно самостоятельным основаниям: *категоричности предписаний* (императивные и диспозитивные нормы) и *способам юридического воздействия*. Причем последний критерий позволяет классифицировать нормы права на управомочивающие, обязывающие, запрещающие, стимулирующие (поощряющие и т. п.) и рекомендательные.

Управомочивающие нормы права предоставляют субъектам определенные полномочия, права на совершение тех или иных деяний. Так, почти все нормы права, закрепленные в главе 11 СК РФ «Права несовершеннолетних детей», относятся к подобной разновидности.

Обязывающие нормы права требуют обязательного совершения соответствующих активных действий. Например, «заемщик обязан возвратить займодавцу полученную сумму займа в срок и в порядке, который предусмотрен договором займа» (п. 1 ст. 850 ГК РФ).

Запрещающие нормы права требуют воздержания от совершения запрещенных ими действий. Например, в ст. 73 ЖК РФ записано: «Обмен жилыми помещениями между нанимателем данных помещений по договорам социального найма не допускается в случае, если ... принято решение о сносе соответствующего дома или его переоборудовании для использования в других целях...».

Стимулирующие (поощряющие и т. п.) нормы права нацеливают субъектов на достижение определенных результатов, как правило превосходящих обычные требования, стимулируют их активное правомерное поведение²⁷. Таковыми, например, являются нормы права, закрепленные в ст. 134 УИК РФ.

²⁶ См.: Нормы советского права. С. 167–169; Байтин М. И. Сущность права. С. 250 и след.

²⁷ Подробнее см.: Баранов В. М. Поощрительные нормы советского социалистического права. Саратов, 1978.

Рекомендующие нормы права содержат пожелания и рекомендации наиболее целесообразного и полезного правового поведения. Особенность их властного характера заключается в том, что указанные пожелания подлежат обязательному учету адресатами. Действия, противоречащие рекомендуемым, должны быть тщательно обоснованы и аргументированы²⁸.

Мы уже обращали внимание, что в зависимости от *категоричности сформулированных в нормах права правил* они бывают императивными и диспозитивными. Императивные нормы не допускают никаких отступлений от закрепленных в них требований. Например, «договор найма жилого помещения заключается в письменной форме» (ст. 674 ГК РФ). Диспозитивные нормы предоставляют возможность самим участникам общественных отношений по взаимному согласию устанавливать необходимые правила поведения. Если же такие правила ими не сформулированы, то действуют категорические предписания норм права. Например, «текущий ремонт сданного внаем жилого помещения является обязанностью нанимателя, если иное не установлено договором найма жилого помещения» (п. 1 ст. 681 ГК РФ).

5. Важное теоретическое и практическое значение имеет классификация норм права по *юридической силе*. Так, правовые нормы, содержащиеся в конституциях и конституционных (органических) и иных законах обладают более высокой юридической силой по сравнению с нормами права, закрепленными в подзаконных актах (указах президента, постановлениях правительства и т. д.). Это общее правило, из которого могут быть исключения, установленные законом или иным нормативным правовым актом. Например, в Конституции Испании говорится, что Генеральные кортесы могут делегировать Правительству право принятия норм, имеющих силу закона, по тем вопросам, по которым не требуется издания органических (конституционных) законов (ст. 81 и 82). Но это ни в коей мере не означает, что нормы права не обладают юридической силой, как полагает, например, Э. Паттаро²⁹.

²⁸ Подробнее см.: Кулапов В. Л. Рекомендательные нормы советского права. Саратов, 1987.

²⁹ См.: Паттаро Э. Нет права без норм. С. 310–311.

6. Нормы права могут быть классифицированы по *субъектам правотворческой практики*. Они издаются государственными и негосударственными, представительными и исполнительными учреждениями, общественными и частными органами, хозяйствующими субъектами и т. д. В настоящее время, например, весьма дискуссионным является вопрос о природе корпоративных норм права. Так, представители узкого подхода (Т. В. Кашанина, О. А. Макарова и др.) рассматривают корпоративные нормы права как результат согласования воли и интересов управляющих и управляемых (например, акционеров) в «частных фирмах». Представители широкого подхода (Р. Б. Головкин, Д. Ю. Лапаев, М. Н. Марченко и др.) полагают, что корпоративные нормы права содержатся во всех нормативных правовых актах негосударственных организаций³⁰.

7. Существенное значение в правовом регулировании общественных отношений имеет классификация норм права по *формам их закрепления*. Одни из них составляют содержание нормативных правовых актов (законов, постановлений правительства и т. п.), другие – нормативно-правовых договоров, третьи – судебных прецедентов и т. д.

8. В зависимости от *срока действия* они бывают постоянными и временными

9. Нормы права могут быть адресованы юридическим и физическим лицам, гражданам и иностранцам, следователям и судьям, пенсионерам и т. п. В качестве критерия деления здесь выступают соответствующие *адресаты* предписаний.

Важность данной классификации не вызывает сомнения. Мы еще в 90-е годы прошлого века обращали внимание на то, что в России сформировался качественно новый вид субъектов преступной деятельности – юридические лица, в интересах которых совершаются многочисленные преступления. И только в 2011 году в Следственном комитете РФ был подготовлен зако-

³⁰ См., например: Олейник С. А. Корпоративные нормы в российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007; Житов С. А. Право и корпоративные нормы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2010; Кашанина Т. В. Корпоративное право: учебник. М., 2010; Майорова С. А. Корпоративные нормы в системе российского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2010.

нопроект, направленный на введение института мер уголовно-правового характера в отношении юридических лиц, который направлен в администрацию Президента РФ с целью внесения его в Государственную Думу России.

10. По *территориальной сфере действия* различают нормы права общероссийского, ограниченного (Крайний Север, Центральный Федеральный округ, Ярославская область и т. п.), местного значения (имеют силу на территории, например, административного района) и локального характера (действует на территории, например, предприятия, его филиала).

11. Многие отечественные и зарубежные авторы выделяют так называемые специальные нормы права: нормы-принципы, нормы-декларации и др.

В отдельных случаях их юридическая природа может совпадать с указанными выше разновидностями норм. Так, есть нормы права, которые достигли такого уровня абстрагирования, фундаментальности и универсальности, что они одновременно выступают и в качестве принципов права. В этом случае необходимо говорить о нормах-принципах. Таким образом, сформулирован, например, принцип независимости судей арбитражных судов. В п. 1 ст. 5 АПК РФ говорится: «При осуществлении правосудия (гипотеза. – В. К.) судьи арбитражного суда независимы, подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону (диспозиция. – В. К.).

Достаточно распространенными являются нормы права, которые по сути своей представляют легальные дефиниции. Например, в ст. 158, 161, 162, 163 УК РФ закрепляются соответственно легальные дефиниции «кражи», «грабежа», «разбоя», «вымогательства».

Однако нестандартные нормативно-правовые предписания (принципы права, легальные дефиниции, нормативные справки и рисунки, сроки и др.) чаще всего по логическим, грамматическим, юридическим способам и средствам выражения представляют собой относительно самостоятельные элементы содержания права. Трудно, например, отнести к норме права следующее положение, содержащееся в ст. 23 Конституции Литовской Республики: «Собственность неприкосновенна».

Каждая из указанных и иных разновидностей нестандартных нормативно-правовых предписаний имеет свои специфические черты: логическую, генетическую, пространственную, временную, функциональную и другие структуры, занимает особое место в правовом регулировании общественных отношений. Их подробное изучение – одно из важных направлений познания первичной основы системы права любой страны³¹.

Нормы же права являются специфической разновидностью нормативно-правовых предписаний, поскольку выступают в виде правил (эталонов, образцов) поведения, носят предоставительно-обязывающий характер, имеют «классическую» логическую структуру (соответствующим образом организованные и связанные между собой гипотезу, диспозицию, санкцию, стимул), что позволяет им непосредственно (через корреспондирующие права и обязанности, условия их возникновения и реализации, меры государственного и иного воздействия) осуществлять регулирование общественных отношений и занимать особое место в юридическом содержании и системе права.

Нормы права могут быть классифицированы и по другим основаниям. Например, по служебной их роли можно выделять правоконкретизирующие (изменяющие, отменяющие, пролонгирующие и т. п.), коллизионные, компетенционные, правосстановительные, компенсационные и др. нормы права³².

³¹ См.: Карташов В. Н. Введение в общую теорию правовой системы общества. Ч. 1. С. 74 и след.; Давыдова М. Л. Указ. соч.; Её же. Нормативно-правовые предписания в российском законодательстве. Волгоград, 2001; Её же. Нормативно-правовые предписания в теории права. Волгоград, 2003.

³² Подробнее об отдельных видах указанных норм права см., например: Власенко Н. И. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984; Сенякин И. Н. Специальные нормы советского права. Саратов, 1987; Швецова А. А. Компенсационные нормы российского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999; Белоусов С. А. Компетенционные нормы российского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. Гущев М. Е. Изменения в законодательстве России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2006. Карташов В. Н. Технология юридической конкретизации (методологический аспект проблемы) // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной

Каждый из рассмотренных **типов** (например, нормы частного права) подразделяется на определенные **виды** (например, нормы гражданского и торгового права) и **подвиды** (нормы институтов купли-продажи, мены) и т. д.

Послесловие к статье

Когда данная статья была уже подготовлена к печати, в «Вестнике Высшего Арбитражного Суда РФ» (2011. № 2. С. 6–13) мы обнаружили статью доцента кафедры гражданского права и процесса Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова, кандидата юридических наук Е. А. Крашенинникова на тему «Гражданско-правовые нормы», не упомянуть которую было бы просто грешно.

Интерес эта статья вызвала по трем основным причинам. Во-первых, автор не знает новейших общетеоретических, отраслевых и иных научных источников по данной проблеме. «Наповал убивает» то, что ссылки идут на труды С. С. Алексеева, А. С. Пиголкина, О. Э. Лейста и др. ученых-юристов соответственно 1972, 1960, 1962 и т. п. годов издания. Не видеть эволюцию взглядов этих и иных авторов, прогрессивное развитие науки в рамках указанной темы, основные и перспективные направления научного поиска – значит «ходить» по замкнутому кругу, уподобляться белке в колесе.

Во-вторых, вся статья по сути своей пронизана немецким и отчасти австрийским «духом». Правда, из этой солидной «обоймы догматиков», в хорошем смысле этого слова, почему-то выпал Ганс Кельзен с его классическим учением о правовом нормативизме. Однако, взглянув на этот момент «ширше и еще ширше», мы поняли, в чем дело – автор постоянно ссылается на свои нетленные труды, написанные им еще в молодые годы. Но ведь всему должен быть какой-то предел. Существует масса ученых-юристов, представляющих различные школы и направления юридической науки, национальных правовых систем (французскую, японскую, итальянскую, китайскую и т. п.) и межнациональные правовые семьи (англо-саксонскую, мусульманскую и т. п.), международные (публичную и частную, общую и региональную) правовые системы, которые глубоко и обстоятельно разрабатывают проблему норм права. Не учитывать указанных реалий, разнообразных методологиче-

практики: материалы Межд. симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 г.) / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2008. С. 68–80; Муравьев И. А. Законодательное исключение (теория, практика, техника): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2009.

ских подходов к правовым нормам (некоторые моменты мы пытались отразить в нашей статье) – по сути дела, обречь себя на нормативное либо какое-то иное сектанство.

В-третьих, то «новое», что содержится в упомянутой нами статье, уже подробно и более аргументированно изложено в разнообразных научных трудах как отечественных, так и зарубежных авторов (см., например, Примечание к нашей статье).

И последнее. Центральное место в статье Е. А. Крашенинникова занимает вопрос о логической структуре нормы права. Опираясь на традиционные и новейшие исследования философов, социологов, психологов, лингвистов, юристов и представителей других наук, необходимо отметить, что нормы права обладают также стохастической, генетической, функциональной, временной, пространственной, горизонтальной, вертикальной, синергетической, рекурсивной и т. п. структурами. Изучение этих и иных структур – перспективное направление современной юридической науки.

Все упомянутые погрешности в статье доцента Е. А. Крашенинникова можно списать, по нашему мнению, лишь на то, что она опубликована в журнале под рубрикой «Свободная трибуна».

Профессор В. Н. Карташов

Еще раз о понятии и структуре правовых норм

Категория «норма права» («правовая норма») является одной из основных в правовой науке. Рассматривая право в качестве системы норм, регулирующих общественные отношения, она тем самым принимает на себя обязанность определить понятие правовой нормы как «первичной клеточки правовой материи», выявить ее место в системе социальных норм, специфические особенности и отличия от других социальных норм. Общетеоретическое исследование правовой нормы служит фундаментом для изучения особенностей отраслевых норм права, а также отдельных разновидностей правовых норм (общих и специальных, материальных и процессуальных, организационных и организуемых, регулятивных и охранительных и т. п.). Несмотря на то что проблемы нормы права подвергались интенсивному научному исследованию, большинство из них остаются дискуссионными и до сих пор привлекают внимание ученых. В рамках данной статьи остановимся лишь на некоторых из них.

Правовая норма, как и любая социальная норма, представляет собой правило поведения. В отличие от других социальных норм нормы права находят свое закрепление в законах и иных нормативных актах, их исполнение обеспечивается не силой общественного мнения, а наступлением для нарушителя нормы юридически неблагоприятных последствий, в конечном итоге мер государственного принуждения. В отличие от актов применения права правовая норма – правило абстрактного, обобщенного характера, рассчитанное на определенный вид общественных отношений, определенный круг субъектов этих отношений, как правило, на неоднократное применение. Поскольку общественные отношения – это социальные связи между людьми, имеющими различные интересы (иногда совпадающие, иногда дополняющие друг друга, иногда противоречащие друг другу), нормы права, регулируя эти отношения, наделяют одних субъектов субъективными правами (возможностью определенного поведения), а на других возлага-

ют корреспондирующие этим правам юридические обязанности (определяют вид и меру должного поведения). Поэтому в качестве признака правовой нормы обычно выделяют ее предоставительно-обязывающий характер. Эти признаки правовой нормы в той или иной интерпретации признаются практически всеми исследователями. А затем начинаются разногласия.

С понятием правовой нормы неразрывно связана проблема ее структуры. В правовой науке сложилось несколько теорий структуры правовой нормы.

Традиционным для советской правовой науки считается мнение о трехчленном строении правовой нормы, в соответствии с которым в правовой норме содержится указание на условия ее действия (гипотеза), само правило поведения (диспозиция) и указание на последствия невыполнения этого правила (санкция)¹.

Отметив, что такое определение противоречит логике (норма права – правило поведения и диспозиция – правило поведения), О. Э. Лейст пришел к выводу, что правовая норма тождественна диспозиции. «Это представление не является новым – из него по сути дела исходит подавляющее большинство теоретиков права, определяя отраслевую принадлежность нормы (ведь только диспозиция, как правило, принимается в расчет при построении системы права)². Гипотезы и санкции, по мнению О. Э. Лейста, не входят в состав отдельно взятой нормы права (диспозиции), но являются ее необходимыми атрибутами. И гипотезы, и санкции, рассматриваемые в определенном аспекте, суть те же диспозиции, т. е. правила поведения, относительно самостоятельные нормы права³. Позиция О. Э. Лейста противоречива. На протяжении всей своей статьи он подчеркивает теоретическое и практическое значение трехчленной структуры правовой нормы как формулы, по которой строится любое правило поведения, как социальное, так и техническое⁴.

¹ См.: Голунский С. А., Строгович М. С. Теория государства и права. М., 1940. С. 251.

² Лейст О. Э. К вопросу о структуре правовой нормы // Учен. зап. ВИУН. Вып. 15. М., 1962. С. 19.

³ См.: Там же. С. 21.

⁴ См.: Там же. С. 5, 7, 25, 30 и др.

Большое распространение получила теория двучленной структуры правовой нормы, в соответствии с которой любая норма состоит из условий ее действия и указания на правовые последствия наступления этих условий⁵. В основном, ее поддерживают сторонники теории охранительных отношений и охранительных норм. Существование последних признается не всеми учеными. Иногда утверждают, что «каждая норма права имеет как регулятивный характер (поскольку она предназначена регулировать поведение), так и правоохранительный (поскольку она, будучи оснащенной государственной санкцией, охраняет возможность и необходимость определенного поведения)»⁶. Даже те авторы, которые признают существование охранительных правоотношений, выступают иногда против выделения охранительных норм⁷. Однако, признавая охранительные отношения в качестве самостоятельного объекта правового регулирования, следует признать и наличие их регулятора – охранительных норм права. Регулятивные нормы регулируют нормальное, позитивное поведение, охранительные – поведение субъектов в конфликтной ситуации. Исходя из этого, сторонники двучленной структуры нормы полагают, что регулятивные нормы состоят из гипотезы и диспозиции, охранительные – из гипотезы, включающей в себя указание на факт нарушения регулятивной нормы, и правила поведения субъектов в конфликтной ситуации – диспозиции, которая одновременно является санкцией регулятивной нормы.

С. С. Алексеев выделяет понятие логической нормы, которая строится по трехчленной формуле и «используется для характеристики первичных связей в правовой системе, таких связей, которые выявляют государственно-властные свойства права»⁸, и нормативного предписания, которое представляет собой «пер-

⁵ См., напр.: Курьлев С. В. О структуре правовой нормы // Тр. Иркут. ун-та. 1958. Т. 27, вып. 4. С. 50; Томашевский Н. П. О структуре правовой нормы и классификации ее элементов // Вопросы общей теории советского права. М., 1960. С. 194.

⁶ Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Социалистическое право. М., 1973. С. 261–262.

⁷ См.: Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 219.

⁸ Алексеев С. С. Структура советского права. М., 1978. С. 83.

вичное подразделение, «живую» клеточку правовой системы ..., элементарное, цельное, логически завершенное государственно-властное веление нормативного характера, непосредственно выраженное в тексте нормативного юридического акта»⁹, имеющее двучленное строение. На вопрос о том, чем такое нормативное предписание отличается от статьи нормативного акта¹⁰, С. С. Алексеев, на мой взгляд, убедительного ответа не дает.

П. Ф. Елисейкин считал, что при исследовании правовых явлений недостаточно использования только законов формальной логики. Он стремился также использовать логику диалектическую, то есть изучать все стороны, связи и опосредствования явлений, а также брать предмет в его развитии, «самодвижении», изменении. Данный подход был применен им к исследованию структуры правовой нормы и привел к выводу о том, что различные теории структуры правовой нормы (одночленной, двучленной и трехчленной структуры) не противоречат, а, напротив, дополняют друг друга. Трехчленная структура правовой нормы, с точки зрения П. Ф. Елисейкина, отражает статику нормы. Если же рассматривать ее в динамике, в процессе реализации, то следует разграничивать нормы на регулятивные и охранительные в зависимости от выполняемых ими функций. Каждая из них строится по двучленной формуле, но единство регулятивной и охранительной нормы дает нам в итоге традиционную трехчленную формулу. Кроме того, гипотеза, диспозиция и санкция, рассматриваемые в качестве самостоятельных явлений, представляют собой самостоятельные правила поведения. В этом смысле П. Ф. Елисейкин поддерживал и развивал идею О. Э. Лейста о тождественности понятий «норма права» и «диспозиция правовой нормы»¹¹.

⁹ Алексеев С. С. Структура советского права. С. 81.

¹⁰ Сейчас уже никто не сомневается в том, что норма права по своей структуре не совпадает со статьей законодательства. Норма, как правило, закрепляется в различных статьях нормативного акта, нередко даже в нормативных актах различных отраслей законодательства.

¹¹ См.: Елисейкин П. Ф. Правоохранительные нормы (понятие, виды, структура) // Защита субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1977. С. 34–35; Его же. О структуре юри-

Вывод П. Ф. Елисейкина представляется неприемлемым. Структура предмета или явления не может зависеть от аспекта его рассмотрения. Под структурой понимается относительно устойчивое единство элементов, их отношений и целостности объекта; совокупность устойчивых связей объекта, обеспечивающих его целостность и тождественность самому себе¹². Важность исследования не только статике, но и динамике нормы (процесса ее реализации), не только внутренних связей нормы (между ее отдельными структурными элементами), но и ее внешних связей с другими нормами права не освобождает нас от необходимости определиться с понятием нормы права и ее структуры.

Норма права – регулятор общественных отношений. В этом качестве она должна обладать инструментарием, способным воздействовать на сознание субъектов общественных отношений, направлять их поведение в определенное русло в соответствии с целями законодателя. Несмотря на то что все нормы права взаимосвязаны и взаимозависимы друг от друга, каждая правовая норма должна быть самодостаточна, включать в себя элементы, необходимые для регулирования общественных отношений. Поэтому верным представляется мнение о трехчленном строении юридической нормы. Норма права представляет собой логическую формулу, способ связи различных статей нормативных актов. Любое правило поведения, любая социальная и техническая норма только в том случае может выступать в качестве регулятора поведения, если строится по трехчленной формуле, предусматривает модель поведения участников общественного отношения (диспозиция) в определенных условиях (гипотеза) и юридически неблагоприятные последствия уклонения от этой модели (санкция).

Деление норм на виды носит относительный характер и не влияет на определение их структуры. Разграничение регулятивных и охранительных норм – всего лишь одна из существующих

дической нормы // Проблемы защиты субъективных гражданских прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1978. С. 14–47.

¹² См.: Бабаев В. К. Структура юридической нормы // Нормы советского права: Проблемы теории / под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1987. С. 94.

классификаций наряду с делением норм на общие и специальные, организуемые и организационные, материальные и процессуальные. «Об охранительной норме можно и нужно говорить в ее связи с той нормой, которую она призвана охранять, то есть в связи с соответствующей регулятивной нормой. Вне этой связи охранительная норма утрачивает свой правоохранительный характер – она остается всего лишь нормой, регулирующей поведение людей, то есть регулятивной нормой. С другой стороны, регулятивная норма вне связи с охранительной утрачивает свой юридический характер вообще, характер правила поведения, обеспечиваемого принудительной силой государства»¹³.

Эту точку зрения поддерживал и убедительно развивал в начале своей научной карьеры молодой ярославский ученый Е. А. Крашенинников¹⁴. «...Не нужно абсолютизировать различие между регулятивными и охранительными нормами, не нужно забывать относительности их противопоставления, ибо ... правоохранительная норма может быть нарушена, а следовательно, будет выступать по отношению к охраняющей ее норме уже как регулятивная»¹⁵. Критикуя сторонников двучленной структуры правовой нормы, Е. А. Крашенинников справедливо полагал, что «трехчленность структуры является объективным свойством, имманентным качеством любой правовой нормы»¹⁶, «анализ соотношения права и общественных отношений как соотношения должного и сущего с неизбежностью определяет трехчленную структуру юридической нормы»¹⁷, «... противоречие между правом и отражаемыми им общественными отношениями, выступающее необходимой предпосылкой правового регулирования, находит свое конкретное воплощение в трехчленной структуре нормы. Трехчленная структура нормы права реальна и объективно необходима праву, трехчленность структуры является объективным

¹³ Елисейкин П. Ф. Правоохранительные нормы... С. 28.

¹⁴ См.: Крашенинников Е. А. Правоохранительные материальные нормы // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1978. Вып. 3. С. 157–173.

¹⁵ Там же. С. 163.

¹⁶ Там же. С. 164.

¹⁷ Там же. С. 166.

свойством правовой нормы и объективным механизмом нормативности самого права. А поскольку это так, постольку любая из охранительных норм может быть сформулирована по традиционной логической схеме»¹⁸.

Нельзя не согласиться со следующим высказыванием: «Очевидно, что санкция охранительной нормы, как любое правило поведения, может быть нарушена, а поэтому она с необходимостью предполагает средства защиты от этих возможных нарушений. Обеспеченность санкции правоохранительной нормы, а следовательно, и всей охранительной нормы, проявляется в установлении охраняющего санкцию правила поведения, по отношению к которому санкция охранительной нормы выступает уже как диспозиция. Иными словами, функционирование охранительной нормы как правовой нормы обеспечивается существованием другой относительно самостоятельной правовой нормы, в рамках структуры которой санкция охранительной нормы выступает уже как диспозиция, обеспеченная своей санкцией»¹⁹.

В дальнейшем Е. А. Крашенинников изменил свое мнение, став сторонником двучленной структуры правовой нормы. Укажем лишь на последнюю публикацию автора²⁰. «В литературе была предпринята попытка вычленить в охранительной гражданско-правовой норме три элемента»²¹, – пишет Е. А. Крашенинников. Далее он критикует неудачный пример П. Ф. Елисейкина, полагавшего, что право на обращение в суд с виндикационным иском выступает в качестве санкции за неисполнение обязанности незаконного владельца добровольно возвратить имущество по требованию собственника. Забавно, что критикуемая статья П. Ф. Елисейкина²² опубликована в том же научном

¹⁸ Там же. С. 167.

¹⁹ Крашенинников Е. А. Правоохранительные материальные нормы. С. 169–170.

²⁰ См.: Крашенинников Е. А. Гражданско-правовые нормы // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2011. № 2. С. 6–13.

²¹ Там же. С. 12.

²² См.: Елисейкин П. Ф. О структуре юридической нормы // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1978. Вып. 3. С. 17–47.

сборнике, что и цитируемая выше статья Е. А. Крашенинникова, в которой тоже была предпринята небезуспешная попытка вычленив в охранительной норме три элемента, но о своих «трехчленных грехах молодости» Е. А. Крашенинников не упоминает.

Пример, приводимый П. Ф. Елисейкиным, неудачен. Но один неудачный пример не разрушает общей концепции, тем более что и аргументация Е. А. Крашенинникова небезупречна. «Во-первых, норма п. 1 ст. 3 ГПК РФ²³ наделяет невладельца собственника правом на предъявление иска как средством возбуждения процесса по принудительному осуществлению принадлежащего ему права на виндикацию не в момент отказа незаконного владельца выдать имущество собственнику, а в момент возникновения у него права на виндикацию. Но если право на виндикацию и право на предъявление иска возникают у невладельца собственника одновременно, то норма п. 1 ст. 3 ГПК РФ не может служить "санкцией" по отношению к "диспозиции" нормы ст. 301 ГК РФ, т. к. ... действие "диспозиции" должно предшествовать во времени действию "санкции"»²⁴. Как видим, Е. А. Крашенинников продолжает упорствовать в отстаивании своего заблуждения, высказанного в прежних работах²⁵, о том, что право на обращение в суд возникает у лица в момент нарушения его субъективного гражданского права. Это ошибочное утверждение. Процессуалистам известно, что материальные охранительные правоотношения и гражданские процессуальные правоотношения порождаются не одним и тем же, а различными юридическими фактами. Предпосылки права на предъявление иска предусмотрены ст. 134 ГПК РФ (правоспособность лица, обращающегося в суд, подведомственность дела, «отрицательные» предпосылки). Нарушения гражданского права среди них

²³ Уже это неточность. В статьях ГПК РФ в отличие от ГК РФ не пункты, а части.

²⁴ Крашенинников Е. А. Гражданско-правовые нормы. С. 12.

²⁵ См.: Крашенинников Е. А. Юридические факты в гражданском процессуальном праве // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985. С. 62–66; Его же. О праве на предъявление иска // Регламентация защиты субъективных прав в Основах гражданского законодательства. Ярославль, 1992. С. 77–84.

нет²⁶. Еще В. А. Рязановский в 1924 году писал: «Неправильность материально-правовой теории очевидна. Эта теория ставит формальное право на иск в непосредственную связь с материальным гражданским правом: кто имеет субъективное гражданское право, тому принадлежит и право на иск. Между тем только после рассмотрения дела суд устанавливает, принадлежит ли истцу субъективное гражданское право. Таким образом, получается внутреннее противоречие (порочный круг): чтобы предъявить иск перед судом, надо обладать субъективным гражданским правом, а деятельность суда и состоит в том, чтобы установить, принадлежит ли истцу субъективное гражданское право. Для предъявления иска вовсе не нужно в действительности обладать субъективным гражданским правом, а достаточно обладать лишь процессуальной правоспособностью. Суд обязан рассмотреть каждое исковое прошение, поданное правоспособным лицом»²⁷.

Гражданский процесс предназначен для разрешения правовых споров. Истец не всегда прав в своих претензиях к ответчику. Иначе все судебные процессы заканчивались бы вынесением решений об удовлетворении иска. Механизм судебной защиты не включается автоматически в момент нарушения субъективного гражданского права. Для этого необходимо обращение заинтересованного лица в суд. Право на обращение в суд реализуется в соответствии с принципами гражданского процессуального права. Процессуальный механизм защиты – целостное самодостаточное образование, устроенное и функционирующее по своим собственным законам, а не структурный элемент механизма правового регулирования гражданских материальных отношений. Поэтому порочны и непродуктивны попытки объяснить процессуальные явления исключительно процессами, происходящими в гражданских материальных правоотношениях. Вместе с тем гражданское процессуальное право выполняет охранительную функцию по от-

²⁶ Подробнее критику позиции Е. А. Крашенинникова см.: Бутнев В. В. Юридические факты в гражданском процессуальном праве // Юридические записки Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Вып. 13: Юридические факты. Ярославль, 2009. С. 72–74.

²⁷ Рязановский В. А. Единство процесса. М., 1996. С. 14.

ношению к материальному праву, рассчитано на случаи возможного нарушения субъективных гражданских прав. Возможность обращения в суд за защитой потерпевшего от гражданского правонарушения предостерегает носителя юридической обязанности от нарушения корреспондирующего ей права, а в случае такого нарушения стимулирует правонарушителя к добровольному, не дожидаясь решения суда, устранению последствий правонарушения. Обязанность владельца вещи вернуть ее собственнику не только может быть исполнена принудительно. Нарушитель права собственности обязан возместить собственнику убытки (ст. 15, 303 ГК РФ), размер которых может быть тем больше, чем дольше затягивается возврат вещи. Неисполнение обязанности возместить внедоговорный вред (ст. 1064 ГК РФ) приводит в действие санкцию ст. 395 ГК РФ (ответственность за неисполнение денежного обязательства). Доведение дела до суда влечет для правонарушителя не только фактические и психологические неудобства, но и материальные неблагоприятные последствия в виде возмещения стороне, выигравшей дело, всех понесенных по делу судебных расходов (ст. 98 ГПК РФ), возмещение взыскателю всех понесенных им расходов по совершению исполнительных действий (ч. 3 ст. 110 ФЗ РФ «Об исполнительном производстве»), в отношении неисправного должника могут быть установлены временные ограничения на выезд из Российской Федерации (п. 15 ст. 64 ФЗ «Об исполнительном производстве»).

Все это свидетельствует о том, что диспозиция охранительной нормы обеспечена собственной санкцией.

Второй аргумент Е. А. Крашенинникова ненов: «... рассмотрение гражданско-процессуальной нормы п. 1 ст. 3 ГПК РФ в качестве элемента (санкции) гражданско-правовой нормы ст. 301 ГК РФ привело бы к стиранию грани между различными видами общественных отношений, регулируемых этими нормами, а также к выводу о существовании «материально-процессуальных норм», явно не укладывающихся в существующую систему права»²⁸. Подобный аргумент приводил О. Э. Лейст: «... Юридическим фактом, порождающим брачносемейные отношения, является реги-

²⁸ Крашенинников Е. А. Гражданско-правовые нормы. С. 12.

страция брака в органах ЗАГС, деятельность которых регулируется нормами административного права. Возникшие вследствие такой регистрации отношения регулируются нормами брачносемейного права, а охраняются от нарушения нормами права гражданско-процессуального и уголовного. Включение всех этих «элементов» в одну норму в качестве «составных частей» привело бы к выводу о существовании «административно-брачносемейно-гражданско-процессуально-уголовно-правовых норм», явно не укладывающихся в существующую систему права»²⁹. Правда, О. Э. Лейст в той же статье фактически отвечает на свой вопрос, указывая, что большинство теоретиков права определяет отраслевую принадлежность нормы по ее диспозиции³⁰.

Многие авторы в качестве разновидностей правовых норм выделяют нормы-задачи, нормы-принципы, нормы-декларации и т. п. Вопрос о природе этих норм является дискуссионным в правовой науке. Одни ученые считают их обычными правилами поведения, обладающими всеми признаками правовых норм (общим содержанием, предоставительно-обязывающим характером, трехчленной структурой и т. д.), которые отличаются от конкретных норм только более широким содержанием и словесной формой законодательного закрепления³¹. По мнению других, в содержание права входят, наряду с нормами права, нетипичные нормативные предписания (правоположения нормативного характера, исходные законодательные предписания), которые сами по себе не предписывают какого-либо варианта поведения, не регулируют общественные отношения и обладают лишь некоторыми признаками правовых норм. К таким нормативным предписаниям относят положения конституций, принципы, дефиниции, презумпции, фикции, декларации и т. п.³². Вследствие этого вносятся

²⁹ Лейст О. Э. К вопросу о структуре правовой нормы. С. 18.

³⁰ См.: Там же. С. 19.

³¹ См.: Чечина Н. А. Воспитательная функция советского гражданского процессуального права. Л., 1972. С. 13–15; Елисейкин П. Ф. О структуре юридической нормы. С. 42–43.

³² См.: Александров Н. Г. О месте трудового и колхозного права в системе советского социалистического права // Сов. государство и право. 1958. № 5. С. 120; Шебанов А. Ф. Форма советского права. М., 1969.

предложения по уточнению понятия права. Предлагается понимать под ним совокупность общих положений и принципов, систему наиболее общих правоположений нормативного характера и изданных в их развитие и на их основе юридических норм³³. Наконец, третьи относят данные правовые явления к нормам права, хотя и подчеркивают их «усеченный» характер, то, что они не обладают всем набором признаков и характеристик, свойственных юридической норме в ее классическом облике³⁴. Отсюда делается вывод о необходимости пересмотра понятия нормы права. По мнению В. К. Бабаева «нормы права ... не сводятся только к правилам поведения, которые составляют лишь одну, хотя и наиболее распространенную разновидность юридических норм»³⁵. Он предлагает определять норму права как «исходящее от государства и им охраняемое общее, обязательное, формально-определенное веление, выраженное (моделируемое) в форме от-правного установления или правила поведения и являющегося государственным регулятором общественных отношений»³⁶.

Представляется, что специфика так называемых «нетипичных нормативных предписаний» не требует пересмотра ни понятия права, ни понятия нормы права. Каждая отрасль права включает в себя нормы различного функционального назначения и

С. 134; Горшенев В. М. Нетипичные нормативные предписания // Сов. государство и право. 1978. №3. С. 113–115.

³³ См.: Аюева Е. И. Взаимодействие единичного, общего и особенного в правовых явлениях // Сов. государство и право. 1969. № 3. С. 14; Бабаев В. К. Теоретические вопросы структуры юридической нормы и определение права // Проблемы защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1976. С. 22. Впоследствии В. К. Бабаев изменил свою позицию. Он пришел к выводу, что исходные законодательные предписания относятся к нормам права, а не к самостоятельным элементам системы права, что в системе права выделяются отправные (учредительные) нормы права, не имеющие трехчленной структуры, и «традиционные» нормы - правила поведения (см.: Нормы советского права / под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева. С. 90–97).

³⁴ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 51; Бабаев В. К. Понятие юридической нормы // Нормы советского права / под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева. С. 88–93.

³⁵ Бабаев В. К. Там же. С. 92.

³⁶ Там же. С. 93.

степени конкретизации, которые, тем не менее, обладают одинаковой структурой и всеми признаками правовых норм, различаясь лишь местом в системе нормативных актов и формой законодательного закрепления. Нормы Конституции задают наиболее общие направления правового регулирования для всех отраслей права, являются базой развития отраслевого законодательства. Общие отраслевые нормы задают направление правового регулирования данной отрасли. Они закрепляются, как правило, в общей части соответствующего отраслевого законодательства, регулируют отношения более общего характера по сравнению с конкретными нормами³⁷.

Е. А. Крашенинников полагает, что, «помимо норм права, т. е. правовых предписаний, устанавливающих права и обязанности участников регулируемых отношений, в гражданском законодательстве имеются правовые предписания, которые связывают с определенными фактическими обстоятельствами не возникновение прав и обязанностей, а иные правовые последствия (например, переход права, прекращение прав и обязанностей, возникновение правоспособности). ... В отличие от норм права они не содержат правил поведения людей и, стало быть, не регулируют общественные отношения»³⁸.

Но если такие правовые предписания не регулируют поведение людей, то чье поведение они регулируют и зачем вообще нужны в системе права? Чем отличаются такие предписания от «нетипичных нормативных предписаний», о которых говорилось выше? Видимо, в последующих работах Е. А. Крашенинников уточнит свою позицию. Пока спорить не о чем.

³⁷ См.: Чечина Н. А. Воспитательная функция советского гражданского процессуального права. С. 14–15; Крашенинников Е. А. Об общем характере гражданских процессуальных норм // Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав. Ярославль, 1983. С. 69–70.

³⁸ Крашенинников Е. А. Гражданско-правовые нормы. С. 9.

Природа запрещающих норм

1. Сомнительность «пассивной обязанности». Традиционная доктрина сообщает нам, что запрещающие нормы (запреты) – это группа, которая а) получается в результате деления норм права по характеру устанавливаемых ими субъективных прав и обязанностей, б) соотносится по данному критерию с уполномочивающими и обязывающими нормами.

На вопрос, в чем же особенность характера содержащейся в запрете обязанности, ученые дружно отвечают: «Это пассивная обязанность, т. е. обязанность воздерживаться от действий известного рода»¹.

Между тем само по себе словосочетание «пассивная обязанность» заставляет подумать о его обоснованности. Согласуются ли с точки зрения формальной логики «обязанность» и «воздержание от совершения некоторого действия»?

Такого рода сомнений не возникает, когда мы анализируем «право лица на собственное действие». Вот собственно право как возможность своей реализации, вот сам факт совершения правообладателем реализующего действия, а вот норма, устанавливающая это право и резонно именуемая как «уполномочивающая».

Или возьмем обязанность лица совершить определенное действие (скажем, обязанность продавца передать товар покупателю). Почему её естественность несомненна? Потому что мы без труда можем разделить во временном аспекте существование самой обязанности и акт её исполнения. Вот продавец несет возникшую из договора обязанность, а вот он передает товар покупателю.

Однако эта логическая почва «уходит из-под ног», когда, наблюдая за сидящим в кафе под вывеской «не курить» человеком, который и не курит, а, скажем, читает газету или кушает лобио (какая разница), мы задумываемся о том, что на нем лежит обязанность воздерживаться от курения. Выполняет он её? Вы-

¹ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 68–69.

полняет, ведь он не курит. Но то, что наш посетитель не курит, есть *факт – факт отсутствия курения*. А обязанность, по логике вещей, выполняется *поведенческим актом*, но не *фактом* отсутствия действия. К тому же обязанность должна *различаться* с собственной реализацией.

Здесь трудно не прийти к выводу о том, что словосочетание «*обязанность воздерживаться от действия*», как минимум, содержит в себе *вопрос о своей естественности*.

Дальше – ещё один вопрос. Почему советская и постсоветская юридическая доктрина так упорно не замечает *логической шаткости пассивной обязанности*, из года в год твердя, что последняя устанавливается *запрещающей нормой*.

Ответ лежит на поверхности. Потому что такая позиция жестко предопределена *базовыми аксиомами*, на которых зиждется традиционная правовая теория: *1)* всякая содержащая правило поведения норма права, будучи регулятором общественного отношения, *2)* предоставляет его участникам определенные субъективные права и возлагает корреспондирующие им юридические обязанности, *3)* т. е. устанавливает правоотношение². *Юридическая догма*, таким образом, ставит своих приверженцев перед необходимостью *специально под запрет сконструировать правоотношение*. Трудна ли задачка? Ничуть, если рассуждать строго *формально-логическим* образом. Например, *вот так*: совершая запрещенное действие, лицо совершает правонарушение и, следовательно, нарушает лежащую на нем обязанность. Какую? Обязанность воздерживаться от совершения запрещенного действия. *Ещё вариант*: запрет требует, чтобы лицо не совершало определенное действие, значит, оно обязано его не совершать.

² См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 204–205; Общая теория права // под ред. В. К.Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 286. «Всякая правовая норма, – писал А. В. Мицкевич, имеет двусторонний, а именно представительный характер. Это значит, что по своему содержанию любая юридическая норма есть правило, которое какое-то лицо управомочивает на известное поведение (предоставляет субъективное право), а другое лицо обязывает к определенному поведению». (Теория государства и права / под ред. Н. Г.Александрова. М., 1974. С. 457).

Так что же получается? А получается, что термин «пассивная обязанность» есть *плод догматического мышления*, призванный удовлетворить нужды теории. Следовательно, *идиллия ученых-юристов* по отношению к данному понятию зиждется на том, что обязанность воздерживаться, *соответствуя* базовым постулатам, *не позволяет запретам* оказаться «белой вороной», выпасть из теоретической конструкции и *посеять сомнения* в «крепости фундамента» традиционного правоведения.

Но сомнения неизбежно появляются, как только мы начинаем думать об «обязанности воздерживаться» как о *явлении действительности*, как о *реальности*, которую несет определенное лицо, т. е. начинаем думать о ней с позиции *содержательной*, а не формальной логики.

II. Непоследовательность критики абсолютного правоотношения. Догма о наличии в запрете пассивной обязанности имеет своим следствием *идею абсолютного правоотношения*, которое устанавливается нормой, запрещающей всем и каждому совершать определенное действие, к примеру причинять вред имуществу некоторого лица. Лицо, ставшее собственником определенной вещи, моментально оказывается в правоотношении со всеми другими лицами, которые становятся носителями обязанности не препятствовать собственнику владеть и пользоваться своей вещью.

Некоторые ученые, отвлекшись от формальной правильности абсолютного правоотношения собственности, пришли к выводу, что *его реальное существование противоречит здравому смыслу*. «Определение субъективного права собственности, – писал Д. М. Генкин, – как элемента правоотношений собственника со всяким и каждым, устанавливающих для всякого и каждого пассивную обязанность воздержания от нарушения правомочий собственника, представляется искусственной конструкцией, оторванной от реальных явлений жизни»³.

³ Генкин Д. М. Право собственности в СССР. М., 1961. С. 37. Стремясь как можно более выразительно подчеркнуть эфемерность абсолютного правоотношения Ю. И. Гревцов и Е. Б. Хохлов замечают: «В действительности мы сталкиваемся не более чем с фантомом, словесной конструкцией, т. е. юридической химерой, которая незамедлитель-

Главный и по сути единственный *аргумент* критиков абсолютного правоотношения заключается в том, что оно в силу *всеобщности (размытости) круга обязанных лиц* не имеет какого-либо уловимого содержания, *не может осознаваться* и потому не существует как отдельное явление. «Не может быть правоотношение с неопределенным составом обязанных лиц, т. е. любых лиц», – говорил проф. Генкин⁴. «Невозможно представить, что лицо, создавшее литературное произведение, спрятавшее рукопись в несгораемый шкаф, в силу самого факта составления рукописи вступило в правоотношения со всеми другими гражданами, обязывающие последних не нарушать права автора, о существовании которого и о создании им произведения они и не подозревают»⁵.

По мнению Ю. И. Гревцова и Е. Б. Хохлова, абсолютное правоотношение не существует потому, что его невозможно ощутить, «пощупать». «Управомоченного ещё, пожалуй, «пощупать» можно, но как это сделать с самим абсолютным правоотношением?». «Точно так же, как мне (как собственнику) противостоит абсолютно неопределенное число обязанных лиц, мне (как обязанному) противостоит абсолютно неопределенное число управомоченных лиц. Получается, что абсолютное правоотношение превратилось в общее, т. е. потеряло свою «специфику»»⁶.

Итак, по мысли авторов, абсолютное правоотношение собственности не существует потому, что его главный элемент – всеобщая обязанность воздерживаться от нарушений правомочий собственника – есть *пустая никчемная абстракция*⁷.

Но если *абсолютная* пассивная обязанность в природе не существует, то *что тогда устанавливает* норма, запрещающая *всем и каждому* совершать определенные действия? «Эту самую

но тает при первой же попытке извлечь из неё хоть какую-то реальную сущность». (Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. О юридико-догматических химерах в современном российском правоучении // Правоведение. 2006. № 5. С. 10.)

⁴ Генкин Д. М. Указ. соч. С. 35.

⁵ Там же. С. 40.

⁶ Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 10.

⁷ «Юридическая обязанность, если она не конкретная, лишена всякого смысла» (Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 13).

пассивную обязанность и устанавливают», – отвечают наши авторы. «Всеобщая обязанность устанавливается непосредственно законом, нормой права, – писал проф. Генкин, – а не является элементом бесконечного числа правоотношений с бесконечным числом лиц... Всем понятно, что закон запрещает нарушать правомочия любого собственника и потому обязывает воздерживаться от такого нарушения»⁸.

Так что же, по-вашему, всеобщая пассивная обязанность, не существуя как элемент правоотношения, существует как *установление в норме*, т. е. *совпадает* со своим же обозначением?

«Именно так», – отвечают наши авторы. *Обязанность всех и каждого воздерживаться* от противоправного действия и *есть запрет его совершать*⁹. «Те, кто полагают, что всеобщее запрещение воздерживаться от нарушений правомочий собственника является элементом правоотношений носителя субъективного права собственности со всеми другими лицами, с неопределенным числом обязанных лиц, сливают понятие правоотношения с нормой права»¹⁰.

Однако странный упрек, *нелогичный*. Разве сторонники абсолютного правоотношения сливают его с нормой, в которой оно обозначено? Наоборот, *четко разделяют*: вот норма, содержащая требование собственника ко всем другим лицам и обязанность последних воздерживаться от нарушений, а вот возникшее на основе этой нормы отношение собственника с неопределенным кругом лиц.

Упрек в «слиянии» по логике вещей следует направить к его же авторам как раз в связи с тем, что они, отрицая существование абсолютного правоотношения, «выкинули фортель», а) объявив всеобщую связь общим правилом поведе-

⁸ Генкин Д. М. Указ. соч. С. 35, 37–38. «Конечно же, закон обозначает обязанность (запрет) не совершать противоправных поступков, – пишут Ю. И. Гревцов и Е. Б. Хохлов. – Но такая обязанность не есть элемент какого бы то ни было правоотношения, поскольку она носит общий характер...». (Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 10.)

⁹ См.: Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 7.

¹⁰ Генкин Д. М. Указ. соч. С. 35.

ния¹¹ и б) поставив знак равенства между всеобщей обязанностью не совершать противоправных поступков и запретом¹². «Фортель» в том, что, *включив* данное отождествление в полемику, наши авторы полностью *дезаурировали* свою же мысль о бессмысленности абсолютного правоотношения и наполнили критику *вопиющими противоречиями*. Судите сами.

1. Если Вы заявляете об абсурдности существования всеобщей пассивной обязанности, то постулирование Вами нормы, которая ее устанавливает, есть абсурд, ибо такая норма по Вашему же разумению устанавливает абсурд.

2. «В устах» противников абсолютного правоотношения собственности *всеобщий запрет*, определяемый ими как установление обязанности каждого воздерживаться от нарушений правомочий собственника, предстает правилом поведения, не имеющим смысла, «пустым звуком», нонсенсом, ибо оказывается нормой, которая только «болтает» о правоотношении, возлагает обязанность, реально не обязывая.

3. Вопиющий алогизм главного довода критиков абсолютного правоотношения – «всеобщая пассивная обязанность не совершать противоправных поступков – это и есть запрет», который зиждется на отождествлении совершенно несовместимых вещей: *обязанности*, которая есть явление действительности, принадлежащей субъекту (пусть каждому), и *нормы*, ее обозначающей, которая есть идеальное отражение обязанности.

Почему же критики абсолютного правоотношения не заметили капкана противоречий? В чем заключается *подоплека* логического хаоса их аргументации?

Думается, она заключается в том, куда смотрят наши авторы, анализируя словосочетание «*всеобщая пассивная обязанность*», какой угол зрения выбирают, размышляя над фра-

¹¹ «... Всеобщая взаимная связь всех лиц между собой, урегулированная правом, является общим правилом поведения, т. е. не правоотношением, а нормой, правом в объективном смысле» (Генкин Д. М. Указ. соч. С. 35).

¹² См.: Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 11.

зой «все обязаны воздерживаться от нарушений правомочий собственника», на что в ней обращают внимание.

Так вот, из текстов ученых явственно следует, что источник бессмыслицы «*всеобщей пассивной обязанности*» они находят исключительно в слове «*всеобщая*», т. е. в том, что некую обязанность несет *неопределенный круг лиц*, не обращая никакого внимания на последующие два слова «*пассивная обязанность*», предполагая данный термин внутренне логичным и обоснованным. «Если мне как собственнику обязаны все, то это означает, что мне никто не обязан» – вот главный аргумент критиков¹³. Однако теоретически все могут нести только ту обязанность, которая имеет *пассивный характер*, т. е. обязанность *воздерживаться от действия*. Следовательно, *главная причина бессмысленности* «абсолютной пассивной обязанности» лежит не в ее абсолютности (всеобщности), а в ее пассивности.

Именно потому, что у критиков абсолютного правоотношения естественность пассивной обязанности не вызывает сомнений, они «малодушно» сохранили жизнь этому правоотношению, «*закрыв*» его в запрещающей норме и *усилив* его бессмыслицу. Между тем, если всеобщая пассивная обязанность *не существует в реальной жизни*, (это убедительно доказано нашими авторами), значит, норма, запрещающая всем и каждому совершать определенные действия, (общий запрет) *не устанавливает* такую обязанность, а обозначает что-то другое. Таким образом, чтобы очистить традиционно-догматическую критику абсолютного правоотношения от противоречий, необходимо переосмыслить термин «*пассивная обязанность*». Сделаем это.

III. Развенчание пассивной обязанности. Допустим, что определенное лицо – арендатор – нарушило не общий, а конкретный, направленный именно к нему запрет пользоваться арендованным имуществом не в соответствии с условиями договора аренды (п. 1 ст. 6125 ГК РФ). Вопросы: есть ли нарушаемое правоотношение? Какое право требования остается нереализованным и какая обязанность не исполняется в результате такого правонарушения?

¹³ См.: Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. Указ. соч. С. 11.

«Что за вопрос? – скажет подавляющее большинство теоретиков. Ясно, какая обязанность, – пассивная, т. е. обязанность арендатора воздерживаться от использования арендованного имущества как вздумается, которой корреспондирует соответствующее право требования арендодателя. Последнее и нарушается. *Нарушается ли?*»

Здесь подумаем. Если некоторое явление существует, значит, сторонний наблюдатель может его *обнаружить*. Как можно обнаружить наличие некоторой обязанности? Разумеется, через *поведенческий акт*, к которому обязывается конкретное лицо. Следовательно, если аналитик желает убедиться в достоверности идеи существования пассивной обязанности, он должен «увидеть» ее исполнение, т. е. *воздержание* от неправомерного действия как *отдельный поведенческий акт* отдельного субъекта.

Спрашивается, можно ли *такое* увидеть? Вряд ли. Почему? Потому что, когда аналитик начинает думать о том, что некоторое лицо в данную минуту воздерживается от совершения определенного действия, он в принципе не может увидеть каких-либо усилий, направленных на такое воздержание, т. е. в принципе не может «поймать зрением» поведенческий акт по воздержанию. Единственное, что аналитик в состоянии констатировать, – это факт *отсутствия действия* со стороны лица, включенного в наблюдение. Можно, конечно, вообразить конкретного арендатора, который испытывает муки воздержания от того, что не пользуется арендованным имуществом запрещенным образом. Но этот внутренний процесс представляет интерес для психологии, отнюдь не для юриспруденции. С юридической точки зрения не имеет значения, преодолевает ли арендатор внутренние препоны, дабы не сорваться на запрещенное действие, или не преодолевает. Важен *факт отсутствия деяния*.

Так получается, что «*воздержание от неправомерного действия*» обозначает а) не отдельный поведенческий акт отдельного субъекта, а б) *длящийся факт отсутствия* запрещенного действия со стороны определенного лица. При таком раскладе пассивная обязанность оказывается обязанностью, которая *ни к*

чему не обязывает, обязанностью без своего поведения, т. е. беспредметной, бессодержательной, пустой обязанностью.

Бессмысленность идеи пассивной обязанности подчеркивается принципиальной невозможностью увидеть *факт её существования* отдельно от *акта её осуществления*. Ведь логика термина «обязанность» предполагает временной и пространственный разрез между бытием обязанности и ее исполнением (иначе, что исполняется?). Между тем единственной реальностью, где «по идее» можно обнаружить обязанность бездействовать, *выступает длящийся факт отсутствия противоправного действия* со стороны некоторого субъекта. Очевидно, что такая реальность «соткана из материала» *действительности, наличного бытия* (пусть и со знаком минус), т. е. сплошь состоит из сущего. Значит, в ней нет места для возможного и должного, в пространстве которого, собственно, и находятся корреспондирующие друг другу права и обязанности. Именно поэтому ситуацию «*некто не совершает запрещенного действия*» абсурдно описывать через термины «право требования», «обязанность», «правоотношение».

Подумаем же, как описать ту юридическую реальность, которая *прямо отражается в запрете?*

IV. «Запрещается» значит «не вправе». Сам факт наличия запрета логически предполагает, что *запретное действие может быть совершено*. Действительно, в принципе возможно, что кто-либо украдет принадлежащий гражданину «А» автомобиль или причинит вред его имуществу. Запрет сдавать в субаренду имущество, предоставленное по договору проката вовсе не исключает того, что найдется арендатор, который заключит договор субаренды.

Итак, запрещается то, что *фактически может быть совершено*. То, что запрещено, то фактически возможно. Следовательно, если допустить, что совершено запрещенное действие, и с позиции этого факта посмотреть назад, то мы увидим не что иное, как *фактическую возможность нарушения запрета*. Именно эта реальность обозначает отсутствие противоправно-запрещенного действия и предшествует единичному факту его совершения.

Дальше, естественно встает задача определить *юридический смысл*, который привносит в возможность действия запрет его совершить. *Какие правовые термины* способны логически корректно выразить стоящую за запретом фактическую возможность, к примеру, хранителя пользователя хранимым имуществом?

«Обязанность воздержаться» для этой цели не подходит. Термин «пассивная обязанность», как было показано выше, вообще есть логический нонсенс, ибо отражает не поведение, а факт его отсутствия.

А если попробовать применить к нашей ситуации термин *«право на собственные действия»*? Как это понятие накладывается на фактическую возможность лица, к примеру хранителя, совершать запретное действие? Очень просто – со знаком минус. *Фактически имея возможность* пользоваться чужим имуществом, хранитель *не имеет юридического права* совершать подобное действие. Почему? Потому что, будучи запрещенным, данный поведенческий акт выступает как *противоправное*, а не правомерное действие. Выходит, что запрет «напрягает» хранителя а) не обязанностью воздерживаться от пользования хранимой вещью, а б) *фактом отсутствия у него права* на такое поведение.

Вот и *разгадка своеобразия запрещающей нормы*. В отличие от обычной регулятивной норма, содержащая запрет, не устанавливает какие-либо права и обязанности, а объявляет субъекту, что у него *нет права совершить определенное действие*. Устанавливая запрет, законодатель на *фактическую возможность* некоторого действия *юридическую невозможность* его совершения и тем самым объявляет о противоправности такого поведенческого акта.

Таким образом, предписание «лицу **запрещается** совершать некое действие» *означает*, что «лицо **не имеет права** на такое действие». Нарушение запрета – это противоправное действие, выражающееся а) не в отклонении от какой-либо регулятивной обязанности, а б) в действии, совершать которое лицо не имело права.

Нераскрытыми остались вопросы: *что именно нарушается запретным действием*, к примеру актом причинения имущественного вреда, и *какое позитивное, наличное явление устанавливает запрещающая норма?*

У. Охраняемый законом интерес. Очевидно, нарушаемое запретным действием благо следует искать не на стороне правонарушителя, а на стороне лица, у которого вследствие нарушения запрета возникает право на защиту, скажем, на стороне потерпевшего собственника, ставшего обладателем права на возмещение вреда. Очевидно также и то, что этим благом *не может выступать право требования*, поскольку нарушитель не выступает обязанным по запрету. Запрет не устанавливает обязанности и, следовательно, соответствующего ей права требования. Запрет устанавливает отсутствие права: таково его природное своеобразие¹⁴.

В силу такого своеобразия вопрос «*Что именно нарушается несоблюдением запрета?*» трансформируется в вопрос «*Как обозначить то, что **корреспондирует факту отсутствия права на запретные действия?***»

Для начала подумаем, в чем выражается *противоправная* сущность запрещенного действия? Какие *правовые последствия* возникают, к примеру, в результате причинения имущественного вреда и *кого* они затрагивают? Ответ таков. На стороне причинителя возникает ответственность возместить вред. Собственник же получает соответствующую возможность защититься через требование о возмещении (п. 1 ст. 1064 ГК РФ).

Если законодатель предоставляет некоторому лицу *право на защиту* от совершения другим запрещенного действия, значит, он полагает, что для этого лица такое деяние является *нежелательным*. Говоря языком примера, факт возникновения у соб-

¹⁴ С этой точки зрения утверждение С. С. Алексеева о том, что «для юридических запретов характерен обращенный к их носителям момент «требования» и что «если существует юридический запрет, то всегда есть лица, которые вправе потребовать его соблюдения», выглядит абстрактно-формальным и потому дежурно-традиционным (см.: Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 49).

ственника в результате причинения вреда права на возмещение доказывает, что на его стороне объективно существовал и существует **законный интерес** в том, чтобы никто не действовал подобным образом. Причем этот интерес представляет собой а) не личную заинтересованность конкретного субъекта, а б) *признанную и охраняемую законом потребность* любого собственника в том, чтобы никто не причинял вред его имуществу.

Вот мы и пришли к ответу на вопрос: *что нарушается* обозначенным в запрете действием? *Запрещая* некоторое действие и *отнимая* у определенных (или неопределенных) субъектов право его совершать, законодатель *тем самым признает интерес других лиц в том, чтобы запрещенное действие не совершалось*.

Уникальность такого интереса определяется тем, что единственное действие, с которым он соотносится, а) не удовлетворяет его, а *нарушает* б) и *не является*, таким образом, требуемым и должным.

Следовательно, *выраженный в запрете интерес* существует *вне правоотношения*, как бы в «чистом виде», сам по себе. Арендодатель не вступает с арендатором в правоотношение в связи с действием запрета пользоваться имуществом иначе, чем в соответствии с условиями договора, ибо арендодатель не имеет законного интереса в таком действии. Но это вовсе не означает отсутствия у арендодателя всякого интереса к такому действию. Иначе говоря, интерес арендодателя заключается *в отсутствии правоотношения* с арендатором по поводу неправильного пользования последним арендованным имуществом.

Но как обнаружить такой интерес в «тихом омуте» факта отсутствия какого-либо поведения? Ведь ничего не происходит, а интерес существует и удовлетворяется. За счет чего? Каково его бытийное основание?

Вспомним здесь об отмеченной выше подоплеке запрета. Наличие запрещающей нормы предполагает, что запретное действие *может быть совершено*. Следовательно, законный интерес в отсутствие обозначенного в запрете действия *зигждется на*

возможности его совершения, как бы обосновывается ею, т. е. существует **в пространстве возможности его нарушения**.

До конца прояснить эту ключевую мысль поможет сравнительный анализ 1) стоящего за запретом *интереса в отсутствие действия* и 2) существующего как право требования *интереса в действии*. Последний соотносится с действием, которое его *удовлетворяет* и потому существует как *возможность своего удовлетворения*. Первый соотносится с действием, которое его *нарушает* и потому существует постольку, поскольку существует *возможность его нарушения*, удовлетворяясь фактом отсутствия запрещенного действия.

Итоговый вывод. Единственным позитивным юридическим явлением, которое устанавливается нормативной фразой «запрещается» («не допускается»), выступает *существующий вне правоотношения охраняемый законом интерес* лица в том, чтобы другое (другие) *не совершало запретно-противоправного действия*. Этот интерес и нарушается.

Сущность муниципальных норм права

Отечественная правовая система, претерпевшая существенную реорганизацию в 90-е гг. XX века, дополнилась новым юридическим явлением – муниципальным правотворчеством, результатом которого явилось создание собственной системы правовых норм в каждом отдельно взятом муниципальном образовании.

«Включение в правовую систему норм, которые издаются не государственными органами, но имеют то же название, что и нормы, исходящие от государства, а не от общественной организации, – отмечала Н. В. Щербакова, – заставляет теоретически переосмыслить понятие нормы права»¹. Нуждается в осмыслении и сущность норм, создаваемых в муниципальных образованиях.

Муниципальные нормы права некоторые ученые рассматривают как корпоративные нормы, т. е. нормы, исходящие от определенного сообщества или его органов, регламентирующие внутреннюю организацию, основные направления его деятельности, взаимные права и обязанности его участников, подкрепленные авторитетом и влиянием этого образования².

На наш взгляд, повод для подобных трактовок дает отечественный законодатель, противопоставляющий органы местного самоуправления органам государственной власти, позиционирующий их как организационно самостоятельные, независимые от государства структуры. Безусловно, местное самоуправление является элементом гражданского общества, обладает известной автономией, в том числе в части установления правил собственного существования в границах муниципального образования,

¹ Щербакова Н. В. К вопросу о нормативных правовых актах органов местного самоуправления в РФ // Проблемы реализации Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: материалы науч.-практ. конф., 25 апреля 1996 г. / отв. ред. С. А. Авакьян. М., 1996. С. 111.

² См.: Шугрина Е. С. Муниципальное право: учебник. М., 2004. С. 74.

однако и о другой стороне «медали» – о том, что муниципальная власть является разновидностью публичной власти в стране, – не следует забывать.

Корпоративные нормы по своей природе являются нормами частного права³. Местное же самоуправление соединяет в себе как частноправовые, так и публично-правовые начала. Значительное число актов органов местного самоуправления, нормы, которые они содержат, «пополняют» блок публичного права России (например, включенные в устав и определяющие систему органов местного самоуправления муниципального образования, издаваемые в связи с осуществлением отдельных переданных государственных полномочий, положения о бюджетном процессе в муниципальном образовании и др.).

Корпоративные нормы, как известно, обязательны для участников корпорации, а нормы муниципальных образований – для всех находящихся на территории муниципального образования граждан, организаций, органов власти. Действующие на территории муниципального образования правила благоустройства, например, должны соблюдаться как его жителями, так и иными находящимися на соответствующей территории отдельными лицами, их коллективами и организациями независимо от их организационно-правовых форм и видов собственности. Иными словами, при определении пределов действия муниципальных норм исходят, по общему правилу, из территориального критерия, корпоративных – из признака субъектного состава.

Многие исследователи современного российского местного самоуправления отмечают государственную природу последнего со ссылкой на его генезис, фактическую роль этого института в социальной действительности⁴.

На наш взгляд, не следует допускать смешения норм муниципальных образований и корпоративных норм, также как нельзя

³ См.: Кашанина Т. В. Корпоративное право: учебник. М., 2010. С. 26.

⁴ См., например: Васильев В. И. Законодательная основа муниципальной реформы. М., 2005. С. 174; Сергеев А. А. Местное самоуправление в Российской Федерации: проблемы правового регулирования. М., 2006. С. 114, 116–117.

ставить знак равенства между исследуемыми нормами и нормами права, создаваемыми государством.

Для уяснения сущности норм муниципальных образований необходимо рассмотреть их **основные признаки**.

1. Они закрепляют правила поведения *общего* характера. Как и любые иные нормы права, нормы муниципальных образований рассчитаны на наиболее распространенные, типичные ситуации, обращены к персонально неопределенным субъектам.

2. Муниципальные нормы права являются *обязательными* правилами поведения, однако действие их распространяется исключительно *на территорию муниципального образования*. Соответствующие предписания должны исполняться всеми находящимися на территории муниципального образования гражданами, организациями и органами власти.

3. Они *обеспечиваются мерами государственного и иного воздействия*. В литературе данный признак норм, создаваемых в процессе осуществления местного самоуправления, обозначается так же, как свойство гарантированности со стороны государства.

В юридической науке высказано и альтернативное мнение, согласно которому нормы, принимаемые органами местного самоуправления, ограничены силой исключительно общественного воздействия, в связи с чем нормативные акты органов местного самоуправления не носят и не могут носить правового характера⁵. Анализ норм отечественного права, однако, не позволяет согласиться с подобным утверждением.

В соответствии с ч. 3 ст. 7 Федерального закона от 06.10.2003 г. (в ред. от 29.12.2010 г.) № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁶ (далее ФЗ № 131) ответственность за неисполнение муниципальных правовых актов устанавливается федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации.

Функцию охраны норм, устанавливающих правила поведения на территории муниципального образования, выполняет

⁵ См.: Апт Л. Ф. О природе нормативных актов органов местного самоуправления // Российское правосудие. 2006. № 4. С. 31.

⁶ См.: СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

институт административной ответственности, конкретные меры которой закрепляются в законах субъектов Федерации. При этом общей нормы об ответственности за нарушение муниципальных правовых актов обычно не устанавливается; предусматриваются лишь меры воздействия в случае неисполнения отдельных видов правил. Например, ст. 8.2 Закона Саратовской области от 29 июля 2009 г. № 104-ЗСО «Об административных правонарушениях на территории Саратовской области»⁷ предусмотрена ответственность за нарушение норм и правил в области благоустройства и обращения с отходами, установленных муниципальными правовыми актами.

В некоторых муниципальных образованиях России предпринимались попытки конструирования собственных норм, предусматривающих ответственность за нарушение муниципальных правовых актов. Необходимо, однако, иметь в виду, что правовыми актами органов и должностных лиц местного самоуправления не может быть установлена какая-либо ответственность за их неисполнение (санкция как мера принуждения)⁸.

Нормы муниципального уровня обеспечиваются самыми разнообразными мерами (экономического и политического, поощрительного и принудительного, государственного и общественного, коллективного и иного) воздействия. Действующее законодательство (в частности, Федеральный закон от 26.12.2008 г. (в ред. от 07.02.2011 г.) № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»⁹) предусматривает возможность применения мер воздействия в случае выявления органом муниципального контроля фактов нарушений требований, установленных муниципальными правовыми актами. Согласно ст. 17 данного закона нарушителю выдается предписание об устранении нарушений с указанием сроков их устранения.

⁷ См.: СПС КонсультантПлюс.

⁸ См.: подпункт «ж» пункта 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2007 г. (в ред. от 10.06.2010 г.) № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части» // Российская газета. 2007. 8 дек.

⁹ См.: СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.

Невыполнение предписания органа муниципального контроля влечет применение мер административной ответственности. Так, например, ст. 25.1 Закона Ярославской области от 03.12.2007 г. (в ред. от 01.12.2010 г.) № 100-з «Об административных правонарушениях»¹⁰ предусматривает меры ответственности в виде предупреждения или наложения административного штрафа за неисполнение предписания органа, осуществляющего муниципальный контроль за соблюдением правил благоустройства.

Рассмотрение трех обозначенных выше признаков позволяет сделать вывод о том, что нормы, создаваемые в рамках муниципальных образований, обладают свойствами правовых норм. Однако открытым является вопрос о том, каково место указанных норм в системе права, какова их юридическая сила и т. д.

4. Нормы права, содержащиеся в муниципальных правовых актах, на наш взгляд, органично вписываются в систему отечественного права, являясь своего рода «третьим этажом» в ней.

При создании правовых норм муниципальных образований должны учитываться положения, содержащиеся в федеральном и региональном законодательстве. Согласно ч. 4 ст. 7 ФЗ № 131 муниципальные правовые акты не должны противоречить Конституции РФ, федеральным конституционным законам, федеральным законам и иным нормативным правовым актам РФ, а также конституциям (уставам), законам, иным нормативным правовым актам субъектов Федерации.

Муниципальное правотворчество носит *подзаконный* характер, поскольку право издания законов является прерогативой представительных органов государственной власти. Подзаконный характер местного самоуправления констатируется в ст. 3 Европейской хартии местного самоуправления, ч. 2 ст. 1 и некоторых других положениях ФЗ № 131. Данные нормы призваны подчеркнуть, что автономия муниципальной власти, наделенной правом установления собственных правил на своей территории, не является абсолютной.

Сказанное не умаляет значения норм, создаваемых в рамках муниципальных образований: они лишь облекаются в иную форму. Локальное правотворчество местного самоуправления в

¹⁰ См.: Губернские вести. 2007. 8 дек.

литературе рассматривается как один из основных видов правотворчества в Российской Федерации¹¹.

Однако единого подхода к пониманию сущности муниципального правотворчества до сих пор в отечественной науке не сложилось. Одни авторы, подчеркивая производность от государства соответствующих полномочий, ведут речь о *санкционировании* государством права органов местного самоуправления создавать правовые нормы¹². Правотворчество органов местного самоуправления по вопросам местного значения носит предварительно санкционированный характер. Самостоятельной разновидностью санкционирования правотворческой деятельности является утверждение разработанных органами самоуправления нормативных правовых актов.

Другие исследователи в данной связи отмечают, что имеют дело с *делегированным правотворчеством*¹³. По их мнению, государственная власть передала органам местного самоуправления часть своих полномочий, предусмотрев в законе право издавать муниципальные правовые акты.

Подобные трактовки, на наш взгляд, уходят корнями в советское правоведение, которое исходило из того, что исключительным правом создания нормативно-правовых предписаний обладает государство, компетентное наделить нормотворческими полномочиями ту или иную организацию. Сегодня ученые констатируют, что правотворчество перестало быть прерогативой только государственных органов.

Изучение специальной литературы¹⁴ по проблеме делегирования нормотворческих полномочий привело нас к следующим выводам.

¹¹ См.: Общая теория государства и права: академический курс: в 2 т. / под ред. М. Н. Марченко. М., 1998. Т. 2. С. 164.

¹² См.: Шугрина Е. С. Указ. соч. С. 75.

¹³ См., например: Щербакова Н. В. Указ. соч. С. 107.

¹⁴ См.: Толстик В. А. К вопросу о юридической силе актов, принятых в рамках делегированных нормотворческих полномочий // Юрист. 2001. № 10. С. 31–33; Троицкий В. С. Делегированное законотворчество: теория и практика: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005; Кузнецова Н. В. Делегирование полномочий в сфере взаимодействия органов

Процедура делегирования предполагает соблюдение следующих требований: определенная форма делегации полномочий; указание срока пользования последними; четкое определение целей, пределов полномочий, а также принципов и критериев, которыми необходимо руководствоваться в процессе осуществления указанных полномочий. Акт о делегировании полномочий должен содержать указание не только на то, какое конкретно полномочие передается, какому органу, на какой срок, но и каков порядок компенсации затрат на реализацию делегированных полномочий.

Делегирующий орган оставляет за собой право санкционировать издаваемые акты или в определенный срок выразить несогласие с ними для прекращения их действия, контролировать соответствие действий исполняющих полномочия органов условиям делегирования и положениям исходного нормативного акта и т. п.

Делегирование полномочий в его классическом варианте сегодня имеет место, например, при наделении органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями в соответствии с главой 4 ФЗ № 131.

Что же касается нормотворчества по вопросам местного значения, это, на наш взгляд, результат перераспределения правотворческих полномочий государства, которое уже утратило монополию на издание правовых норм. В литературе справедливо отмечается, что делегирование нормотворческих полномочий следует отличать от первоначального наделения такими полномочиями государственных органов и общественных объединений. Объем полномочий, закрепленный в учредительном акте, следует рассматривать как первичный, базовый, статусный¹⁵.

Подтверждением сказанному является отраженный в законодательстве дифференцированный подход к определению правил отмены (приостановления действия) муниципальных правовых актов (см. ч. 1 ст. 48 ФЗ № 131). Последние могут быть отменены

государственной власти и местного самоуправления в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005; и др.

¹⁵ См.: Толстик В. А. Указ. соч. С. 31–33.

органами (должностными лицами) местного самоуправления, их издавшими, а также судом; а в части, регулирующей осуществление органами местного самоуправления переданных им отдельных государственных полномочий, – уполномоченным органом государственной власти.

Вопрос о назначении муниципального правотворчества дискутируется также не одно десятилетие¹⁶. Первоначально была высказана позиция (И. А. Азовкин и др.), согласно которой для местных органов власти должно быть характерно не столько нормативное регулирование общественных отношений, сколько применение норм права с учетом местных условий. Другая группа ученых (Ю. А. Тихомиров, И. М. Степанов и др.) полагала, что нормотворчество на местах возможно в форме конкретизации положений нормативных правовых актов более высокой юридической силы. Иными словами, муниципальное правовое регулирование носит вторичный характер, «первичных» норм права в муниципальных образованиях не создается.

Наиболее обоснованной представляется позиция третьей группы авторов (В. М. Баранов, А. В. Леонтенков, В. В. Таболин и др.), считающих, что при осуществлении местного самоуправления создаются как вторичные, так и первичные нормативно-правовые предписания. Первичные нормативные правовые акты содержат нормы права, принятые по вопросам исключительной компетенции местного самоуправления, и регулируют те общественные отношения, которые не могут регулироваться нормами федерального и регионального законодательства. Вторичные муниципальные правовые акты принимаются на основании и во исполнение норм права, содержащихся в актах, принятых органами государственной власти в целях их конкретизации с учетом местных условий. К вторич-

¹⁶ См., например: Азовкин И. А. Местные Советы в системе органов власти. М., 1971. С. 233; Антонова Н. А. Акты органов местного самоуправления // Проблемы реализации Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». С. 115; Таболин В. В. Право муниципального управления. М., 1997. С. 64.

ным (производным) можно отнести также все акты, принятые в рамках делегированных полномочий¹⁷.

Изучение положений действующего законодательства, а также правотворческой практики местных образований приводит к выводу, что в одних случаях пределы муниципального правового регулирования определяются законодателем по «остаточному» принципу. Задача органов муниципальной власти здесь состоит в грамотном выявлении и упорядочении объективно необходимых общественных отношений. Так, нормы уставов муниципальных образований, определяющие виды, порядок принятия (издания), официального опубликования (обнародования) и вступления в силу муниципальных правовых актов, будут дополнять положения главы 7 ФЗ № 131 и являться по отношению к ним вторичными.

В других случаях возможности правового оформления тех или иных общественных отношений ограничены лишь действием принципа законности. Государство дает широкий простор усмотрению муниципальных образований, инициативе, самостоятельности, учету местных условий и т. д. Например, ст. 9 ФЗ № 131 предусматривает, что уставами муниципальных образований и (или) нормативными правовыми актами представительных органов устанавливаются официальные символы муниципальных образований и порядок их официального использования. Нормы права муниципальных образований, касающиеся символики, следует рассматривать в качестве первичных.

Необходимо отметить, что соотношение полномочий федеральных, региональных и муниципальных органов власти в сфере правового регулирования местного самоуправления меняется по мере развития соответствующих институтов. Поэтому не является статичным и содержание категорий «первичные» и «вторичные» нормы муниципальных образований.

5. Муниципальные нормы права могут приниматься как *населением непосредственно* (на местном референдуме, сходе граждан), так и *органами и должностными лицами местного са-*

¹⁷ См.: Баранов В. М., Леоненков А. В. Муниципальные правовые акты в системе источников российского права: моногр. Н. Новгород, 2006. С. 159–160.

моуправления. В основе первых лежит волеизъявление жителей муниципального образования, в основе вторых – воля соответствующих органов и должностных лиц.

6. Нормы муниципальных образований обычно *выражаются в письменной форме и закрепляются в муниципальных нормативных правовых актах и иных формах права* (например, нормативных договорах). Причем содержащиеся в подобных договорах предписания являются результатом согласования воли различных муниципальных образований в лице представляющих их интересы органов местного самоуправления.

Проведенный анализ показывает, что нормы права муниципального уровня обладают общими признаками, характерными для иных разновидностей правовых норм, и вместе с тем, им присущи некоторые особенности. С одной стороны, они призваны отражать волю местного сообщества как определенного автономного образования, с другой – закреплять властные веления местного уровня публичной власти в стране.

Семейно-правовые нормы: качественное своеобразие и особенности существования в окружающей социально-нормативной среде

В качестве преамбулы продекларируем основные характеристики объекта размышления: семейно-правовые нормы пребывают в дихотомии частного и публичного, диспозитивного и императивного (1), тесно взаимодействуют с нормами морали (2) и религии (3), предпосылают крайне мало дефинитивности (4), но предельно много ситуационности (5), не исключают бланкетности, субсидиарного применения и аналогии (6), как никакие иные сотрудничают со специальными гражданско-процессуальными нормами (7)¹.

Казалось бы, после нелинейной совокупности данных семи констатаций невозможно и подумать о несамостоятельной природе и сущности норм семейного права. Тем не менее гражданско-правовая атака, в том числе в форме экспансии методологии экономического оборота, возобновлена с новой силой², что, впрочем, не привело пока и, надеемся, не приведет ни к соответствующему поглощению («рейдерскому захвату»), ни к системному гражданско-правовому «откату» семейно-правовых начал. Озаботимся, однако, подробностями зафиксированного своеобразия.

Необходимость корректного (иногда «точечного»), но эффективного регулирования отношений супружества, родительства, детства, попечения над детьми, иных семейных отношений, обеспечения общественного интереса в приоритетной охране блага ребенка и семейных ценностей неизбежно ведет к активному проникновению в организм семейно-правовых норм, по своей природе и сущности цивилистических, публичных, императивных начал, то есть к указанной в преамбуле дихотомии.

¹ Объем публикации не позволяет нам рассмотреть все аспекты. В частности, за пределами «внутристатейного» внимания мы оставляем международно-правовой и судебно-правотворческий аспекты.

² Подробно об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. Ярославль: ЯрГУ, 2009. С. 11–54.

Частные, диспозитивные начала достаточно доминантно проявляют себя во всех семейно-правовых институтах: в свободе брака и развода, возможности выбора способов построения отношений собственности в супружеском союзе (предпочтении законного или договорного режима), формах попечения над детьми (усыновлении, опеки договорной и недоговорной), вариантах материальной поддержки членов семьи. К числу диспозитивных проявлений относятся также правила об учете мнения ребенка при решении семейных вопросов. И, разумеется, заметной составляющей рассматриваемого начала является активное договорное конструирование семейных связей³.

Публичные начала, императивные элементы реализуются: 1) в признании браком только союза, прошедшего госрегистрацию; невозможности его прекращения бесконтрольным соглашением сторон; существенном ограничении свободы семейно-правовых договоров (а также и судебных мировых соглашений); понуждении суда к действиям, которые в классической цивилистике совершают только заинтересованные лица – субъекты спорных материальных правоотношений (обязанности решить в бракоразводном процессе вопросы о месте проживания ребенка и его алиментировании, взыскании алиментов в процессе по делу о лишении родительских прав и т. п.); 2) во введении специфических запретов и ограничений: для брака – запрет близкого родства, требование моногамии и разнополости, неблагоприятные последствия сокрытия вензаболевания и ВИЧ-инфекции; для развода – недопущение инициирования мужем процедуры прекращения брака в период беременности жены и года после рождения ребенка; для усыновления – установление 16-летней разницы в возрасте между

³ Подробно об этом см., например: Лушников А. М., Лушников М. В., Тарусина Н. Н. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. Ярославль: ЯрГУ, 2008. С. 34–155; Чашкова С. Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004; Низамиева О. Н. Договорное регулирование семейных отношений: современное состояние и перспективы развития // Семейное право на рубеже XX–XXI веков: к 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы международной научно-практической конференции. Казань, 2010.

усыновляющим и усыновляемым; и т. д. и т. п.; 3) в применении особых мер ответственности или мер защиты (лишение или ограничение родительских прав, отмена усыновления, освобождение от алиментной обязанности ввиду недостойного поведения супруга в браке и др.); 4) в правилах позитивной дискриминации, призванных к выравниванию возможностей мужчины и женщины, родителей и детей (в сфере развода, раздела общесупружеского имущества, алиментирования, совершения семейно-правовых актов в отношении ребенка)⁴.

Баланс указанных противоположных начал всегда был достаточно зыбок и в эпоху перемен всегда нарушался. Последний раз наиболее ярко это проявилось в 30–40 годы прошлого столетия, когда «чаша публичности и императива» оказалась на порядок тяжелее – в основном за счет положений Указа ПВС СССР от 8 июля 1944 г. (отказ в признании фактического брака, запрет отыскания внебрачного отцовства, «драконовская» процедура развода)⁵.

Реформирование общественных отношений в 90-е годы XX в. отразилось на данном балансе в противоположную сторону. Так, свобода выбора формы супружеской собственности оказалась чревата незащищенностью интересов ребенка и/или одного из супругов, нуждающегося по обстоятельствам жизни в поддержке; акцент на гражданско-правовую природу договора об опеке (с ее возмездностью) выстроил предпосылку для видоизменения целей и сущности всего института; признание брака гражданско-правовым договором⁶ создало предпосылку к разрушению российских традиций о понимании цели и сущности данного явления. Разбалансировка, дисгармонизация частных

⁴ Подробнее см.: Ворожейкин Е. М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972; Нечаева А. М. Семейное право: Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007; Ильина О. Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М., 2007; Тарусина Н. Н. Указ. соч. С. 46–52. И др.

⁵ Подробнее об этом см., например: Антокольская М. В. Семейное право. М.: Юрист, 1997. С. 75–78; Тарусина Н. Н. Семейное право. М.: Проспект, 2001. С. 63–65. И др.

⁶ См.: Антокольская М. В. Указ. соч. С. 114; Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 3. М.: Велби, 2009. С. 415.

и публичных начал в нормах семейного права с очевидностью ослабляет его «социализаторскую» функцию⁷.

* * *

Значительным своеобразием отличается взаимодействие правовых норм с **нормами морали**⁸. В классическом, общеправовом, значении нормы права должны быть морально обоснованы, иметь своего рода легитимацию с позиций господствующей, общепринятой морали⁹, хотя и не рассматриваться в прямолинейной зависимости – всего лишь как «минимум морали», ибо возможна и обратная связь – воздействие на процесс эволюции моральных ценностей¹⁰, работа семейно-правовых норм «на опережение» (например, в области ряда запретов на вступление в брак, в репродуктивной сфере, путем расширения возможностей ребенка влиять на решение вопросов, касающихся его жизни в семье и его личного статуса).

С одной стороны, «нравственность – неиссякаемый чистый родник в грязном житейском море...», «духовная оппозиция неприглядной обывательской жизни»¹¹ с той или иной степенью ясности и жесткости фиксированная в нормах морали – устных и письменных. Ни право, ни мораль не ограничиваются предметно обособленной сферой социальных отношений, хотя последняя более универсальна, всепроникающа и является «оценщиком» первого. Моральность права, подчеркивает Е. А. Лукашева, – проявление его ценностной характеристики; право – категория этическая, к нему приложимы все оценки с позиций добра, зла, справедливости и др.; мораль-

⁷ См. Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 22–23, 53–54.

⁸ См.: Нечаева А. М. Семейное право: Актуальные проблемы... С. 57–87; Рабец А. М. Проблемы укрепления нравственных начал в нормах о личных неимущественных правах и обязанностях родителей и детей // Научные труды РАЮН. М., 2003. № 3. С. 160–166; Тарусина Н. Н. Указ. соч. С. 31–34.

⁹ Алексеев С. С. Теория права. М., 1993. С. 70.

¹⁰ Там же. С. 69.

¹¹ Бойко А. И. Система и структура уголовного права. Т. 2. Ростов н/Д.: ЮФУ, 2007. С. 408–409.

ное измерение права – его органическая необходимость¹². И в этом смысле их значение для правовых норм (в том числе, а может быть, и прежде всего¹³ семейных) непреходяще и благотворно¹⁴.

С другой стороны, правоведы опасаются «беспредела морализирующей вседозволенности», вооружения морали средствами права для «крестовых походов» и «жертвоприношения» ради будущего¹⁵. Подобные опасения, впрочем, адресованы скорее «силовым» отраслям права, а не цивилистическому семейному праву¹⁶.

Нравственная обусловленность семейно-правовой методологии в настоящее время актуализируется неоднократно отмеченным нами излишне активным проникновением в нее гражданско-правовых компонентов, что усиливает позиции индивидуализма и потребительского интереса – в то же время, как «золотое правило нравственности» проистекает из учения о должном, из приоритета общественного (или группового, например семейного) интереса, а не из комплекса прав и претензий¹⁷; современное «Славоправие» индивидов не является абсолютным позитивом – оно «атомизирует» общество, дезорганизует систему управления, служит не только социально слабым, но и социально сильным. И тогда, замечает А. И. Бойко, «под несменяемым флагом защиты прав и интересов частника вновь достают из пыльных сундуков старые общинные ценности, срочно монтируют национальную,

¹² Лукашева Е. А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностные измерения. М.: Норма, 2009. С. 128, 137, 151.

¹³ На наш взгляд, наибольшую плотность взаимодействия права и морали мы наблюдаем в семейно-правовой и уголовно-правовой сферах.

¹⁴ См.: Алексеев С. С. Восхождение к праву: Поиски и решения. М.: Норма, 2001. С. 218.

¹⁵ Алексеев С. С. Указ. соч. С. 215–218.

¹⁶ Следует, однако, заметить, что элементы «воинственности» периодически были свойственны и ему: например, имперское семейное право знало институт власти мужа и отца, плотно сопряженный с «Домостроем»; Указом ПВС СССР от 8.07.1944 г. была введена весьма жесткая процедура развода; и т. д.

¹⁷ См.: Бойко А. И. Нравственно-религиозные основы уголовного права. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 116.

а не индивидуалистическую идею»¹⁸. Впрочем, очевидно, что взаимодействие частного (индивидуального) и публичного (общественного) осуществляется по сложным многоканальным схемам: эгоизм должен быть разумен, а социальная польза не должна эксплуатироваться эгоистичными группами; гармонизация частных и публичных начал, нравственных и нормативно-правовых, в нашем случае – в сфере возникновения, развертывания и преобразования брака, семьи, попечения над детьми.

Следующий вариант взаимодействия составляет специфику прежде всего и именно семейно-правового регулирования: нравственные категории и нормы морали закрепляются непосредственно в семейном законодательстве, становятся содержательными элементами семейно-правовых норм. Например, семейные отношения строятся на «чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов»; родители обязаны заботиться о «духовном и нравственном развитии своих детей»; «при назначении ребенку опекуна (попечителя) учитываются нравственные и личные качества опекуна (попечителя)»; суд вправе освободить супруга от алиментной обязанности перед вторым супругом или ограничить ее определенным сроком в случае «недостойного поведения супруга, требующего выплаты алиментов», и т. д. и т. п. (ч. 2 п. 1 ст. 1, ч. 2 ст. 54, п. 1 ст. 63, ст. 92, п. 2 ст. 146 СК РФ).

Как справедливо отмечает Б. М. Гонгалов, включение в закон подобных положений, может быть, следует даже приветствовать, однако отдавая себе отчет в том, что «"перевести на юридический язык" такие понятия, как любовь и уважение (в семье) еще никогда не удавалось и вряд ли когда-нибудь удастся»¹⁹.

Ядро семейных отношений (в том числе правоотношений), пишет А. М. Нечаева, составляет их духовность, нравственные начала поведения человека; семейное право несет архиважную воспитательную нагрузку, выполняет воспитательную миссию по отношению ко всем гражданам, а поэтому тяготеет не к эко-

¹⁸ Там же. С. 119–120.

¹⁹ См.: Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. М., 2007. С. 18.

номике²⁰ (хотя и не может игнорировать ее, «великую и ужасную»), а к нравственным ценностям и нормам о них.

Рассуждения (и даже резкие заявления) о юридической «пустоте» означенных нами и им подобных семейно-правовых норм с точки зрения формально-нормативных канонов вроде бы основательны. Однако очевидно, что не только в рамках указанного канона право выполняет свои функции. Его «скелет» формально-нормативен, но существо гораздо сложнее – тем более существование. Нормы-декларации о должном, в том числе нравственно должном, нужны обществу, а значит, и праву, его «воинствующему оружию и оружию сдерживания», так как примеры, приведенные ранее, свидетельствуют и о возможной классической юридической конкретике правил, в основе которых лежат этические конструкты.

Триаду исследуемого взаимодействия включает тезис о существенном значении для разрешения семейного дела юрисдикционным органом нравственной характеристики личности и ситуации, даже если таковые послылы непосредственно в семейном законе и не закреплены: утрата чувства любви как причина развода, аморальный образ жизни матери как основание передачи ребенка отцу, усыновителя – отмены усыновления, опекуна (попечителя) – прекращения опеки (попечительства) и т. д.

Две последние формы взаимодействия формально-юридических и нравственных начал с очевидностью выстраивают «китайскую стену» отличий норм, правоотношений и правоприменения в сферах семьи и гражданского оборота. (В этом месте мы никогда не лишаем себя удовольствия привести блестящее суждение известного российского юриста конца XIX в. А. Л. Боровиковского: «Любят ли друг друга должник и кредитор – вопрос праздный. Этот должник уплатил долг охотно..., другой уплатил, проклиная кредитора, – оба случая юридически одинаковы..., но далеко не празден вопрос, благорасположены ли друг к другу **муж и жена**, ибо здесь любовь есть самое **содержание** отношений...»²¹).

²⁰ См.: Нечаева А. М. Семейное право как самостоятельная отрасль // Государство и право на рубеже веков: материалы Всерос. конф. М.: Юрайт, 2010. С. 15.

²¹ Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. СПб., 1892. С. 212.

Следует также заметить, что не только последний, но и все элементы триады имеют вполне конкретное значение для право-реализации, в том числе и в форме правоприменения, особенно в контексте судебного и административного усмотрения, так как все они относятся к классу оценочных понятий²².

* * *

Предваряя констатации взаимодействия семейно-правовых и **религиозных норм**, обозначим несколько общих положений, распространяемых на право в целом. *Первое*: религиозные нормы являются «прашурами» правовых²³. Следует, видимо, добавить: а также первичным и в большинстве случаев последующим средоточием предписаний нравственного порядка. В. Г. Ярославцев отмечает, что первоосновой права служили законы Божьи в широком смысле этого слова: заповеди, заветы и прочее, которые незримо пронизывали человечески законы, привнося в них дух естественного нравственного закона. Именно в религии кроются предельные основы, «конечный источник права»²⁴.

И снова следует добавить: аксиоматично также генетическое партнерство религии и морали, близость их социальных функций, но и относительная автономность и различность (нравственность не имеет «штатных поводырей и пропагандистов», не фиксируется в консолидированном виде в каком-либо одном письменном памятнике, в отличие от веры, весьма часто имеющей государственную поддержку, «таким патронажем похвастаться не может»). Когда-нибудь, соединившись с лучшими образцами права и публичными технологиями управления в целом, замечает А. И. Бойко, «сакрально-этические представления станут духовной сердцевиной интегрированного искусства мирной жизни», а

²² Об этом см. далее.

²³ Подробно об этом см., например: Лукашева Е. А. Указ. соч. С. 98 и след.; Тихонравов Ю.В. Судебное религиоведение. М., 1998. С. 22 и след.; Религиоведение / под ред. А. В. Солдатова. СПб.: Лань, 2003. С. 518 и след.; и др.

²⁴ Ярославцев В. Г. Истоки права в совести и нравственном долге // Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики / под ред. В. В. Миронова, Ю. Н. Солонина. М.: Летний сад, 2010. С. 133.

ныне они составляют корневую основу менталитета и ряд, хотя и неполный, фундаментальных основ, светской юриспруденции²⁵.

Второе: никакие исторические катаклизмы не могут отменить того факта, что соотношение права и религии имеет не только глубокие исторические корни, но и постоянную непрерывающуюся связь, хотя и изменчивую во времени, в различных цивилизациях, на различных территориях²⁶. *Третье:* «сплав небесных предписаний» с юридической нормативностью в той или иной степени количества и качества можно обнаружить в самых различных цивилизациях – от восточных до христианских²⁷. *Четвертое:* по мере исторического развития право и религия как социальные регуляторы, все более обособляясь друг от друга, при нормальном течении общественных процессов не только не находятся в позиции противопоставления, но и в определенных ситуациях осуществляют взаимоподдержку. *Пятое:* разрушение религиозных основ никогда не приносило пользы правопорядку²⁸. *Шестое:* проблема поиска общих (или относительно общих, отнюдь не универсальных, для осей «Восток – Запад – Север – Юг»²⁹) мировоззренческих устоев для всего общества есть одновременно проблема взаимодействия различных религиозных течений и правомерности приоритета какого-либо из них перед другими на определенной государственной территории.

В дореволюционной России последний аспект проблемы решался однозначно: среди всех иных религий православие официально пользовалось исключительным идеологическим и правовым статусом, все остальные были лишь «терпимы»³⁰.

Декретом СНК РСФСР от 23 января 1918 г. «Об отделении церкви от государства и школы от церкви» этот постулат был деза-

²⁵ См.: Бойко А. И. Нравственно-религиозные основы уголовного права. С. 111.

²⁶ См.: Лукашева Е. А. Указ. соч. С. 105–107.

²⁷ Там же. С. 123–124.

²⁸ Там же. С. 125–126.

²⁹ Мы намеренно добавляем вторую «географическую ось», так как многообразие религий не исчерпывается традиционной первой.

³⁰ См., например: Гольст Г. Р. Религия и закон. М., 1975. С. 18.

вуирован, а отношения разрушены³¹. Только с началом коренного реформирования всего уклада российского общества – идеологии, государственности, экономики, быта – с конца 80-х гг. XX в. постулаты и практическая деятельность религии стали вновь осознаваться как социальные ценности и ее влияние на российское общество возрастать. «Современная жизнь, – констатирует А. И. Бойко, – показывает, что духовенство лучше и оперативнее светских властей указывает и обосновывает стратегические пути развития общества, что теология переживает своеобразный Ренессанс. Все потому, что Церковь в определенном смысле надпартийна, олицетворяет надежды большинства, устойчиво служит общественному, а не частному интересу, несмотря на безопасный принцип симфонии³², обогревает надеждами и теплом... страждущих...»³³.

Однако официальный приоритет Православной Церкви не был и не мог быть возрожден – напротив, осуществлено конституционное (ст. 14) закрепление свободы вероисповеданий и свободы совести. Многонациональная и многоконфессиональная (и частично атеистическая) Россия иного себе позволить не может, впрочем, и ключевые конфессии – тоже³⁴.

³¹ Одновременно и Церковь реформировала систему своей организации, в том числе восстановив патриаршество. См.: Цыпин В. А. Определения и постановления Поместного Собора Православной Российской Церкви 1917–1918 гг. // Богословский вестник. 1993. № 1. С. 102.

³² Как бы взаимного благословения управления обществом и страной Церковью и государством. Подробнее см.: Бойко А. И. Римское и современное уголовное право. СПб.: Юридцентр Пресс, 2003. С. 80–81.

³³ Бойко А. И. Система и структура уголовного права. Гл.: Нравственные и религиозные корни отрасли. С. 357–358.

³⁴ По данным ВЦИОМ на сентябрь 2007 г. половина россиян – верующие, из них 10% «воцерковлены», регулярно посещают храм; 31% респондентов допускает существование Бога; убежденных атеистов – 6%; не задумывающихся на эту тему – 8%; православных – 75%, мусульман – 8% (подробнее см., например: Дворникова О. А. Религия и закон: проблемы взаимодействия // Журнал российского права. 2009. № 7).

Впрочем, по состоянию на начало 2011 г. ситуация, скорее всего, изменилась... По данным СМИ 19 декабря 2011 г. Крещение традиционным купанием ознаменовало около 600 тыс. чел.

Современные позиции РПЦ фиксированы в «Социальной концепции Русской Православной Церкви» и других соборных документах. Подробнее см., например: Бойко А. И. Система и структура... С. 358–366.

Обратимся, однако, к светскому семейному праву России и его взаимодействию с религиозными нормами. До 1917 г. (января 1918 г.) официально доминирующей конфессией, как мы уже отмечали, признавалось православие, которое сосредоточивало свои нормативные помыслы и в религиозных источниках, и в российском церковном праве, оказывая либо прямое, либо косвенное воздействие на отношения супружества, воспитание детей и образовательную деятельность. При этом «иноверцы» в своих поступках подчинялись не только светскому законодательству, но, будучи свободными от официального (православного) права, обращались к канонам своей религии, а атеисты и «раскольники» – только к светскому закону. Так, брак первых заключался при содействии духовного лица с соблюдением соответствующей процедуры (у мусульман, например, имел характер договора о создании семьи и рождении детей), а развод осуществлялся либо со значительной легкостью (например, для лиц евангельского исповедания), либо совершенно исключался (для католиков); смешанные браки имели специальную регламентацию; «нехристям» (например, раскольникам) дозволялось заключать гражданские браки (в России – с 1874 г.)³⁵.

В указанный период взаимодействие канонов Русской Православной Церкви и светского законодательства в вопросах брака (в значительной степени) и семьи (существенно меньшей) было не только практически очевидным на бытовом уровне, но и публично признанным. Институт брака составлял значительный блок церковного права. Последнее же применялось и клириками, и юристами. А церковное право входило в образовательный стандарт правоведения, в том числе в Демидовском юридическом лицее³⁶. Следуя православной линии христианства, российское

³⁵ См., например: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. С. 599–607.

Гражданский брак – не есть аналог фактического, а суть светский. Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 193–195.

³⁶ С 1803 г. в Высшем наук училище, далее – Демидовском юридическом лицее и Ярославском государственном университете. Подробно об этом см.: Ярославская юридическая школа: прошлое, настоящее, будущее / под ред. С. А. Егорова, А. М. Лушниковой, Н. Н. Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2009.

законодательство не только во времена после крещения Руси, в средние века, но и в XIX – начале XX в. признавало таинство сутью супружеского союза, опираясь на определение брака из Кормчей книги как «мужев и жене сочетание, сбытие во всей жизни, божественныя и человеческия правды общение»³⁷. При этом религиозные и нравственные сущности брака рассматривались многими известными цивилистами начала XIX в., как правило, в единстве. «С точки зрения религии, – отмечал Д. И. Мейер, – брак представляется учреждением, состоящим под покровительством божества; по учению же православной церкви – даже учреждением, совершаемым с его участием, – таинством. Равным образом и закон нравственный, – продолжал автор, – независимо от религии, принимает в свою область учреждение брака и признает его союзом двух лиц разного пола, основанным на чувстве любви, который имеет своим назначением – восполнить личность отдельного человека, неполную в самой себе, личностью лица другого пола»³⁸. Часть личных отношений (например, обязанность жены следовать за мужем, власть мужа над женой и детьми) и имущественные отношения супругов регулировались гражданским законодательством.

С 1917–1918 гг. ситуация принципиально изменилась. Отделение церкви от государства на политико-правовом уровне было сопровождено частным отрицанием действия православных канонических норм в отношениях брака и развода для российских граждан. Канон оставался в относительной силе для служителей Церкви – относительной в том смысле, что последние должны были подчиняться и требованиям светского института брака. Переходным нормативным положением явилось признание юридической силы венчаных супружеских союзов, совершенных до 1917 г.

Разобщенность православного и законодательного представлений о браке, условиях его заключения и основаниях прекращения потеряла свою остроту в конце прошлого века и продолжает смягчаться в действующем столетии. Сближение, впрочем, не получило юридического значения – даже частичного.

³⁷ Цит. по: Мейер Д. И. Русское гражданское право. Т. 2. М., 1997. С. 714 (публ. по изд. 1902 г.).

³⁸ Мейер Д. И. Указ. соч. С. 348.

Существенные отличия православного брачного права и светского законодательства в основном сводятся к трем. *Первое*: Церковь владеет определением брака³⁹, закон – нет (наш законодатель и наши цивилисты до сих пор убеждены в невозможности дефинировать супружеский союз)⁴⁰. *Второе*: требования действительности брака жестче и шире в церковном праве за счет более глубокого запрета по родству и даже свойству, ограничения числа браков, условия о единоверии. Как известно, по церковному канону сомнения вызывает уже 3-й брак (он действителен лишь при определенных условиях), а 4-й брак не допускается; запрещены союзы между родственниками 4-й степени включительно, свойственниками (1-й степени; ранее – и более отдаленных степеней) и т. д. Очевидно, отмечает В. А. Цыпин, что священник или епископ не могут принимать решение о допустимости венчания в подобных случаях. Более того, в отдельных случаях следует настаивать на прекращении кровосмесительного сожительства (уже зарегистрированного), сожительства с дочерью или сестрой первой жены⁴¹. Установлен и возрастной предел для заключения брака – 80 лет⁴². *Третье*: несравнимо либеральнее реагирует закон на основания и способы прекращения супружества (развод возможен по взаимному согласию, а при отсутствии оно расторгается по настоянию одного из супругов, если судебные меры по примирению сторон

³⁹ Мусульманский взгляд на брак, как известно, отличается от православного. В определенном смысле брак является брачным договором о создании семьи и рождении детей. См., например: Барминская Д. С. Новые тенденции в развитии мусульманского семейного права на примере Семейного Кодекса Королевства Марокко 2004 г. // Семейное и жилищное право. 2009. № 3; Горшунов Д. Н. Частное право и ислам // Учен. зап. Казан. гос. ун-та. Гуманитарные науки. Т. 152, кн. 4. 2010. С. 47–48.

Д. Н. Горшунов отмечает также, что в нарушение семейного законодательства в верующих семьях встречаются ранние шариатские браки (по шариату брачная дееспособность у юношей – с 15 лет, у девушек – с 9 лет). См.: Там же. С. 50.

⁴⁰ Подробнее об этом см.: Суворов Н. С. Учебник церковного права. М.: Зерцало, 2004. С. 321 и след.; см. также изложенное ранее.

⁴¹ См.: Цыпин В. Курс церковного права. Клин, 2004.

⁴² См.: Тарусина Н. Н. Указ. соч. С. 24.

не дали результата). Церковный же канон добровольного развода не знает и устанавливает перечень конкретных оснований к прекращению союза. Однако в связи с действием в этом вопросе светского законодательства он непосредственно может воздействовать только на поведение служителя Церкви. Расторжение венчанных браков неизбежно опирается на светские акты (административные или судебные) и практически осуществляется соответственно после «гражданского» развода⁴³.

В то же время между церковной и светской ветвями брачного права есть немало общего, хотя и не тождественного. Первое сходство связано с возникновением брака: венчание в любом приходе, ведение церковной книги, выдача свидетельства о венчании – регистрация в любом органе ЗАГС России, фиксация акта в специальной книге, выдача свидетельства о заключении брака; непризнание значения фактического «брака». В церковной практике считается единственно допустимым венчание только тех, чье супружество уже зарегистрировано по светскому закону⁴⁴. Второе сходство связано с ключевыми условиями законности брака: свобода воли, отсутствие близкого родства, моногамия, разнополость. Последние два обстоятельства весьма сближают взгляды современной Русской Православной Церкви и российского законодателя. Несмотря на требования разрешить многоженство – с учетом национальных традиций ряда регионов, принцип моногамии остается незыблемым, хотя соответствующие предложения групп депутатов и даже попытки косвенно внедрить многоженство в отдельных регионах делаются. При этом позиционирование России как страны европейской отнюдь не ведет к допущению, юридическому признанию однополых союзов в качестве разновидности партнерств семейного типа (как это сделали законодатели большинства европейских стран) или даже брака (как это осуществлено, например, в Голландии)⁴⁵. Влияние

⁴³ См.: Гавриш И.В. Соотношение норм семейного кодекса Российской Федерации и брачного права Русской Православной Церкви // Семейное и жилищное право. 2010. № 2. С. 24–25.

⁴⁴ См.: Цыпин В. Курс церковного права.

⁴⁵ Подробно об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 355–358.

Церкви в этом вопросе, рассматривающей такие «союзы» как греховные, а соответствующие влечения, по меньшей мере, как болезненный недуг, весьма велико.

Сближение позиций церковного брачного права и светского семейного законодательства возвращает к жизни идею юридического признания акта венчания – в качестве альтернативы государственной регистрации⁴⁶ или этапа узаконения брачного союза⁴⁷. В то же время, ввиду противоречивости церковных норм о браке, необходимости их актуализации и корректного взаимодействия с российским брачным законодательством, они должны эволюционировать и по содержанию, и по форме⁴⁸.

Интеллектуальное же взаимодействие между теологической теорией брака и цивилистическими его концепциями, активно начавшееся в конце XIX в., прерванное почти на 80 лет в XX в., возобновлено и развивается.

* * *

Дефинитивная составляющая нормативно-правового пространства относится к числу важнейших предпосылок эффективной правореализации, в том числе правоприменения. Когда закон, отмечает Д. А. Керимов, имеет не узкую специализацию, а обращен ко всему обществу или значительной его части, все его основные термины должны найти разъяснение в его тексте, иначе практика испытывает очевидные трудности. При этом автор в качестве негативных примеров приводит нелегализованные понятия прежде всего из семейно-правовой сферы – «многодетная семья», «родственники», «члены семьи» и др.⁴⁹

Понятия – универсальные средства познания, при помощи которых постигается сущность предметов и явлений, их ключе-

⁴⁶ См., например: Муратова С. А. Семейное право. М., 2001. С. 65.

⁴⁷ См.: Чиквашвили Ш. Д. Спорные проблемы семейного законодательства// Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. М., 2005. С. 38; Ильина О. Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. Тверь, 2005. С. 38.

⁴⁸ См., например: Гавриш И. В. Указ. соч. С. 25.

⁴⁹ См.: Общая теория государства и права: Академический курс: в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. Т. 2. М.: Зерцало-М, 2001. С. 290–291.

вые признаки⁵⁰. В них после «отшлифовки» остаются «концентраты», «сгустки» информации о том или ином фрагменте жизни⁵¹. Разумеется, в «отсутствие легальной дефиниции определение термина может формироваться внутри контекста»⁵², однако определенность и системность в этом деле предпочтительнее.

Конечно, следует иметь в виду, что чем «сложнее явление, тем относительно меньше теоретико-познавательное значение, – отмечает А. А. Пионтковский, – имеет его определение». Самым испытанным приемом автор полагает первоначальное указание родового сходства или свойства, а затем видового отличия. Среди иных он констатирует достаточно большое разнообразие: простое перечисление элементов – описательное определение (1); акцент на отношения между элементами – аналитическое (2); составление понятия из похожих свойств элементов – синтетическое (3); ориентир на способ возникновения понятия – генетическое (4); включение лишь отличительных признаков – диагностическое (5) определение⁵³.

При этом, разумеется, с технической стороны важное значение имеет ясное и профессионально корректное использование связующих слов и терминологии⁵⁴, которые и создают относительно реалистичный каркас дефиниции («импрессионизма», впрочем, не всегда удается избежать, особенно в сферах, где

⁵⁰ См., например: Кашанина Т. В. Оценочные понятия в советском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1974. С. 7; Пиголкин А. С. Подготовка проектов нормативных актов (организация и методика). М., 1968. С. 63.

⁵¹ Кашанина Т. В. Указ. соч. С. 4.

⁵² Головина С. Ю. Терминологическая неопределенность в трудовом праве: причины возникновения и пути устранения // Правоведение. 2010. № 2. С. 56.

⁵³ См.: Пионтковский А. А. К методологии изучения действующего права // Учен. зап. ВИЮН. Вып. 6. М., 1947. С. 17–57.

⁵⁴ Термин в юридической литературе трактуется как «... слово (или словосочетание), которое употреблено в законодательстве, является обобщенным наименованием юридического понятия, имеющего точный и определенный смысл, и отличается смысловой однозначностью, функциональной устойчивостью». См.: Язык закона / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1990. С. 65.

нормы крепко вмонтированы в жизненные ситуации, а не искусственно сконструированы для сугубо специальных целей, например процессуальных).

Дефинитивный аспект (а с ним и терминологический) семейно-правовых норм представляет собой довольно удручающее зрелище. В СК РФ отсутствуют дефиниции ключевых понятий семейно-правовой сферы – брака, семьи, члена семьи, родства и свойства и многих других, а те, что наличествуют, содержат неопределенности и неточности. Впрочем, дефиниций всего четыре: понятия фиктивного брака (п. 1 ст. 28), брачного договора (ст. 40), ребенка (п. 1 ст. 54) и приемной семьи (ст. 152). Для сравнения: Закон Республики Казахстан «О браке и семье» предлагает 18 дефиниций в ст. 1 «Основные понятия, используемые в настоящем Законе» – о браке и фиктивном браке, семье, детстве, алиментах, семейном положении, близких родственниках, опеке и т. д. Семейный Кодекс Украины содержит определения понятий «семья» (ст. 3), «ребенок», «малолетний ребенок», «несовершеннолетний» (ст. 6), «брак» (п. 1 ст. 21), «фиктивный брак» (п. 2 ст. 40), «усыновление» (п. 1 ст. 207), «приемная семья» (ст. 256-1), «приемные родители» (ст. 256-2), «приемные дети» (ст. 256-3), «детский дом семейного типа» (ст. 256-5) и др., в итоге более дюжины. В Кодексе о браке и семье Республики Беларусь дефинируются: брак (ст. 12), фиктивный брак (ст. 45), суррогатное материнство (п. 1 ст. 53), семья (ст. 59), близкое родство (ст. 60), свойство (ст. 61), многодетная семья (ст. 62), неполная семья (ст. 63), усыновление (ст. 119), патронатное воспитание (ст. 175). В этих «отечествах», видимо, есть «пророк»...

Большинство российских цивилистов, в том числе семейно-ведов, полагают невозможным как сойтись, договориться о ключевых дефинициях (например, брака и семьи), так и фиксировать их в законодательстве. Что касается не слишком сложных, «закодированных» явлений, то отсутствие их понятийного значения в тексте закона и вовсе составляет для нас загадку: не то ленимся, не то забываем, не то не подпускаем к тексту профессионалов (а и подпустив на «пионерское» расстояние, игнорируем их позицию), не то... – словом, тайна сия есть. Не убеждают нас и

опыты законодателей ближнего зарубежья. При этом позиция о невозможности закрепить в законе, например, дефиницию брака сопровождается дружным и весьма родственным его дефинированием в учебниках, монографиях и статьях⁵⁵, которое весьма сопоставимо и с дефинициями означенных зарубежных кодексов.

Что касается четырех определившихся «счастливиц», то дефиниция фиктивного брака дана вскользь, как бы между прочим, и не в надлежащем месте: «Брак признается недействительным ... также в случае заключения фиктивного брака, то есть если супруги или один из них зарегистрировали брак без намерения создать семью» (ст. 27 СК РФ). Понятие брачного договора содержит совершенно неясное упоминание о «лицах, вступающих в брак»⁵⁶, а конструирование понятия приемной семьи является техническим и не отражает ее существенных признаков. Дефиниция же понятия «ребенок» и вовсе относится к участникам «невероятных приключений дефиниций в России»: «Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия)». Возникают вопросы: сохраняют ли этот статус, во-первых, граждане от 14 до 18 лет, законно вступившие в брак, во-вторых, - ставшие внебрачными родителями и имеющие право с 16-летнего возраста самостоятельно осуществлять родительские права и нести соответствующие обязанности, в-третьих, – эмансипированные?.. Закон жанра не требует подробных аналитических ответов⁵⁷ на эти вопросы: в нашем случае важнее постановка проблемы, то есть очередное свидетельство неопределенности семейно-правовых дефиниций (четырех) на фоне массового отсутствия необходимых остальных.

В противовес этой неудаче рассмотрим несколько позитивных версий из зарубежного семейного законодательства. Так, в

⁵⁵ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. Ярославль: ЯрГУ, 2007. С. 81–90.

⁵⁶ Подробнее см., например: Максимович Л. Б. Брачный договор в российском праве. М., 2003. С. 33 и след; Чефранова Е. А. Имущественные отношения в Российской семье. М., 1997. С. 53; и др.

⁵⁷ Подробно о содержании данного понятия см.: Тарусина Н. Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства // Вестник Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Серия Гуманитарные науки. 2011. № 1. С. 54–60.

белорусском кодексе (ст. 12) предлагается дефиниция супружества: «Брак – это добровольный союз мужчины и женщины, который заключается в порядке, на условиях и с соблюдением требований, определенных законом, направлен на создание семьи и порождает для сторон взаимные права и обязанности». С редакционной точки зрения, может быть, ее и следует усовершенствовать, но с точки зрения юридической, в данной дефиниции охвачены все существенные признаки брака. Если адресоваться к доктринальным определениям, то все они смыслово тождественны этому образцу⁵⁸ (кроме, разумеется, взглядов на брак как гражданско-правовой договор). Особый интерес представляют положения ст. 3 украинского кодекса о семье: семья – первичная и основная ячейка общества; ее составляют совместно проживающие лица, связанные общим бытом, имеющие взаимные права и обязанности; супруги считаются семьей и при раздельном проживании, если таковое обусловлено учебой, работой, лечением, уходом за родителями, детьми и иными уважительными причинами; ребенок относится к семье своих родителей и тогда, когда совместно с ними не проживает; одинокое лицо также имеет права члена семьи; семья создается на основе брака, родства, усыновления и других законных оснований⁵⁹. В данной дефинитивной конструкции использованы сразу несколько приемов – и описательный, и аналитический, и генетический. Как видим, в целом обе попытки дефинировать ключевые понятия семейного, жилищного и социального законодательства (имеющие важное значение и для других отраслей) весьма достойны, особенно на фоне необоснованного отрицания таковых возможностей российским законодателем и ученым миром. Полагаем, настало время заменить «отрицание» на «отрицание отрицания».

⁵⁸ См., например: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 586; Свердлов Г. М. Советское семейное право. М.: Госюриздат, 1958. С. 96; Рясенцев В. А. Семейное право. М.: Юридическая литература, 1967. С. 55; Пчелинцева Л. М. Семейное право России. М.: Норма, 2004. С. 86–87; Нечаева А. М. Семейное право. М.: Юрайт, 2010. С. 52; Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. С. 89–90; и т. д.

⁵⁹ См. также: Матвеева Н. А. Сравнительное брачное право России, Украины и Беларуси. М.: Юрлитинформ, 2008. С. 36–41.

Для Семейного кодекса РФ характерны и многие другие «языковые» недостатки и трудности. К первым относится недостаточно продуманное использование специальных терминов других отраслей законодательства. Так, в норме ч. 1 п. 2 ст. 28 употреблен термин «заблуждение» как основание признания брака недействительным. С кажущейся очевидностью обращаемся к ГК РФ. В правиле ч. 2 п. 1 ст. 178 сообщается, что юридическое значение придается заблуждению относительно природы сделки либо тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению. Позволим себе данное положение оставить без комментариев...

Встречаются также попытки необоснованного усиления значения того или иного указания (действия и т. п.). Например, правило ст. 49 СК РФ призывает суд при решении вопроса об установлении внебрачного отцовства принимать «во внимание любые доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от конкретного лица». Поскольку аналогичного призыва более ни в какой норме СК РФ не содержится, видимо, решения по остальным семейным делам можно основывать и на недостоверном знании... Напротив, наблюдаются попытки и необоснованного ослабления указания. Так, в соответствии с правилом п. 4 ст. 87 СК РФ при определении размера алиментов с детей в пользу родителей суд вправе учесть всех трудоспособных совершеннолетних детей. Значит, суд вправе и не учитывать это обстоятельство в полном объеме или частично, например, выяснить материальные возможности одного (двух) детей из трех (четырех) и т. д.? Непродуманным термином «вправе» в данном случае заложена основа неправосудного судебного решения⁶⁰.

Наиболее активными и сложными частицами семейно-правовой стилистики являются **оценочные понятия**. Они представляют собой средство приспособления стандартизированного, обезличенного юридического метода к постоянно меняющейся действительности, придания праву «свойств эластичности, сглаживания противоречий между жизнью и законом, а их толковате-

⁶⁰ На практике диспозитив неизбежно заменяется императивом.

лю – креативности, творческого характера его профессиональной юридической деятельности»⁶¹.

На основе обобщения соответствующих взглядов Е. В. Кобзева предлагает несколько основных идей формирования правовых норм, содержащих оценочные признаки: 1) максимально возможная дефинированность; 2) предупреждение «каучуковости» норм – стремление к максимальной достаточности признаков, конкретизирующих ситуацию; 3) определенность и единство терминологии (унификация лексических единиц, искоренение «неряшливости языка»); 4) максимальная беспробельность⁶². Автор акцентирует наше внимание на объективной стороне исследуемого явления: оценочные признаки – это неконкретизированные в нормах права понятия, призванные отражать не предмет в его целостности, а свойства или отношения этого предмета⁶³.

Оценочные понятия помогают праву, ввиду емкости своего содержания, не только приблизить его к повседневной жизни, но и приспособить к будущим проявлениям этой жизни. Предметами оценки могут выступать: базисные характеристики («интересы ребенка», «интересы семьи» и т. п.), ситуации и состояния (материальное положение, «физическое и нравственное развитие детей», фактическое воспитание, «раздельное проживание при прекращении семейных отношений», «недостойное поведение» и т. п.); действия (систематические, публичные); мотивы («неуважительные причины», «без намерения создать семью»), временные интервалы («непродолжительное пребывание в браке»), вещи («предметы роскоши»), сами субъекты правоотношений («нуждающийся супруг», «добросовестный супруг», «нравственные и иные качества опекуна» и т. д.). Примерам несть числа, да и классифицирование не исчерпано предложенными вариантами: оценочные понятия пронизывают все институциональные «потoki» семейно-правового пространства, их удельный вес на единицу измерения сопоставим лишь с некоторыми отраслями права

⁶¹ Бойко А. И. Язык уголовного закона и его понимание. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 105–108.

⁶² См.: Кобзева Е. В. Теория оценочных признаков в уголовном законе. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 141–162.

⁶³ См.: Там же. С. 97.

и законодательства (трудовым, гражданским, уголовным), но в цивилистике – он наивысший. Причина – в предмете правового регулирования: отношениях супружества, родительства, детства, попечительства, отличающихся очевидным и непреходящим своеобразием по целям, содержанию и субъектам и «трудноуловимостью» для права множества иных характеристик.

Нормы, которые призваны справиться с подобными трудностями, поименованы ситуационными (дискреционными), а их род – относительно определенными⁶⁴. Они проектируют для своей реализации такие виды деятельности, как толкование, конкретизация, применение по аналогии (особенно аналогии права и межотраслевой аналогии) и судебное правотворчество, обнимаемые общим понятием судебного усмотрения⁶⁵.

Оценочные понятия проникают, во-первых, в конструкции-определения, которые либо присутствуют, либо, как мы неоднократно отмечали, должны присутствовать в семейном законодательстве. Они, как мы также отмечали, в ряде случаев препятствуют необходимому дефинированию, чего вполне можно избежать и о чем свидетельствует означенный нами опыт законодателей ближнего зарубежья, где даны и дефиниции, и трактовка специальных терминов. Безусловным облегчением явился бы нормативный глоссарий основных терминов, что, например, и продемонстрировано в казахстанском семейном законе (ст. 1). К этому же призывают нас и многие теоретики отраслевой юридической науки, например уголовного права. В частности, большинство этих ученых, специализирующихся в области уголовно-правовой лингвистики либо обративших свое внимание на эту проблему в определенный период своего научного бытия, призывают к созданию терминологических словарей непосредственно в структуре нормативного акта. Так, Н. А. Лопашенко предлагает вклю-

⁶⁴ См., например: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 11. М.: Юрид. литература, 1982. С. 74.

⁶⁵ Подробно об этом см., например: Панкова О. А. Усмотрение суда. М.: Статут, 2005; Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и судебское усмотрение. М.: Юрлитинформ, 2009; Тарусина Н. Н. О судебном усмотрении // Проблемы защиты субъективных гражданских прав / под ред. В. В. Бутнева. Вып. 10. Ярославль: ЯрГУ, 2010; и др.

чить в УК РФ специальную статью или главу «Понятийный аппарат», Н. Г. Иванов и другие авторы – ввести в Общую часть УК специальную статью, аналогичную ст. 5 УПК РФ «Разъяснение некоторых наименований, содержащихся в настоящем Кодексе» и т. д.⁶⁶ Ряд ученых не считают принципиальным вопрос о месте размещения «словаря», допуская, например, периодическое издание официального комментария УК РФ Пленума Верховного Суда РФ и другие варианты⁶⁷.

В этой связи А. И. Бойко замечает, что полезность данной акции видится в: 1) инвентаризации огромного числа терминов; 2) очищении («пурификации») от лишнего, наносного терминологического материала; 3) подготовке почвы для межотраслевой терминологической гармонии в отечественном правоведении⁶⁸. Следует заметить, что подобные эксперименты, на уровне специализированных законов, уже давно осуществляются⁶⁹. Конечно, для масштабных кодексов это сложнее, к каковым СК, впрочем, не относится. В качестве первого шага вполне допустимо, а возможно, и желательно принятие соответствующего постановления Пленума Верховного Суда РФ.

В подобных актах традиционного или судебного правотворчества⁷⁰ можно было бы определить официальную позицию и по «супероценочным» конструкциям, которые, наряду с дефинитивным способом существования, также пронизывают всю ткань (или значительную часть) семейно-правового «вещества»: «интересы ребенка» (в зарубежных версиях – «благо ребенка»),

⁶⁶ Подробно о взглядах по данному вопросу см.: Кобзева Е. В. Теория оценочных признаков... С. 175–176.

⁶⁷ См.: Там же. С. 180–181.

⁶⁸ См.: Бойко А. И. Язык уголовного закона... С. 97.

⁶⁹ И таких законов – весьма значительное количество. Для примера: ФЗ от 26.07.2006. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (ст. 4 «Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе»), ФЗ от 17.12.2001 № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»; и т. д., и т. п.

⁷⁰ Мы разделяем точку зрения о наличии подобного явления в современной российской правовой системе. См., например: Тарусина Н. Н. О судебном усмотрении // Проблемы защиты субъективных гражданских прав / под ред. В. В. Бутнева. Вып. 11. Ярославль: ЯрГУ, 2011. С. 20–28.

«взаимопомощь и ответственность перед семьей всех ее членов» (ст. 1), «интересы семьи», «недостойное поведение в браке» (ст. 92), «расходование имущества в ущерб интересам семьи» (п. 2 ст. 39), «крайне неблагоприятное положение» (п. 3 ст. 42 и др.), «физическое, психическое, духовное и нравственное развитие детей» (п. 1 ст. 63, ч. 2 п. 1 ст. 65 и др.), «злоупотребление родительскими правами» (ст. 69 и др.) и т. д. Относительно одних можно было бы применить простые способы дефинирования, например описательный, относительно других – иные, в том числе их совокупность⁷¹.

* * *

Некоторые семейно-правовые нормы являются **бланкетными**. Классическим образцом подобного рода представляется нам правило п. 2 ст. 9 СК РФ об исковой давности, отсылающее правоприменителя к нормам статей 198–200 и 202–205 ГК РФ, а также правило п. 7 ст. 38 СК РФ (об исковой давности при разделе общесупружеского имущества). Считается, что такое же очевидное воздействие имеют нормы гражданского права об общих началах договорного регулирования на содержание семейно-правовых норм о договорах семейно-правовой сферы и особенности их применения. Действительно, в ситуации предоставления гарантий кредиторам при заключении брачного договора (п. 2 ст. 46 СК РФ), несоблюдения последствий установленной формы соглашения об алиментах (ч. 2 п. 1 ст. 100 СК РФ), установления, осуществления и прекращения опеки и попечительства (п. 3 ст. 60, п. 3 ст. 145, ч. 2 п. 7 ст. 145, п. 1, 3 ст. 147, п. 7 ст. 148 СК РФ) следует отсылка к гражданскому законодательству⁷². Кстати, «полубланкетный» характер семейного договорного права слу-

⁷¹ См., например, позицию А. А. Пионтковского, изложенную нами ранее.

⁷² Другое дело, что это далеко не всегда обосновано, особенно в части норм об опеке. Подробнее об этом см., например: Нечаева А. М. О Федеральном законе «Об опеке и попечительстве // Законы России, 2009. № 7; Косова О. Ю. Патронат: состояние и перспективы развития // Законы России. 2010. № 6; Темникова Н. А. Природа договора об осуществлении опеки (попечительства) // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2009. Вып. 4. и др.

жит для некоторых ученых дополнительным аргументом десуверенизации семейного права⁷³. Однако качество бланкетности, во-первых, не является для него ведущим и распространенным, во-вторых, в ряде случаев оно оспоримо, в-третьих, бланкетность присуща всем отраслям российского права, а иным из них – в существенно большей степени, нежели праву семейному.

Как верно отмечает Л. М. Пчелинцева, в ряде случаев бланкетность не опирается на конкретные статьи ГК РФ, а ограничивается общим адресованием – к положениям о долевой собственности (п. 2 ст. 30 СК РФ), возмещении материального и морального вреда (п. 4 ст. 30 СК РФ), изменении и расторжении брачного договора (п. 2 ст. 43 СК РФ), признании его недействительным (п. 1 ст. 44 СК РФ) и т.д.⁷⁴

В большей своей части бланкетность норм составляет предпосылку **субсидиарного применения норм** одной отрасли (института) к нормам другой (другого), однако в ряде случаев (там, где она имеет «абстрактный» характер) – и межотраслевую аналогию. Следует заметить, что во взглядах на соотношение указанных двух видов деятельности четкости нет, границы размыты⁷⁵.

Поскольку в нашу задачу не входит подробная аналитика возникающих по ходу размышления над темой дискуссий, ограничимся практическими рекомендациями А. Т. Боннера по этому вопросу. Так, под субсидиарным применением автор понимает ситуацию, когда суд (или другой правоприменитель) исходит из конкретных предписаний смежного родственного института либо смежной (родственной⁷⁶) отрасли права, причем ее нормы могут быть использованы лишь постольку, поскольку не охватываются в полной мере регулированием надлежащей отрасли права, то есть востребуются в дополнительном порядке. При этом основным поводом для запуска такой схемы

⁷³ См.: Антокольская М. В. Место семейного права в системе отраслей частного права // Государство и право. 1995. № 6. С. 40.

⁷⁴ См.: Пчелинцева Л. М. Семейное право России. М., 2004. С. 50–51.

⁷⁵ Подробнее об этом см., например: Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. Т. 1 Ярославль: ЯрГУ, 2005. С. 328–331; см. также: Тарусина Н. Н. О судебном усмотрении.

⁷⁶ Автор не точен: в этом вопросе возможно взаимодействие УК, ГК, ТК, УПК, социального законодательства и т. д.

А. Т. Боннер полагает отнюдь не «лакуну» (пробел), а необходимость разумного и экономичного расположения нормативного материала: «дублирование тождественных или аналогичных норм в различных отраслях права нерационально, лишено смысла» (например, понятие о сделке, вине, обязательстве в целом одинаково трактуется в гражданском, трудовом и семейном праве, но исторически и генетически прописаны в ГК). К субсидиарности, продолжает автор, призывает либо сам законодатель, либо высшие судебные инстанции⁷⁷. Комплект условий для субсидиарного применения составляют: сходство отраслей права (институтов), в том числе их методологии (отнюдь не всегда), непротиворечивость (а лучше – очевидная близость) целевых установок и принципов между «нормой-кандидатом» и «нормой-потребителем». Возможно прямое использование части нормы, например трактовки специального термина (скажем, нетрудоспособности как понятия пенсионного законодательства для уголовного, гражданского, семейного права).

При этом при «абстрактном» характере отсылки возрастает опасность ненадежности, необоснованности и т. п. осложнений. Так, в процессе размышления над дефинитивными и оценочными понятийными рядами мы обратили внимание на невозможность использования в полном объеме представлений ГК РФ о заблуждении (да и обмане) для института недействительности брака⁷⁸, недопустимости распространения конструкции договора на явления супружеского союза (брака). Сомнительным является также допущение к семейным отношениям положения о непоименованных договорах (п. 2 ст. 421 ГК РФ), например для сферы алиментирования.

⁷⁷ См.: Боннер А. Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. М.: Юрид. литература, 1980. С. 111–113.

⁷⁸ Е. А. Чефранова отмечает, что вопросы действительности брака не могут разрешаться с применением главы ГК РФ о сделках. В то же время позитивные аспекты договорно-правового регулирования (заключение, расторжение, исполнение и т. п.) вполне приспособлены для брачного договора, соглашения об алиментах и др., разумеется, с соблюдением условия непротиворечивости и их корреляции с существом семейных отношений. См.: Чефранова Е. Применение к семейным отношениям норм гражданского законодательства // Российская юстиция. 1996. № 10. С. 45.

Последние сентенции выводят нас на границу между пространством субсидиарности и **аналогии**, которая, как мы уже отмечали, несколько размыта. Между тем этим видам деятельности посвящены самостоятельные нормы – ст. 4 и ст. 5 СК РФ, предусматривающие, впрочем, для первого и второго один и тот же критерий – соответствие существу семейных отношений. Если бы мы к первому виду деятельности применяли критерий разумной экономии размещения нормативного материала (и только его⁷⁹), а для второго – пробельность в регулировании отношений, то граница стала бы четче. Однако этого не происходит – в теории и на практике субсидиарное применение правовых норм в качестве предпосылки пробельность не исключает⁸⁰.

Тем не менее последняя является необходимым и достаточным поводом для аналогии закона и права. Пробельность есть следствие непостижимости и изменчивости бытия, в том числе и бытия семейного, которое относится к весьма «загадочному»⁸¹ типу отношений, весьма мало подверженному правовому воздействию по своей объективной и субъективной сущности⁸².

В теории права отмечается, что пробелы не следует путать с «квалифицированным молчанием законодателя», когда он намеренно воздерживается от принятия нормы, вынося решение за пределы законодательной сферы⁸³. Это замечание весьма ценно для исследуемой нами области, где нормы морали, религии и обычай имеют важнейшее значение и нередко как раз и составляют основания для указанного «молчания».

Разумеется, классическим и безупречным способом преодоления пробелов является правотворчество⁸⁴, однако речь не о

⁷⁹ Что мы, собственно, и предлагаем.

⁸⁰ См., например: Карташов В. Н. Указ. соч. С. 330.

⁸¹ Эпитет Боровиковского из книги «Отчет судьи».

⁸² См.: Загоровский А. И. Семейное право. Одесса, 1902. С. 1–3; Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Т. 2. М., 2003. С. 2 (публикация по изданию 1896 г.); Мейер Д. И. Русское гражданское право. Т. 2. С. 348; и др.

⁸³ См.: Теория права и государства / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2002. С. 434.

⁸⁴ Относительно безупречным – ввиду имманентного несовершенства законодательства и законодателей.

нем, а о втором способе – аналогии. Условия ее применения с высокой степенью достаточности раскрыты в теории права. К ним относятся: наличествуют действительный, а не мнимый пробел и предписание, регулирующее отношение, сходное с «пробельным»; использование аналогии не разрушает принципов и ценностей права (отрасли права); образец не относится к исключениям; решение не ущемляет законных прав и интересов третьих лиц; аналогия в данной отрасли права не запрещена⁸⁵. Последнее обстоятельство ни в какой мере не распространяется на цивилистику, однако предпосылает еще одно уточнение правил применения по аналогии: из подобных правоприменительных игр следует исключать санкции, содержащие меры ответственности, в нашем случае – семейно-правовой.

Рассмотрим проявление этих правил на некоторых примерах. Так, известно, что в проекте СК РФ право регионов своими законами снижать в исключительных случаях брачный возраст было ограничено 14-летним барьером. Правило ч. 2 п. 2 ст. 13 СК РФ этого не содержит. Однако его можно вывести по аналогии: 14 лет – возраст частичной гражданской дееспособности, получения паспорта (т. е. идентифицирующего личность документа, что необходимо для заключения брака), значительного объема семейной дееспособности, в частности возможности самостоятельно защищать свои интересы в суде и т. д.⁸⁶ Следовательно, внутриотраслевая и межотраслевая аналогия закона свидетельствует о том, что данный возрастной ценз предполагает относительную зрелость для осознания и совершения многих юридически значимых актов, к каковым относится и заключение брака.

В норме ст. 14 СК РФ отсутствует запрет браков между «братьями» и «сестрами» по усыновлению. Однако опираясь на правило о запрете супружества между усыновителем и усыновленным (ст. 14) и норму о том, что усыновление юридически приравнивается к родительству, а личные связи субъектов – к родству (п. 1 ст. 137), можно ответить положительно и на этот вопрос.

⁸⁵ См.: Карташов В. Н. Указ. соч. С. 325–326.

⁸⁶ Наконец, возраст уголовной ответственности за ряд тяжких преступлений.

Норма п. 1 ст. 42 СК РФ управомочивает супругов избрать любой режим отношений собственности, в том числе и раздельный на все имущество. Однако общие начала ст. 1 и начала института брака (п. 3 ст. 31) о взаимопомощи и взаимной ответственности перед семьей, содействии ее благополучию и т. д. явным образом призывают нас к ограничению означенной свободы и признанию брачного договора недействительным, если он предполагает полную раздельность брачной экономики. Выход – предусмотреть в нем положения о семейном бюджете.

В соответствии с правилом п. 3 ст. 51 СК РФ при неустановленном внебрачном отцовстве запись о фамилии отца производится по фамилии матери, его имя и отчество – по указанию матери. Случай отказа матери дать подобное указание обойден молчанием. Видимо, следует применить по аналогии п. 1 ст. 58 о праве ребенка на отчество, п. 4 ст. 58 о разрешении разногласий родителей об имени и фамилии органами опеки и попечительства и п. 1 ст. 121 СК РФ о возложении на последних обязанностей по защите интересов ребенка, в том числе и в случае соответствующего отказа родителей, и предоставить указанным органам инициировать необходимую запись, а при конфликте с матерью – решать вопрос в судебном порядке.

Минимальный возраст реализации права на добровольное признание внебрачного отцовства не установлен – закон ограничивается формулой «на общих основаниях» (п. 3 ст. 62 СК РФ). Однако таковых семейное законодательство не обозначает, а ГК РФ под общим правилом разумеет 18 лет (впрочем, и в соответствии с нормой п. 1 ст. 54 СК РФ лицо перестает быть ребенком с этого же возраста). Между тем очевидно, что вопрос решается в другой «возрастной инстанции». Это не может быть 14-летний барьер, так как с 14 лет субъект семейного права имеет законную возможность самостоятельно защищать свои интересы только в суде, в том числе и «искать свое отцовство» (п. 3 ст. 62), где характер и сущность процессуальной формы позволяет оказать ему необходимую помощь в отличие от формы административно-процессуальной. По аналогии с правилом п. 2 ст. 62 о праве самостоятельно осуществлять родительские права с 16 лет и дополни-

тельно нормой п. 2 ст. 13 СК РФ о снижении брачного возраста⁸⁷ до этого же минимума, можно сделать соответствующее заключение и по нашему вопросу⁸⁸.

* * *

Последний аспект касается одной из «классик жанра» семейного законодательства, который, однако, далеко не всегда очевиден правоприменителю, – **гражданско-процессуальной компоненты СК РФ**.

Гражданско-процессуальные нормы подвержены центростремительным силам (предписания общего типа) и силам центробежным (предписания специализированного типа). Последние составляют группы процессуальных особенностей рассмотрения тех или иных категорий гражданских дел. Нередко их логические и содержательные зависимости от предмета судебной деятельности настолько крепки, что такие процессуальные нормы вступают в процесс «диффузии» с материально-правовыми и втягиваются в их пространство. Именно так обстоит в нашем случае. Не уверены, что подобное решение оптимально – «прописка» элементов процессуальной формы в СК РФ не является системной и эти элементы нередко вступают в коллизию с нормами общего типа. В правовых системах имеются и другие решения. Например, в Германии, Болгарии и др. странах специальные нормы в основном сосредоточены в особых разделах ГПК⁸⁹. В теоретическом «воздухе» витают и радикальные идеи о превращении семьи процессуальных кодексов в «многодетную». Н. М. Кострова не исключает подобного развертывания событий применительно к сфере защиты семейных прав и интересов, но в весьма отдаленном будущем. В настоящем же времени, по справедливому суждению автора, следует сосредоточить внимание

⁸⁷ Как известно, одним из ключевых оснований для его снижения является беременность и рождение ребенка.

⁸⁸ Аналогия с частичной гражданской дееспособностью неуместна, если только не попытаться истолковать право признания отцовства как разновидность «авторского» права, коим 14-летний может распоряжаться самостоятельно (п. 2 ст. 26 ГК РФ).

⁸⁹ См., например: Давтян А. Г. Гражданско-процессуальное право Германии. М., 2000. С. 29.

на двух задачах: оптимизации семейного судебного процесса и устранении противоречий между специальными и общими процессуальными элементами⁹⁰.

Первая задача имеет стратегический контекст (судебная специализация – вплоть до создания специальных семейных судов или, может быть, ювенальных⁹¹) и контексты тактические. Последние вкупе со второй задачей и находятся в русле темы нашей статьи.

Прежде чем обратиться к конкретике проблемы, необходимо констатировать, что «слухи» о процессуальном присутствии в СК РФ явно преувеличены. Но это эпизодическое присутствие обладает сильной энергетикой. Обратимся же, наконец, к этим частным гражданско-процессуальным проявлениям.

В основном они сосредоточены в гл. 4 о прекращении брака. Так, по смыслу правила ст. 17 СК РФ муж ограничен в инициативной гражданско-процессуальной правоспособности по делу о разводе на период беременности жены и в течение года после рождения ребенка. Норма ст. 36 ГПК РФ не предусматривает ограничений, а правила ст. 134, 135, 136 ГПК РФ не знают подобных случаев отказа в принятии искового заявления, возвращения его или оставления без движения. Правило п. 2 ст. 22 СК РФ управомочивает суд применять примирительную процедуру, а п. 3 не разрешает ему отказать в иске (!). Последняя норма, ввиду личного характера спора, понятна. Но как это соотносится с ГПК РФ? Ответ прост: да никак.

Нормы ст. 22–23 СК РФ сообщают нам о бракоразводном производстве по взаимному согласию. Поскольку ГПК РФ такого не знает⁹², суд и стороны вынуждены ставить «спектакль» под на-

⁹⁰ См.: Судебная защита семейных прав / под ред. Н. М. Костровой. М.: Городец, 2008. С. 24. По поводу не вполне контролируемого «размножения» кодексов см., например: Тихомиров Ю. А., Талапина Э. В. О кодификации и кодексах // Журнал российского права. 2003. № 3. С. 48–49.

⁹¹ Подробно об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: Очерки С. 541–547.

⁹² Например, в ГПК Украины эти дела определены в особое производство.

званием: «Исковой спор о бесспорном» и распределять главные роли по правилам искового производства.

Правила ст. 23 и 24 СК РФ предписывают суду в обязательном порядке одновременно с разводом разрешать вопросы о месте проживания ребенка и его алиментировании, даже если стороны об этом не заявляют. Аналогичная инициатива, связанная со взысканием алиментов, предусмотрена по делам о лишении и ограничении родительских прав, отмене усыновления (п. 3 ст. 70, п. 5 ст. 73, п. 4 ст. 143 СК РФ). В судебной практике и процессуальной доктрине принято квалифицировать данные обязанности суда как право выйти за пределы заявленных требований (в рамках п. 3 ст. 196 ГПК РФ). Однако, во-первых, абсурдно рассматривать обязанность через правомочие (ст. 23–24 СК РФ). Во-вторых, как мы неоднократно отмечали в других работах⁹³, речь идет о совершенно иных материях – об обязанностях суда (ст. 23–24) или его правомочии (п. 3 ст. 70 и др.) возбудить дело по своей инициативе, которая должна была бы как исключение заявляться в норме п. 3 ст. 4 ГПК РФ, но не заявлена. Разумеется, в интересах защиты прав ребенка правоприменительно лучше «делать вид», что правило п. 3 ст. 196 ГПК РФ охватывает и эти случаи (иначе призывы ст. 23–24 СК РФ останутся без судебного внимания) как противоречащие ГПК. Однако законодателю столь ощутимую, принципиальную коллизию ГПК и СК следует наконец-таки снять.

СК РФ содержит и неколлизионные процессуальные нормы, например об обязательном привлечении в процесс органов опеки и попечительства (ст. 78), прокурора (п. 2 ст. 70), об исполнении судебных решений по спорам о воспитании детей, о направлении выписки из вступившего в законную силу судебного решения в орган ЗАГС (ч. 2 п. 2 ст. 25, п. 3 ст. 27, п. 5 ст. 70, п. 6 ст. 73) и др.

⁹³ См., например: Тарусина Н. Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. См., например: Белоусов Ю. В. Некоторые вопросы рассмотрения дел особого производства по новому Гражданскому процессуальному кодексу Украины // Тенденции развития гражданского процессуального права России. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2008. С. 215. С. 53.

Кроме того кодекс изобилует различными обращениями к суду, которые содержатся в собственно семейно-правовых, процессуальных и «пограничных» (например, о судебной подведомственности) нормах⁹⁴.

Подведем итоги. Семейно-правовые нормы «расцвечены» самыми разнообразными «красками» и составляют картины, не всегда понятные и удовлетворительные для правоприменителя. Они отличаются декларативностью или юридической конкретностью; имеют различную степень определенности, изобилуя ситуационными характеристиками, порождающими широкое судебное усмотрение; плотно взаимодействуют с этическими канонами, нередко одевая последние в юридические формы; обнаруживают некоторую контактность с религиозными нормами (православной природы); весьма активны в области субсидиарного применения и применения по аналогии; и, как никакие иные, взаимодействуют с нормами гражданско-процессуальными, хотя и в бессистемном виде, в том числе порождая коллизии между общим и специальным содержанием последних. Означенные нормы являют собой богатый материал для доктринальной дискуссии, законодательного эксперимента, административного и судебного усмотрения, а возможно, и судебного правотворчества.

⁹⁴ Информация к размышлению: в 170 статьях СК РФ слова «суд» или «судебный» употреблены более 210 раз.

К вопросу о соотношении норм земельного и гражданского законодательства, устанавливающих права на земельные участки

В современных условиях общественные отношения, объектом которых является земля, регулируются нормами земельного и гражданского права. Все последние годы, прошедшие с момента введения в действие части 1 ГК РФ, не утихают споры о соотношении действия норм данных отраслей права.

В соответствии с п. 1 ст. 3 Земельного кодекса РФ 2001 г. земельное законодательство регулирует отношения по охране земель в Российской Федерации как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории. Пункт 3 данной статьи предусматривает, что имущественные отношения по владению, пользованию и распоряжению земельными участками, а также по совершению сделок с земельными участками регулируются нормами гражданского законодательства, если иное не предусмотрено нормами ЗК РФ.

Содержание специальных земельно-правовых актов опирается как на принципы земельного права, так и на общие положения базовых отраслей права (конституционного, административного, гражданского). При этом земельные нормы в зависимости от задачи носят как публично-правовой, так и частноправовой характер. Решающее значение имеет обеспечение баланса частных и публичных интересов в регулировании земельных отношений. Например, частноправовой характер имеют нормы о владении, пользовании, распоряжении земельными участками. В то же время не вызывает сомнения публично-правовой характер норм о государственном земельном контроле, кадастровом учете земельных участков, порядке предоставления земельных участков. Однако ценность земельного права как самостоятельной отрасли заключается в возможности земельно-правовых норм как инструмента комплексного системного правового воздействия на земельные отношения в государстве.

Существование большого пласта земельно-правовых норм и специальное правовое регулирование земельных отношений – это исторически сложившаяся особенность российского права. Это обусловлено, во-первых, необходимостью системного изложения в законодательстве положений о роли государства в регулировании земельных отношений, во-вторых, необходимостью согласования различных интересов, направленных на одни и те же земельные территории.

Анализ норм Земельного и Гражданского кодексов позволяет сделать вывод о том, что, по сути, однотипные отношения регулируются нормами двух различных по отраслевой принадлежности актов. Так, ЗК РФ дает понятие земельного участка, раскрывает содержание права собственности и иных вещных прав на него, закрепляет систему оснований возникновения и прекращения прав на земельные участки, устанавливает особенности договора его купли-продажи.

ГК РФ, помимо определения системы вещных прав на земельные участки, устанавливал правовое регулирование купли-продажи недвижимого имущества, аренды.

Указанное дублирование было во многом устранено путем внесения соответствующих изменений в ГК РФ. Это было сделано в 2007 году в связи с реализацией принципа единства судьбы земельного участка и прочно связанных с ним объектов, закрепленного в п. 5 ст. 1 ЗК РФ. Согласно названному принципу все объекты, прочно связанные с земельным участком, следуют судьбе земельного участка. Данные изменения явились первым шагом к реализации принципа единого объекта недвижимого имущества, широко распространенного в законодательстве западных европейских государств.

Указом Президента РФ «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» от 18 июня 2008 года Совету по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ было поручено разработать концепцию развития гражданского законодательства РФ¹. Важное место в ней занимает комплекс норм, направленных на активизацию

¹ См.: Собрание законодательства РФ. 2008. № 29.(Ч1). Ст. 3482.

оборота земельных участков и совершенствование системы вещных прав на земельные участки. Это, в свою очередь, неизбежно вызовет необходимость коренного изменения большинства норм земельного законодательства.

Обратим внимание на два аспекта предполагаемых новаций: во-первых, существенное расширение и конкретизация содержания вещных прав на земельные участки, что с неизбежностью повлечет изъятие аналогичных норм из Земельного кодекса; во-вторых, изменение видов вещных прав на землю.

Рассмотрим эту ситуацию с позиции необходимости дальнейшего совершенствования норм земельного законодательства.

В литературе неоднократно отмечалось, что Земельный кодекс РФ 2001 г., предусматривающий регулирование имущественных отношений по владению, пользованию и распоряжению земельными участками, вторгся в предмет правового регулирования норм гражданского права. Признавая, что земельные отношения могут быть предметом не одной отрасли права, Е. А. Суханов отмечает, что если названные отношения основаны на равенстве и имущественной самостоятельности сторон, то они должны составлять предмет гражданского права. Нормы земельного права, по его мнению, должны регулировать только те отношения, которые связаны с использованием земель в Российской Федерации как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории. По сути, земельное право должно определять порядок осуществления государственного управления землей, ее использование и определение целевого назначения. Е. А. Суханов считает, что весьма широкая регламентация земельными нормами оснований возникновения, содержания, осуществления права собственности на землю, других вещных прав и даже некоторых обязательственных прав не соответствует природе норм земельного права².

По мнению И. А. Иконичкой, урегулирование земельных отношений, объектом которых являются земельные участки, при условии учета требований публично-правового характера в ГК

² См.: Суханов Е. А. Проблемы совершенствования кодификации российского гражданского законодательства // Актуальные вопросы российского частного права. М., 2008. С. 20–21.

РФ является логичным, тем более что, в частности, особенности купли-продажи земельных участков, установленные нормой ст. 37 ЗК РФ, являются в определенной степени надуманными и могут быть отнесены к другим объектам недвижимого имущества. Кроме того, установленные в ст. 27 ЗК РФ ограничения оборотоспособности земельных участков не соответствуют п. 2 ст. 129 ГК РФ.

Согласимся с мнением И. А. Иконичкой, что реализация указанных положений существенно сократит количество норм в ЗК РФ. Следовательно, в таком законодательном акте, как Кодекс, останется около 50 статей³.

Говоря о разграничении сферы действия норм гражданского и земельного права, сделаем ряд замечаний.

В литературе неоднократно отмечалось, что земельный участок следует рассматривать как часть государства и часть территории. Вряд ли данная постановка вопроса является корректной. Во-первых, это противоречит понятию земельного участка, данному в ст. 11.1 ЗК РФ; во-вторых, ГК РФ, относя земельный участок к недвижимому имуществу, не упоминает о нем как о части территории или государства.

Присоединимся к мнению Н. А. Сыродоева, что земля как политическая или административная территория выступает, как пространственно-территориальный базис для осуществления государственной власти, выступает объект в конституционном и административном праве. Земельный участок как объект имущественных отношений, подлежащий регулированию нормами земельного и гражданского права, следует рассматривать только как часть земной поверхности, природный ресурс, имеющий установленную площадь и границы.

Переход к рыночной экономике влечет постоянное распространение сферы действия норм гражданского права, регулирующих имущественные отношения, на новые виды имущества. Поэтому при реформировании вещных прав на земельные участки следует стремиться к единству правового режима всей закре-

³ См.: Иконичкая И. А. Современные тенденции развития законодательства о земле в Российской Федерации // Государство и право. 2010. № 1. С. 70–72.

пленной за субъектом недвижимости. Другими словами, при наличии у субъекта права распоряжаться определенной недвижимостью (закрепленной за ним собственником на определенном вещном праве) ему также должно принадлежать аналогичное право и на распоряжение земельным участком. И, наоборот, при запрете распоряжения земельным участком подобное ограничение должно быть применимо и к любой иной недвижимости, расположенной на этом земельном участке.

Концепция развития гражданского законодательства рассматривает имеющуюся систему прав на земельные участки как несовершенную, не отвечающую потребностям гражданского оборота, не рассчитанную на значительное число отношений, связанных с использованием земельных участков из состава публичной собственности, и на отношения частной собственности. Предлагается отказаться от существующей системы ограниченных вещных прав (кроме сервитута), заменив их правом застройки (возможность возведения на земельном участке различного рода зданий и сооружений) и правом по типу эмпфитевзиса (возможность использования свойств и качеств земельного участка). Данная конструкция предполагает упразднение существующих в нормах ЗК РФ вещных прав на земельные участки (право постоянного бессрочного пользования, пожизненного наследуемого владения, безвозмездного срочного пользования).

Согласно упомянутой концепции право застройки будет включаться в возможности отчуждения как строения, так и земельного участка. Закономерно возникает вопрос, на каком праве будет принадлежать земельный участок тем субъектам, которые не могут отчуждать недвижимое имущество?

Считаем, что цели, декларируемые Концепцией, могут быть достигнуты, если модернизировать существующее в ЗК РФ право постоянного (бессрочного) пользования, наделив его новыми характеристиками. Возможно, расширить круг субъектов данного права, предоставить субъектам право распоряжаться строениями на земельном участке, то есть сделать данное право более привлекательным и демократичным.

Следующее право – право ограниченного владения и пользования. Важнейшей характеристикой данного права является его длительный характер (более 50 лет). Какое значение может иметь данное право для режима земель сельскохозяйственного назначения? Указанное право не допускает возведения строений, что меняет целевое назначение земель сельскохозяйственного назначения, поскольку нормы ЗК РФ к землям сельскохозяйственного назначения относят и земли, занятые строениями, относящимися к сельскохозяйственному производству.

По нашему мнению, следует сохранить систему вещных прав на земельные участки, предусмотренную нормами земельного законодательства.

Нормы международного трудового права и международного права социального обеспечения: теория и практика

Еще в начале прошлого века известный русский юрист Ф. Ф. Мартенс в своей классической работе «Современное международное право цивилизованных народов» к основным неотъемлемым правам, которые неразрывно связаны с человеческой личностью и признаются всеми образованными государствами, относил: 1) право на существование и развитие физической личности, 2) право на развитие своих духовных и умственных способностей 3) право каждого на сообщение и свободное передвижение в пределах международного союза государств¹. В советское время Г. И. Тункин писал о зарождении новой отрасли международного права, определяющей обязанность государств по обеспечению всем людям основных прав и свобод и обозначил ее как «международную защиту прав человека»². В современной теории международного права международное право прав человека признается отраслью международного права, принципы и нормы которой регулируют сотрудничество государств в обеспечении прав человека. При таком подходе международное трудовое право и право социального обеспечения занимает свое самостоятельное место в структуре международного права прав человека³.

Международное трудовое право и международное право социального обеспечения призваны регулировать международные отношения с участием государств, международных организаций и иных субъектов международного права в целях защиты

¹ См.: Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов: в 2 т. М., 2008. Т. 1. С. 255–256 (по изд. 1904–1905 гг.).

² См.: Тункин Г. И. Теория международного права. М., 1970. С. 93.

³ См. подробнее: Лушникова М. В., Лушников А. М. Международное трудовое право и международное право социального обеспечения: введение в курс. Ярославль, 2010.

международно-правовыми средствами трудовых и социально-обеспечительных прав человека. Для достижения поставленных целей субъекты международного права принимают путем соглашения международно-правовые нормы, принципы в сфере труда и социального обеспечения. Но, как известно, *Ibi jus, ibi remedia* (где право, там и средства его защиты), поэтому названные субъекты также устанавливают и средства, способы обеспечения реализации международных норм и принципов в практике государств, социальных партнеров, формы и методы международного контроля за их соблюдением.

Особенности норм международного трудового права и международного права социального обеспечения. Названные нормы представляют собой систему международно-правовых норм, которым присущи общие признаки, характерные для любой нормы международного права, и отраслевые. Последние продиктованы, прежде всего, социальным назначением этих международных отраслей. Одной из таких особенностей является социально-партнерский характер принятия и обеспечения действия международных норм в сфере труда и социальной защиты. В деятельности Международной организации труда (МОТ) трехсторонние консультации с представителями работников и работодателей сопровождают не только процесс разработки и принятия международных норм о труде и социальной защите, но и процесс обеспечения их реализации во внутригосударственном законодательстве, а равно международно-правового контроля за соблюдением этих норм. Но не только МОТ строит свою нормотворческую деятельность на принципах трипартизма, социального сотрудничества. В последнее время в правотворчестве Европейского Союза (ЕС) по социальным вопросам все в большей мере реализуются принципы трипартизма. Директивы ЕС не только разрабатываются с учетом мнения социальных партнеров, но и сами директивы в ряде случаев придают юридическую силу европейским коллективным договорам.

Другой особенностью системы норм международного права и права социального обеспечения является формирование и развитие института международных коллективных соглашений. На

92-й сессии Международной конференции труда (МКТ) в 2004 г. внимание международного сообщества было привлечено к вопросам социального диалога в глобальных производственных системах и заключению международных рамочных соглашений. Эти социально-партнерские соглашения носят наднациональный характер и заключаются транснациональными компаниями и международными профсоюзными федерациями. В МОТ они получили наименование как международные рамочные соглашения. МОТ считает, что международные рамочные соглашения представляют собой новое средство обеспечения свободы объединения и коллективных переговоров в условиях процесса глобализации⁴. Это уже не коллективные переговоры в их традиционном понимании, а международные действия по обеспечению международно-правовых стандартов социально-трудовых прав.

Еще одной особенностью норм международного трудового права и права социального обеспечения служит особый порядок применения принципа иерархии, но не в «классическом» его понимании, а в отраслевом. Речь идет о реализации принципа иерархии источников международного трудового права и права социального обеспечения в единстве с принципом запрета ухудшения положения работника, снижения уровня социально-трудовых гарантий его прав. Например, в Уставе МОТ этот принцип провозглашен в отношении применения международных стандартов трудовых прав и национального законодательства. Международные нормы МОТ оцениваются как минимальные стандарты трудовых и социально-обеспечительных прав. Эти нормы не могут быть использованы для ухудшения положения трудящихся и предпринимателей. В тех странах, где действуют более высокие стандарты, ни в коем случае принятие какой-либо конвенции, рекомендации или ратификация какой-либо конвенции, как отмечается в Уставе МОТ (ст. 19 п. 8), «...не будут рассматриваться, как затрагивающие какой-либо закон, судебное решение, обычай или соглашение, которые обеспечивают заинтересованным тру-

⁴ См.: Объединение в организации в целях социальной справедливости: Глобальный доклад, представленный в соответствии с механизмом реализации Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда. Женева: МБТ, 2004. С. 96 и др.

дящимся более благоприятные условия, чем те, которые предусматриваются конвенцией или рекомендацией».

Названный принцип иерархии источников в сочетании с запретом снижать уровень социально-трудовых прав имеет необходимые основания для реализации на конкретном уровне международно-правового регулирования (универсальном, межрегиональном, региональном). Но остается открытым вопрос о реализации этого принципа в отношении взаимодействия международных источников различных уровней, поскольку эти международные правовые акты принимаются различными международными организациями. Одно и то же государство может быть членом различных международных объединений, каждое из которых устанавливает соответственно свои международные модели поведения в сфере труда и социального обеспечения.

Так, в ряде случаев государство ратифицирует международные договоры, конвенции как МОТ, так и региональных международных организаций. Вряд ли обоснованным будет утверждение о том, что конвенции МОТ по своей юридической силе выше, например, той же Конвенции Совета Европы о защите прав и свобод человека, если государство ратифицировало названные конвенции. Коллизионным предписанием при расхождении положений этих конвенций, по логике вещей, будет применение той, которая содержит более льготные условия труда и социальной защиты. Однако на практике это коллизионное правило в ряде случаев замещается иными общими коллизионными правилами, например *lex posterior derogat prio* (новый закон обладает приоритетом по отношению к ранее изданному); 2) *lex specialis derogat generali* (специальный закон вытесняет общий). Так, Суд ЕС в одном из своих решений определил, что национальный орган юрисдикции может отказаться от обязательства полностью соблюдать ст. 5 Директивы ЕС 76/207 о равном обращении в отношении мужчин и женщин применительно к запрету ночного труда женщин. Основанием такого отказа является то, что национальная норма, несовместимая с законодательством ЕС, призвана проводить в жизнь международное соглашение, стороной которого

государство стало до вступления в силу Договора о ЕС, в данном случае – Конвенцию МОТ № 89 о ночном труде женщин.

На наш взгляд, решение этой проблемы видится в ключе гармонизации этих уровней международно-правового регулирования. К примеру, в Хартии социальных прав и гарантий граждан независимых государств (Содружества независимых государств) 1994 г. указывается, что настоящая Хартия основывается на принципах Всеобщей декларации прав человека, социальных пактов и других документов Организации Объединенных Наций, Международной организации труда и иных признанных международно-правовых нормах. Независимые государства признают для себя обязательными конвенции Международной организации труда (МОТ), ратифицированные ранее Союзом ССР, вплоть до возможного рассмотрения вопроса об иной форме присоединения к ним в соответствии с процедурами МОТ.

С учетом мнения социальных партнеров разрабатываются не только директивы ЕС, но и сами директивы в ряде случаев придают юридическую силу европейским коллективным договорам. Объединения как работников, так и работодателей представлены собственными организациями. Важнейшими из них являются Союз объединений промышленников и работодателей Европы (UNICE) и Европейское объединение профсоюзов (EGB). Международные коллективные договоры стали реальностью в объединенной Европе. Они распространяются главным образом на работников предприятий европейских транснациональных корпораций (ТНК) и фиксируют в унифицированном виде условия труда на материнских предприятиях корпорации и их филиалах. Римский договор о создании ЕС возлагает на органы ЕС задачу содействия заключению европейских коллективных договоров. В соответствии с Римским договором (ст. 39) директивы ЕС могут санкционировать “рамочные соглашения” европейских социальных партнеров, иными словами, трансформировать эти европейские коллективные соглашения в акты европейского законодательства. Первое европейское рамочное коллективное соглашение, заключенное в 1995 г., касалось родительских отпусков; в 1997 г. было достигнуто соглашение о труде на условиях

неполного рабочего времени, а в 1999 г – о срочных трудовых договорах. В каждом случае социальные партнеры просили Комиссию Совета ЕС сделать их обязательными для государств-членов на основе принятия Директив ЕС.

Таким образом, международным нормам трудового права и права социального обеспечения присущи отраслевые особенности: социально-партнерский характер принятия международно-правовых актов, принцип запрета снижения гарантий трудовых и социально-обеспечительных прав, наличие особых коллективно-договорных норм международных коллективных соглашений.

Общепризнанные принципы и нормы международного трудового права и международного права социального обеспечения. В Конституции РФ (ст. 15) общепризнанные принципы международного права рассматриваются наряду с общепризнанными нормами международного права как составные части российской правовой системы. В этой связи необходимо выяснить соотношение этих международно-правовых источников.

В теории международного права под общепризнанными международными нормами и принципами понимаются те, которые официально признаны всеми или подавляющим большинством государств различных социально-экономических систем. Основной формой их закрепления является отражение в универсальных международных договорах с участием подавляющего большинства государств мира, реже они проявляются через повторение в отдельных договорах, а также решениях международных организаций⁵. В докладе исполнительного органа Европейских сообществ – Комиссии ЕС говорится, что основные права человека рассматриваются как неотъемлемая часть общих принципов, присущих правовым системам всех государств⁶. Такими принципами безусловно являются принципы, установленные в Уставе МОТ и его приложении – Филадельфийской декларации о целях и задачах МОТ 1944 г.: труд не является товаром; свобода слова и свобода профсоюзной деятельности являются необхо-

⁵ См. подробнее: Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. М., 2005; Шлянцев Д. А. Международное право. М., 2006; и др.

⁶ International Law Reports. 1979. Vol. 53. P. 29.

димым условием постоянного прогресса; нищета в любом месте является угрозой для общего благосостояния; все люди, вне зависимости от расы, веры или пола, имеют право на осуществление материального благосостояния и свое духовное развитие в условиях свободы и достоинства, экономической устойчивости и равных возможностей и др.

Между тем, как справедливо отмечал И. Я. Киселев, в теории и практике отсутствует единство мнений по вопросу, какие конкретно нормы и положения международного трудового права относятся к общепризнанным принципам и нормам международно-правового регулирования труда⁷. На наш взгляд, к этим принципам относятся принципы, которые получили закрепление, прежде всего, в уставных документах международных сообществ, международных организаций (ООН, МОТ и др.). Общепризнанные принципы международного трудового права и права социального обеспечения также находят отражение в международных пактах, торжественных декларациях. Именно названные источники придают им характер общепризнанных принципов и норм. Речь идет о признании международно-правовых принципов и норм государствами – членами международных сообществ, организаций в целом. Затем эти принципы и нормы внедряются в международные договоры, конвенции, рекомендации международных организаций.

Согласно Уставу Международного Суда ООН, общепризнанные принципы международного права определяются как «общие принципы, признанные цивилизованными нациями». В теории международного права понятие «общепризнанные принципы международного права» рассматривается как общее, интегрирующее понятие, включающее «общие принципы и отраслевые принципы»⁸. При этом под общепризнанными международными принципами понимаются нормы, которые официально признаны в качестве общеобязательных (*jus co-*

⁷ См.: Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 591 и далее.

⁸ См.: Додонов В. Н., Панов В. П., Румянцев О. Г. Международное право: словарь-справочник. М., 1997. С. 5; Международное право / отв. ред. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. М., 2000. С. 43.

gens) всеми или достаточно представительным большинством государств независимо от их социально-экономических систем⁹. Согласно российской правовой доктрине, к общим принципам международного права относят семь принципов: равенство, сотрудничество, добросовестное исполнение обязательств, мирное урегулирование споров, невмешательство и неприменение силы, уважение фундаментальных прав человека и право наций на самоопределение. Эти общеправовые международные принципы приобретают отраслевое проявление, в нашем случае – в сфере труда. Общепризнанные принципы международного права как любые правовые принципы являются не просто основополагающими правовыми идеями, а идеями, как подчеркивалось в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия», которые получили «закрепление в международных пактах, конвенциях и иных документах»¹⁰. Аналогичное положение применяется и в отношении общепризнанных норм международного трудового права.

Императивность (обязательность) общепризнанных принципов международного трудового права обусловлена членством государства в той или иной международной организации, сообществе. Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» разъяснил, что под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. К общепризнанным принципам международного права, в частности, относятся принцип всеобщего уважения прав человека и принцип добросовестного выполнения международных обязательств¹¹.

⁹ См., например: Лукашук И. И. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997. С. 9.

¹⁰ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

¹¹ Там же. 2003. № 12.

Более того, общепризнанные международные принципы трудового права и права социального обеспечения обеспечены правовым механизмом их реализации государствами – членами международных сообществ, а в ряде случаев – правовыми механизмами контроля. Эти признаки также свидетельствуют об императивности рассматриваемых принципов.

Таким образом, данные принципы характеризуются следующими признаками: 1) легальное закрепление в международно-правовых источниках; 2) признание международным сообществом в целом; 3) императивность (обязательность) и обеспеченность международно-правовыми гарантиями.

Очевидно, что к рассматриваемым принципам следует отнести и принципы, предусмотренные Декларацией МОТ «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизме ее реализации»¹², принятой 18 июня 1998 г. на 86-й сессии МОТ. В Декларации содержится своеобразный социальный минимум, которому должно следовать каждое государство в рамках мандата МОТ. В ней заявлено, что все государства – члены МОТ имеют обязательство соблюдать, укреплять и реализовывать в духе доброй воли и в соответствии с Уставом принципы, касающиеся основополагающих прав, а именно: а) свободу ассоциации и реальное признание права на ведение коллективных переговоров; б) упразднение всех форм принудительного или обязательного труда; с) реальное запрещение детского труда; d) недопущение дискриминации в области труда и занятости. Учитывая, что не все государства-члены МОТ ратифицировали основополагающие конвенции, в Декларации провозглашено принципиальное положение: все государства – члены МОТ, даже если они не ратифицировали указанные конвенции, имеют обязательство, вытекающее из самого факта их членства в Организации, соблюдать, содействовать применению и претворять в жизнь в соответствии с Уставом принципы, касающиеся основополагающих прав, которые являются предметом этих конвенций. Как отмечал Генеральный директор МБТ в докладе «Достойный труд» на 87-й сессии Международной конференции труда (1999 г.): «Деклара-

¹² Российская газета. 1998. 16 дек.

ции – это такие акты, которыми МОТ пользовалась довольно широко. В отличие от международных договоров, которые являются обязательными лишь для государств-членов, которые их ратифицировали, действие декларации автоматически распространяется на все страны, принявшие Устав МОТ, независимо от того, ратифицировали они или нет основополагающие конвенции МОТ»¹³. Названные принципы являются основополагающими, но не исчерпывают всего спектра общепризнанных принципов международного трудового права.

В сфере социального обеспечения отсутствует подобный вышеуказанной Декларации МОТ «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизме ее реализации» международный акт, в котором были бы названы общепризнанные международные принципы права социального обеспечения. Но тем не менее анализ международно-правовых источников позволяет сформулировать эти принципы. Так, например, международные Декларации ООН содержат общепризнанные международные принципы и права. Принципы ООН в отношении пожилых людей (1991 г.) включают такие общепризнанные международные принципы, как независимость пожилых людей, обеспечение их участия в жизни общества, защиты их достоинства и обеспечение реализации внутреннего потенциала, а равно общепризнанные социальные права на уход и защиту со стороны семьи и общества в соответствии с системой культурных ценностей данного общества, на обеспечение доступа к медицинскому обслуживанию, к социальным и правовым услугам. Декларация ООН о правах инвалидов (1975 г.) предусматривает права инвалидов в социальной сфере, которые обеспечивают им социальную интеграцию (реинтеграцию), такие как: право на восстановление здоровья и социального положения в обществе; профессиональную подготовку и восстановление трудоспособности; социальное обслуживание и др.

Международные принципы трудового права и права социального обеспечения международных региональных сообществ-государств. Они содержатся в актах, принятых ре-

¹³ См.: Достойный труд: доклад Генерального директора: МКТ, 87-я сессия. Женева: МБТ, 1999. С. 19.

гиональными организациями государств, например Советом Европы, СНГ. Прежде всего речь идет о Конвенции Совета Европы «О защите прав человека и основных свобод» (ратифицирована РФ в 1998 г.), Европейской социальной хартии 1961 г. (в ред. 1996 г.), Хартии Европейского сообщества об основных социальных правах трудящихся 1989 г. В СНГ была принята Хартия социальных прав и гарантий граждан независимых государств 1994 г. Несмотря на особенности, присущие вышеперечисленным международным актам, вслед за С. А. Ивановым мы можем утверждать, что их правовая природа как международных договоров сохраняется¹⁴. Они носят императивный характер и обеспечиваются специальными формами международного контроля за их соблюдением и международно-правовой судебной защитой (Европейский суд по правам человека, Суд ЕС, уполномоченный по правам человека, Экономический суд СНГ).

Эти принципы созвучны общепризнанным международно-правовым принципам трудового права и права социального обеспечения. Однако их перечень может быть шире, включать особые региональные принципы, учитывающие специфику более тесного международного сотрудничества. Показательным примером являются принципы довольно интегрированного трудового права и права социального обеспечения Европейского Союза.

О соотношении общепризнанных принципов и норм международного трудового права и права социального обеспечения. В отличие от общепризнанных принципов, которые являются основополагающими императивными нормами международного права, под общепризнанными нормами международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного. С. А. Иванов по этому поводу писал, что общепризнанными трудовые нормы становятся тогда, когда конвенции ратифицируются большинством членом МОТ,

¹⁴ См.: Иванов С. А. Проблемы международного регулирования труда. М., 1964. С. 42; Его же Трудовое право переходного периода: новые источники // Государство и право. 1996. № 1. С. 48.

в том числе государствами различных социальных систем¹⁵. Эти нормы, правила поведения могут носить довольно конкретный характер. Например, в конвенциях МОТ имеются многочисленные детальные нормы, представляющие собой общие и отраслевые правила по технике безопасности, санитарно-гигиенические нормы, защищающие работников от вредных производственных воздействий, нормы о продолжительности ежегодных оплачиваемых отпусков и др. Таким образом, общепризнанные нормы и принципы международного трудового права, по выражению известного социолога и юриста Г. Д. Гурвича, составляют международное «организованное социальное право». Это право, регламентирующее деятельность МОТ как руководящей структуры международной общности юридически связывает третьи лица, иными словами, те нации, которые хотя и не входят в данную организацию, но являются частью указанной общности¹⁶.

О международных стандартах трудовых и социально-обеспечительных прав. В современной теории международного права особое место занимает концепция международных стандартов прав человека, в том числе в сфере труда и социального обеспечения. Как правило, под международно-правовыми стандартами понимается не только перечень общепризнанных прав и свобод, но и их минимальный уровень (объем), на котором они должны реализовываться. Эти стандарты существуют в форме общепризнанных международных принципов и норм, норм международных договоров как на универсальном (мировом) уровне, так и на международном региональном уровне. Универсальные (мировые) международные стандарты трудовых и социально-обеспечительных прав носят обычно общий характер, т. к. они должны быть приемлемы для всех государств независимо от их политической системы, уровня социально-экономического и культурного развития. Примером служит Всеобщая декларация прав человека (1948 г.). Отметим, что сегодня в специальной литературе высказываются сомнения в универсальности концепции

¹⁵ См.: Иванов С. А. Проблемы международного регулирования труда. М., 1964. С. 45.

¹⁶ См.: Гурвич Г. Д. Философия и социология права. СПб., 2004. С. 89.

прав человека, заложенной в этом документе. По мнению ряда западных и российских исследователей, в Декларации заложено западное понимание прав человека, исходя из ценностей, присущих западным странам. В исламской, конфуцианской, буддистской и православной культурах не находят отклика такие западные идеи, как индивидуализм, либерализм, свобода, равенство и др. Между тем для нас очевидно, что запрет рабства, принудительного труда, право на труд являются общечеловеческими ценностями и должны признаваться в качестве общеобязательных для всех государств.

Региональные международные стандарты трудовых и социально-обеспечительных прав носят более конкретный, предметный характер, в ряде случаев с указанием минимального уровня (объема) этих прав. Международные региональные организации объединяют государства со сходным политическим строем, схожим уровнем экономического развития, общими культурными традициями.

И. Я. Киселев отмечал повышение авторитета международных трудовых стандартов, многие из которых воплощают общепризнанные в цивилизованном мире принципы и нормы международного права, действуют как внутреннее национальное право и даже имеют приоритет по сравнению с ним. Формируется механизм прямого обеспечения международно-правовой защиты трудовых прав индивидуальных работников и появляются признаки превращения региональных трудовых стандартов в наднациональное право, например в странах Европейского союза¹⁷. В этих условиях утратили значение прежние представления о неограниченном суверенитете национального государства в регулировании трудовых и социально-обеспечительных отношений. Таким образом, международно-правовые стандарты трудовых и социально-обеспечительных прав – это гарантированный уровень социальных прав, который государство обязано предоставить лицу в рамках исполнения международно-правовых обязательств. Международно-правовые стандарты трудовых и социально-обеспечительных прав – это не максимум того, что

¹⁷ См.: Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 4.

требует международное сообщество от государства, а минимум того, что оно должно обеспечить своим гражданам.

Международно-правовые обычаи и международные нормы трудового права и права социального обеспечения. В международном праве правовые обычаи признаются источниками права. Международные источники российского трудового права и права социального обеспечения, являясь частью международного права, включают международно-правовые обычаи (обычные нормы международного права). Согласно Статута международного Суда ООН от 26 июня 1945 г. (ст. 38 п. 1), международно-правовой обычай может применяться судом для решения переданных ему споров «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». В теории международного права при характеристике этого источника называют два его основных элемента, которые существуют в единстве: всеобщая практика государств (объективный элемент) и убежденность в обязательности (*opinion juris*) (субъективный элемент). А вот должен ли международный правовой обычай существовать только в форме «неписаного» правила, ответ на этот вопрос остается открытым.

В правовой литературе в основном доминирует традиционное понимание международного обычая, под которым понимают сложившееся в практике неписаное правило, за которым субъекты признают юридическую силу. Иное понимание международного обычая, пишет И. И. Лукашук, неизбежно ведет к утрате им юридического характера, так как правовое регулирование отношений может осуществляться только юридической нормой. Если государства придерживаются определенного правила и не признают за ним юридически обязательного характера, то мы имеем дело не с международным обычаем, а с обыкновением, или с правилом международной вежливости¹⁸. Другие ученые считают, что обычные нормы международного права – это не только «неписанные» правила, но и содержащиеся в различных международных актах положения (правила), которые отвечают выше-названным объективному и субъективному критериям. На этом

¹⁸ См.: Лукашук И. И. Источники международного права. Киев, 1966. С. 58.

основании они утверждают, что одной из форм существования международного обычая являются общепризнанные принципы и нормы международного права, содержащиеся в декларациях, резолюциях международных организаций, а равно в иных рекомендательных международных актах, резолюциях международных конференций¹⁹. Эта позиция нам представляется наиболее продуктивной в силу определенной формализации международных правовых обычаев через их отражение в международных актах. Такому подходу есть объективное основание. В международном трудовом праве, как справедливо отмечает Д. В. Черняева, «общие принципы права и международные обычаи практически не представлены в самостоятельной форме, поскольку в период формирования системы международных стандартов труда большая их часть была закреплена в соответствующих международных актах»²⁰.

В теории международного права и международной практике международные договоры и международные обычаи рассматриваются как самостоятельные источники международного права. При этом одни авторы отдают приоритет в иерархии названных источников международному обычаю²¹, другие, наоборот, – международному договору²². Как всегда, появляется третья позиция о равной юридической силе этих источников и она в настоящее время приобретает все больше сторонников. Но мы оставим окончательное решение этого вопроса специалистам по международному праву.

¹⁹ См.: Должиков А. В. Международные обычаи в сфере труда и их применение российскими судами // Теоретические проблемы современного трудового права и права социального обеспечения: международные и национальные аспекты. Вильнюс, 2009. С. 43–52; Карташкин В. А. Права человека в международном и внутригосударственном праве. М., 1995. С. 30.

²⁰ Черняева Д. В. Международные стандарты труда (международное публичное трудовое право). М., 2010. С. 86.

²¹ См., например: Kelsen H. Principles of International Law. N. Y., 1952. P. 314.

²² См.: Лазарев М. И. Теоретические вопросы современного международного морского права. М., 1983. С. 165; Thirlway H. W.A. International Customary Law and Codification. Leiden, 1972. P. 31.

Виды норм международного трудового права и международного права социального обеспечения. Классификацию международных правовых норм рассматриваемых отраслей международного права проведем в соответствии со следующими критериями:

1. В зависимости от юридической силы выделяются:

а) императивные нормы международного права, которые содержат обязывания и запреты. Например, Конвенция МОТ № 90 (1948 г.) устанавливает запрет использования труда подростков, не достигших восемнадцатилетнего возраста, в ночное время на государственных и частных промышленных предприятиях;

б) диспозитивные нормы международного права, которые могут быть управомочивающими или рекомендательными. Так, согласно Конвенции МОТ № 95 об охране заработной платы (1949 г.) законодательство страны, коллективные договоры и арбитражные решения могут разрешить частичную выплату заработной платы натурой в тех отраслях промышленности или профессиях, где такая выплата является обычной или желательной. Конвенции МОТ, как правило, сопровождаются соответствующими Рекомендациями МОТ, которые содержат рекомендательные нормы международного трудового права и права социального обеспечения.

2. В зависимости от сферы действия международно-правовых норм выделяются:

а) универсальные международные нормы, принимаемые и признаваемые международным сообществом в целом. К ним, прежде всего, относятся общепризнанные принципы и нормы международного трудового права, которые содержатся во Всеобщей Декларации прав человека (1948 г.), принятой Организацией Объединенных наций ООН, Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда (1998 г.);

б) региональные (межрегиональные) международные нормы. Например, такие нормы содержатся в Европейской Социальной хартии (1961 г., пересмотренная в 1996 г.), принятой Советом Европы;

в) локальные (партикулярные) международные нормы, которые распространяют свое действие на ограниченный круг участников. К таким чаще всего относятся двусторонние международные договоры государств, например, в сфере регулирования труда работников-мигрантов.

3. В зависимости от характера норм и их функций в механизме правового регулирования выделяются:

а) материально-правовые нормы, устанавливающие правила поведения субъектов международного права;

б) процессуальные международно-правовые нормы, определяющие порядок юрисдикционной деятельности, рассмотрения международных споров и жалоб международными судебными и контрольными органами (например, обращение физических лиц в Европейский суд по правам человека, рассмотрение жалоб профсоюзных организаций и объединений предпринимателей в МОТ и др.);

в) коллизионные нормы международного права, указывающие на то, право какого государства подлежит применению к правоотношению, осложненному иностранным элементом.

Отметим, что коллизионная норма – это норма отсылочно-го характера, она применяется вместе с материально-правовой нормой, т.е. эта норма не устанавливает непосредственно права и обязанности субъектов правоотношения, а лишь содержит коллизионный принцип, на основе которого представляется возможным выбрать подлежащее применению право того или иного государства. Например, в Конвенции МОТ № 157 «Об установлении международной системы сохранения прав в области социального обеспечения» (1982 г.) коллизионные нормы содержат принцип «места проживания», т. е. «лица, не относящиеся к экономически активному населению, подпадают под действие законодательства того государства-члена, на территории которого они проживают».

Основные направления (тенденции) развития международного нормотворчества (международных стандартов трудовых и социально-обеспечительных прав)

1. «Инвентаризация» и обновление действующих международно-правовых актов о труде и социальном обеспечении

с позиций их соответствия вызовам XXI в. Современные исследователи отмечают, что, для того чтобы МОТ сохранила свою значимую роль в международном нормотворчестве в настоящее время, ей необходимо определить новые подходы к работе с международными нормами трудового права, обеспечить обновление нормативной базы. Проблемам эффективности нормотворческой деятельности МОТ в современных условиях был посвящен доклад Генерального директора МБТ М. Хансенна «Нормотворческая деятельность МОТ в эпоху глобализации»²³.

За все время существования МОТ накопился довольно большой массив международно-правовых стандартов трудовых прав, закрепленный в актах МОТ. Так, специалисты отмечают, что к 1990 г. было более 2100 существенных стандартов в сфере труда, содержащихся в конвенциях, и еще около 2500 – в рекомендациях²⁴. Сегодня МОТ в качестве своей задачи ставит переоценку давно принятых конвенций МОТ с точки зрения их соответствия современной ситуации. Изменения на рынке труда бросают вызов многим нормам МОТ. Например, Конвенция МОТ № 1 о рабочем времени в промышленности (1919 г.) устанавливает максимальную продолжительность рабочей недели, равную 48 часам. В то время как в мире в большинстве стран эта продолжительность составляет от 40 до 46 часов в неделю. И в связи с утратой практической актуальности данная Конвенция в настоящее время находится в режиме запроса информации у государств – членом МОТ о целесообразности ее пересмотра. Однако в современных условиях широкое распространение получили «нетипичные формы» занятости, «транснациональные» трудовые отношения²⁵, которые еще не нашли отражения в международных стандартах труда. Как отмечается специалистами, сегодня практически отсутствуют международные нормы, за-

²³ Нормотворческая деятельность МОТ в эпоху глобализации: МКТ, 85-я сессия: доклад Генерального директора. Женева: МБТ, 1997.

²⁴ См. подробнее: Лютов Н. Л. Эффективность деятельности МОТ: наднациональный уровень // Трудовое право. 2008. № 2. С. 79–86.

²⁵ См.: Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: в 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 223–252.

щищающие работников от последствий мировых экономических кризисов и корпоративных финансово-управленческих скандалов²⁶.

В настоящее время МОТ ведет работу в направлении обновления нормативной базы организации. Административный совет организации принял решение в отношении 181 конвенции и 191 рекомендации, которые распределены по трем категориям: современные акты; акты, требующие пересмотра, и устаревшие акты. Современной признана 71 конвенция, 24 конвенции подлежат пересмотру и 54 – предложены к денонсации²⁷. В этой связи проводится ратификация поправки к ст.19 Устава МОТ о процедуре отмены конвенции большинством в две трети голосов, поданных присутствующими делегатами. В Регламент Международной конференции труда (МКТ) внесены поправки к ст. 11 и дополнительная статья, в которой определяется процедура, применяемая в случае отмены или изъятия конвенции и рекомендации²⁸.

2. Обеспечение реализации общепризнанных стандартов трудовых прав как одного из достижений современной цивилизации. Речь идет, прежде всего, о принятии Декларации МОТ от 18 июня 1998 г. «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизме ее реализации». Учитывая, что не все государства – члены МОТ ратифицировали основополагающие конвенции, в названной Декларации провозглашено принципиальное положение: все государства – члены МОТ, даже если они не ратифицировали указанные конвенции, имеют обязательства, вытекающие из самого факта их членства в Организации, соблюдать, содействовать применению и претворять в жизнь в соответствии с Уставом принципы, касающиеся основополагающих прав, которые являются предметом этих конвенций. В настоящее время МОТ концентрирует свои усилия и усилия ее участников

²⁶ См.: Черняева Д. В. Международные стандарты труда. С. 144.

²⁷ Доклад Комитета экспертов по применению конвенций и рекомендаций: общий доклад. МКТ, 90-я сессия: доклад III (часть 1 А). Женева: МБТ, 2002.

²⁸ См.: Богатыренко З. С. Международная организация труда в XXI веке: новые условия и новые перспективы // Трудовое право. 2006. № 4. С. 33–34.

на активную ратификацию и применение основополагающих конвенций. К таковым относятся восемь Конвенций: О свободе ассоциации и защите права на организацию 1948 г. (№ 87), О применении принципов права на организацию и на ведение коллективных переговоров 1949 г. (№ 98), О принудительном или обязательном труде 1930 г. (№ 29), Об упразднении принудительного труда 1957 г. (№ 105); О дискриминации в области труда и занятости 1958 г. (№ 111); О равном вознаграждении 1951 г. (№ 100); О минимальном возрасте для приема на работу 1973 г. (№ 138); О запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда 1999 г. (№ 182). РФ ратифицированы все из перечисленных конвенций.

Названные конвенции МОТ по своей значимости отнесены к *основополагающим* и должны быть ратифицированы всеми государствами – членами МОТ в силу собственно их членства в данной международной организации. Наряду с основополагающими конвенциями в нормотворческой деятельности МОТ, в последние годы большое внимание уделяется *приоритетным конвенциям*²⁹. С 2004 г. сведения об их ратификации каждой страной включаются в публикуемый ежегодно Информационный документ о ратификациях. К приоритетным относятся: Конвенция 1947 г. об инспекции труда в промышленности и торговле (№ 81), Конвенция 1964 г. о политике в области занятости (№ 122), Конвенция 1969 г. об инспекции труда в сельском хозяйстве (№ 129); Конвенция 1976 г. о трехсторонних консультациях (международные трудовые нормы) (№ 144). РФ не ратифицированы только две последние из перечисленных конвенций, остальные ратифицированы.

3. *Унификация международных норм о труде на основе всеобъемлющих (рамочных) конвенций.* После Второй мировой войны в МОТ входили 52 страны-участницы, в основном страны с развитой экономикой. К настоящему времени количество стран – членов МОТ увеличилось более чем в три раза, главным образом за счет развивающихся стран. Очевидна существенная дифференциация в уровне экономического и социального развития

²⁹ См.: Богатыренко З. С. Указ. соч. С. 33.

стран-участников МОТ. В этой связи встала проблема усиления гибкости международных трудовых стандартов, с тем чтобы они могли применяться в государствах с разным уровнем развития.

Как справедливо пишет З. С. Богатыренко, нельзя не отметить еще одну новую тенденцию международно-правового регулирования трудовых отношений. Речь идет о комплексном подходе к разработке международных трудовых норм на основе создания всеобъемлющих (рамочных) конвенций. Конвенции нового типа должны содержать общую и особенную части. Каждую из частей можно дополнять приложениями, для которых будет предусмотрен упрощенный порядок обновления. Это придаст необходимую гибкость общим нормам конвенции, расширит возможности ратификации такой конвенции³⁰. МОТ разработала структуру общей модели конвенции нового типа. Первой такой конвенцией явилась Конвенция о труде в морском судоходстве, принятая 23 февраля 2006 г. Эта Конвенция объединяет и приводит в соответствие с современными требованиями положения 68 действующих конвенций и рекомендаций МОТ в области международного морского транспорта. Имеются в виду принятые за период деятельности МОТ 40 конвенций в области труда моряков, 29 соответствующих рекомендаций и один протокол, причем первые из этих актов относятся еще к 20-м годам прошлого века. Другими рамочными конвенциями являются: Конвенция об основах, содействующих безопасности и гигиене труда (№ 187), Конвенция о труде в рыболовном секторе (№ 188).

4. Гармонизация международных нормативных актов о труде, действующих во всемирном масштабе, и актов, принятых региональными организациями государств на основе международно-правовых стандартов трудовых прав. На развитие международного трудового права на рубеже XX–XXI вв. определяющее воздействие оказывает объективный процесс глобализации. Глобализация предполагает усиление согласованности в правовом регулировании, обеспечении международных стандартов труда и социального обеспечения. Это предполагает, во-первых, эффективное взаимодействие норм

³⁰ См.: Богатыренко З. С. Указ. соч. С. 35–36.

национального трудового права и права социального обеспечения с нормами международного трудового права и права социального обеспечения. Согласно Конституции РФ (ст. 15) и ТК РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры России являются частью правовой системы РФ. Во-вторых, глобализация диктует необходимость широкой правовой гармонизации и унификации как отдельных норм, так и целых отраслей права³¹. В результате происходит сближение систем права. В конце XX в. советские ученые писали об усложнении системы международно-правового регулирования труда, отмечая не только международные нормы, содержащиеся в документах принятых ООН, МОТ, но и нормы многосторонних актов, принятых в рамках региональных международных организаций (Европейское экономическое сообщество (ЕЭС), Организация американских государств, Лига арабских государств, Совет экономической взаимопомощи социалистических стран (СЭВ))³². С тех пор этот процесс еще больше усложнился. Вследствие этого на рубеже XX–XXI вв. международное трудовое право и право социального обеспечения приобретает многоуровневый характер. На постсоветском пространстве появилось Содружество независимых государств (СНГ), объединяется Европа (Европейский союз), зарождаются межрегиональные союзы (например, ЕврАзЭС) и др. Иными словами, палитра современного международного трудового права и права социального обеспечения «раскрашена красками» универсальных международных норм, региональных и межрегиональных международных норм о труде и социальном обеспечении. Но эта «социально-правовая картина мира» должна быть гармоничной. Очевидно,

³¹ Под унификацией права понимается создание единых норм, имеющих прямое действие, которые должны единообразно толковаться и применяться в государствах – членах. Гармонизация права предполагает лишь нормирование принципиальных положений, оставляя за государствами свободу выбора методов и способов достижения поставленной цели.

³² См.: Аметистов Э. М. Международное право и труд. М., 1982. С. 15–18.

что международные нормы трудового права и права социального обеспечения – это не просто механическая совокупность норм, это – система международного трудового права и международного права социального обеспечения.

В XXI веке заявил о себе особый уровень международно-правового регулирования в сфере труда и социального обеспечения – международное трудовое право и право социального обеспечения интеграционных международных образований. Это иной тип международных организаций, отличный от обычной международной организации, – интеграционные объединения, которые нередко именуют «наднациональными организациями», которые наделены «надгосударственными» полномочиями. Государства-члены формируют специфические органы, которые обеспечивают передачу части полномочий на надгосударственный уровень, принимаются особые источники права, которые включают специфические международные нормы права, неизвестные традиционному международному праву (например, регламенты и директивы ЕС). В настоящее время к таковым обычно относят ЕС. Вероятно, на пути к такой интеграции в начальный период времени было СНГ, а в настоящее время ЕврАзЭС. М. Л. Энтин справедливо отмечал, что в результате взаимодействия факторов межнационального и наднационального порядка складываются новые по своим качественным параметрам и правовым характеристикам образования, способные оказывать возрастающее воздействие на ход мировых событий и эволюцию права³³.

Отметим, что в теории международного права в качестве одной из главных тенденций развития международных отношений в XXI в. называют проблему конкуренции (системного взаимодействия) норм внутригосударственного, интеграционного (наднационального) и международного права³⁴.

³³ См.: Европейское право / под общ. ред. Л. М. Энтина. М., 2000. С. 10.

³⁴ См.: Бахин С. В. Право интеграционных образований: вопросы конкуренции систем права // Международные отношения и право: взгляд в XXI век. СПб., 2009. С. 143.

**Локальные нормы в трудовом праве:
социальное назначение и правовая природа
(историко-правовой экскурсе)**

Теория и практика локальных норм трудового права в досоветский период. Локальные источники трудового права имеют довольно долгую историю развития. В УПТ (изд. 1913 г.) к источникам фабричного права относились также локальные акты, принимаемые работодателем, такие как таксы (расценки), табели, расписания и правила внутреннего трудового распорядка, которые утверждались фабричными инспекциями (ст. 34, 101–103, 108).

Л. С. Таль обосновывал существование локальных нормативных актов, содержащих локальные нормы права, исходя из правовой природы хозяйской власти работодателя. Он связывал хозяйскую власть главы предприятия с ее общественным назначением, поскольку всякая власть является социальным служением. Гражданское законодательство, по мысли ученого, должно обязать хозяйскую власть не забывать о жизненных интересах подвластных, оставляя все же простор для достижения собственником и главой предприятия личных целей¹. Одной из форм проявления хозяйской власти он называл нормативную власть, т. е. право работодателя устанавливать внутренний порядок на предприятии. Л. С. Таль особо подчеркивал, что некоторые акты частного характера (в современной терминологии локальные нормативные акты), принимаемые работодателем, нуждались для придания им юридической силы в утверждении фабричной инспекцией. Это были так называемые «односторонние нормативные акты», издаваемые под надзором государственной власти. Л. С. Таль отмечал тенденцию по вытеснению односторонних актов на Западе коллективно-договорным началом и ослаблением авторитарного характера этих актов. Придание им юридической силы напрямую связывалось с моментом их государственной регистрации.

¹ См.: Таль Л. С. Проблема власти над человеком в гражданском праве // Юридический вестник. 1913. Т. 3. С. 138–139.

Теория и практика локальных норм трудового права в советский период. КЗоТ 1918 г. к числу источников трудового права относил сам КЗоТ, издаваемые по вопросам труда постановления общего характера (особые постановления ВЦИК Советов и Совета народных комиссаров (СНК), ведомственные акты (распоряжения, инструкции Народного комиссариата труда (НКТ), Народного комиссариата земледелия), локальные акты (правила внутреннего распорядка), а также коллективные соглашения о труде. К последним относились тарифные положения, вырабатываемые профессиональными союзами по соглашению с руководителями или владельцами предприятий или хозяйств и утверждаемые НКТ.

Первый теоретик советского трудового права И. С. Войтинский, как и Л. С. Таль, понимал источники права достаточно широко. Он относил к ним как законодательство в широком смысле, так и акты внезаконодательного характера. К последним причислялись коллективные соглашения о труде и нормативные постановления примирительных камер и расчетно-конфликтных комиссий. В условиях формирующегося трудового законодательства это было вполне обосновано. Вступление в силу коллективных договоров было связано с их регистрацией в Народном комиссариате труда (НКТ СССР). Прямое правотворчество профсоюзов в годы Гражданской войны И. С. Войтинский считал следствием их огосударствления².

В КЗоТе 1922 г. в качестве источников трудового права назывались сам КЗоТ, акты Совета народных комиссаров, Совета труда и обороны (СТО), Народного комиссариата труда, коллективные договоры (генеральные, местные), подлежащие обязательной регистрации в порядке, установленном НКТ, а также локальные нормативные акты, в том числе правила внутреннего распорядка.

В этой связи утверждение ряда современных авторов о том, что начиная с 1917 г. право понималось только как система норм, издаваемых органами государственной власти и управле-

² См.: Войтинский И. С. Трудовое право СССР. М.; Л., 1925. С. 28–29.

ния, явно преувеличено³. Такое положение было свойственно правовой практике в годы Гражданской войны и окончательно возобладало только в конце 20-х гг XX в. Как уже указывалось, И. С. Войтинский первоначально выделял в качестве источников права не только нормативные правовые акты, но и нормативные решения органов «трудовой юстиции», а также коллективные договоры и соглашения. К. М. Варшавский к числу источников трудового права относил КЗоТ, постановления ВЦИК, СНК и СТО, ведомственные постановления НКТ, Комиссариата социального обеспечения и ВЦСПС. Коллективные договоры он прямо не причислял к числу источников, хотя подчеркивал их обязательный для сторон характер⁴. В 30-х гг. XX в. данная тема рассматривалась в литературе по трудовому праву фрагментарно, но завершение формирования командно-административной системы привело к тому, что и на уровне научного сознания, и на уровне правоприменительной практики источники права стали постепенно отождествляться с нормативными правовыми актами.

Н. Г. Александров определял источник права как вид деятельности государства по установлению социальных норм⁵. Позднее он отождествил источники права с трудовым законодательством, нормативными актами о труде. Впоследствии эта позиция стала доминирующей в теории советского трудового права⁶. В качестве особенностей нормативных актов о труде Н. Г. Александров выделял наличие значительного числа локальных нормативных актов, принимаемых непосредственно на предприятиях по согласованию между директором и профсоюзным комитетом.

В КЗоТ РСФСР 1971 г. впервые была включена специальная статья «Законодательство о труде» (ст. 4), но ее формулировка была крайне лаконичной. Перечень сводился к самому КЗоТ и

³ См.: Курс российского трудового права: в 3 т. Т. 1 / под ред. Е. Б. Хохлова. СПб., 1996. С. 537. (Автор главы А. В. Гребенщиков.)

⁴ См.: Варшавский К. М. Трудовое право СССР. Л., 1924. С. 25.

⁵ См.: Александров Н. Г. Понятие источника права // Ученые труды ВИЮН. М., 1946. № 8. С. 8.

⁶ См.: Левиант Ф. М. Нормативные акты, регулирующие труд рабочих и служащих: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1959. С. 7–25; Хохрякова О. С. Источники советского трудового права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1976. С. 4.

иным актам трудового законодательства. Ни о коллективных договорах и соглашениях, ни о локальных актах в названной статье не было упомянуто, хотя в иных главах и статьях кодекса содержались ссылки на указанные акты (гл. 2. «Коллективный договор», ст. 130 и др.).

В советской науке трудового права трактовка понятия источника права относительно устоялась в 60–70-х гг. XX в.⁷ В. И. Смолярчук отмечал, что источники трудового права – это итог нормотворческой деятельности уполномоченных на то органов государства, нормы трудового права принимают не только органы государственной власти и управления, но и профессиональные центры, предприятия и учреждения совместно или по согласованию с фабзавместками профсоюза.

Таким образом, особым видом источников трудового права признаются *локальные акты*, содержащие локальные нормы права. КЗоТ 1918 г. предусматривал единственный локальный акт в виде правил внутреннего распорядка, которые вырабатывались не работодателем, а профсоюзами и утверждались соответствующими отделами труда. КЗоТ 1922 г. расширил этот перечень за счет коллективных договоров (ст. 15), которые подлежали обязательной регистрации в органе НКТ, правил внутреннего распорядка, которые вырабатывались по соглашению между администрацией предприятия и местными отделениями соответствующих профессиональных союзов и утверждались инспектором труда (ст. 54), норм выработки (ст. 56). КЗоТ 1922 г. содержал обязательный минимум трудовых прав, который мог повышаться в договорном порядке.

В науке советского трудового права теория локальных нормативных актов и локальных норм права разрабатывалась довольно активно с конца 60-х г. XX в. Причиной тому во многом послужило начало хозяйственной реформы 1965 г., направленной на расширение самостоятельности предприятий, их хозрасчетного финансирования и самоокупаемости. Эта концепция была

⁷ См.: Левянт Ф. М. Нормативные акты, регулирующие труд рабочих и служащих. Л., 1960; Советское трудовое право / под ред. В. С. Андреева. М., 1971. С. 42–43; Советское трудовое право / под ред. А. С. Пашкова. Л., 1976. С. 91–92 и др.

сформулирована в период господства государственной социалистической собственности, когда все предприятия, организации являлись государственными, а их администрация ассоциировалась с государственным органом. Отсюда весьма уместно и естественно обосновывались связь локальных норм с государством, соотношение централизованного и локального нормативного регулирования. Так, Р. И. Кондратьев писал «о реализации предприятиями, организациями делегированного государством права на локальное установление условий труда в пределах, предусмотренных законом, или о предварительном санкционировании со стороны государства локальных норм»⁸. Другие авторы особо подчеркивали, что государство управомочивает предприятия осуществлять локальное регулирование, принимать локальные правовые нормы⁹. Третьи отмечали, что субъектами локального нормотворчества выступают администрация предприятия как государственный хозяйственный орган, представитель государства и ФЗМК, являющийся представителем трудового коллектива, на основе правомочий, делегированных ФЗМК (фабрично-заводской местный комитет) государством. Сущность отношений по локальному регулированию заключается в том, что названные субъекты действуют на основе паритетности, т. е. в совместно-согласительном порядке¹⁰. Это объясняло в значительной степени, почему локальные акты относятся к нормативным актам, и то, что локальные нормы являются разновидностью правовых норм, принимаемых в особом порядке администрацией по согласованию или совместно с профсоюзами или трудовым коллективом предприятия, организации. Эти локальные нормы действуют только в пределах конкретной организации. Таким образом, в теории трудового права сложилось общее определение локаль-

⁸ Кондратьев Р. И. Локальные нормы трудового права и материальное стимулирование. Львов, 1973. С. 45; Его же. Локальное правовое регулирование трудовых отношений в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1979. С. 20–21.

⁹ См., например: Антонова Л. И. Локальное правовое регулирование. Л., 1985. С. 15; Хозяйство, труд, право в условиях перестройки / под ред. В. И. Семенкова. Минск, 1990. С. 214–215 и др.

¹⁰ См.: Участие трудовых коллективов в управлении производством / под ред. А. Д. Зайкина. М., 1980. С. 97–99.

ных нормативных актов с незначительными интерпретациями их признаков: 1) акты принимаются непосредственно в организации администрацией и ФЗМК; 2) конкретизируют общую норму трудового права в случаях установленных законом; 3) сфера их действия ограничена пределами организации¹¹. К сфере локального нормотворчества некоторые ученые причисляли и коллективные договоры в части их нормативных положений.

КЗоТ 1971 г. не предусматривал обязательной государственной регистрации, санкционирования локальных нормативных актов. Однако кодекс ограничивал сферу локального нормотворчества общим запретом недействительности условий договоров о труде, противоречащих действующему законодательству (ст. 5). До внесения изменений в КЗоТ в 1988 г. правовое регулирование трудовых отношений на уровне конкретной организации проводилось в строго определенных законом рамках. Непременным условием правомерности принятия той или иной локальной нормы права являлось «наличие общей нормы трудового права, которая предоставляла бы право (либо уполномочивала) администрации и ФЗМК на принятие какой-либо конкретной (в такой-то области) локальной нормы права»¹². Многие ученые-трудовики ратовали за расширение пределов локального нормотворчества. Так, Ф. М. Левиант писала о необходимости отдельные нормы трудового законодательства, касающиеся тех или иных льгот, рассматривать как нормы-минимум и допустить их дополнение путем коллективно-договорных отношений¹³. С ней солидаризировался С. А. Иванов, отмечая, что в предвидении повышения роли локального регулирования целесообразно внимательнее исследовать случаи выхода за рамки общих норм, разрабатывать пути такого выхода за его пределы, главным образом, на базе соз-

¹¹ См.: Советское трудовое право / под ред. Н. Г. Александрова. М., 1972. С. 145; Тарасова В. А. Локальное правовое регулирование труда // Трудовое право: Энциклопедический словарь. М., 1979. С. 197; Смолярчук В. И. Источники советского трудового права. М., 1978. С. 111–112.

¹² Смолярчук В. И. Указ. соч. С. 112.

¹³ Левиант Ф. М. Осуществление ленинских идей об участии профсоюзов в управлении производственными коллективами // Ленин о труде и праве. Л., 1970. С. 114.

дания более льготных условий труда, чем предусмотрены законом¹⁴. Новация КЗоТ в 1988 г. (ст. 5) предусмотрела право администрации предприятия, организации совместно с советом трудового коллектива и соответствующим профсоюзным органом устанавливать за счет собственных средств дополнительные по сравнению с законодательством трудовые и социально-бытовые льготы для работников коллектива. Эти новации носили «революционный» характер, существенно расширяя сферу локального нормотворчества. Большинство локальных нормативных актов должно было приниматься совместно или по согласованию с профсоюзным органом, например графики сменности (ст. 46), суммированный учет рабочего времени (ст. 52), графики отпусков (ст. 73), системы оплаты труда (ст. 83) и др. Правила внутреннего трудового распорядка утверждались на общем собрании (конференции) работников организации по представлению администрации (ст. 130), коллективные договоры требовали только уведомительной регистрации в органах по труду, которая на их юридическую силу не влияла.

Таким образом, пределы локального нормотворчества и его санкционирование со стороны государства определялись законодателем, исходя из государственной политики в сфере труда, на каждом из этапов его существования. Подчеркнем особо, что в советский период изменилось теоретическое обоснование, парадигма локального нормотворчества. Учение о локальных нормах строилось на концепции санкционирования или делегирования государством права издавать локальные нормативные акты в согласительном порядке администрацией государственных предприятий, учреждений и профсоюзами. Как видим, природа локальных норм уже не выводилась из природы нормативной власти работодателя, как это ранее определялось Л. С. Талем и первыми советскими учеными-трудовиками. Она определялась на основе позитивистской теории права, санкционированного или делегированного государством нормотворчества.

Теория и практика локальных норм трудового права в постсоветский период. По сравнению с прежним законодательством

¹⁴ Трудовое право и научно-технический прогресс / под ред. С. А. Иванова. М., 1974. С. 405.

ТК РФ содержит перечень нормативных источников и принципы их соотношения (применения). Следует подчеркнуть, что в ТК РФ законодатель разграничил нормативный и договорный уровень регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений. К договорному уровню относятся коллективные договоры и соглашения, трудовые договоры (ст. 9 ТК РФ). Таким образом, в ТК РФ содержится традиционный (позитивистский) подход к определению источников права и отграничиваются нормативные акты от актов реализации права. Однако законодатель не в полной мере учел специфику отраслевых особенностей источников трудового права, а в отношении коллективных договоров и соглашений проявил непоследовательность. С одной стороны, они могут содержать локальные нормы трудового права (ст. 5), с другой стороны, они отнесены к договорному уровню регулирования (ст. 9). При этом в качестве содержания коллективного договора (ст. 41) названы обязательства работников и работодателей, а в качестве соглашения (ст. 46) – взаимные обязательства сторон. Это классическое определение содержания договоров. Очевидно, что всем взаимным обязательствам не может быть придан нормативный характер, остается спорным, в какой части они содержат локальные нормы трудового права, если включают только взаимные обязательства сторон. На наш взгляд, такое решение законодателя не в полной мере учитывает сложную двойственную правовую природу коллективно-договорного регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений¹⁵.

О коллективно-договорном происхождении и природе локальных норм права. Коллективные договоры и соглашения (социально-партнерские акты) являются не только юридическими фактами, порождающими правоотношения, но и в случаях, установленных законом, источниками права. Н. Г. Александров по этому поводу отмечал: «Во всяком случае представляется бесспорно неправильным ограничивать в теории государства и права рассмотрение договора плоскостью только юридических фактов и упускать договор хотя бы при выяснении проблемы

¹⁵ См. подробнее: Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: в 2 т. Т. 2. М., 2009.

источников права...»¹⁶. При этом он разделял нормативные договоры на договоры – источники права, заключаемые между «субъектами, которым присвоена нормативная власть», и договоры – «предысточники» права, приобретающие значение источников при условии государственной санкции¹⁷. В советской теории трудового права коллективные договоры рассматривались в качестве самостоятельных источников права, результатом санкционированного государством нормотворчества субъектов трудового права. Особо отмечалась сложная правовая природа этих источников, совмещающих признаки нормативного правового акта и договора. По своей правовой природе они относятся к нормативно-правовым договорам. В ТК РФ (ст. 5) коллективные договоры и соглашения отнесены к актам, содержащим нормы трудового права. В последнее время в теории трудового права отмечается возрастание роли коллективных соглашений и договоров в регулировании трудовых отношений. В ближайшей перспективе им отводится роль ведущих источников трудового права наряду с законодательством.

Нормативно-правовые договоры – это такие официальные акты-документы, в которых по согласованию уполномоченных на то субъектов закрепляются нормативные предписания и устанавливаются взаимные права и обязанности по их реализации (*consensus facit jus* – согласие творит право). Иными словами, нормативно-правовой договор приобретает значение источника права, поскольку выступает средством добровольной саморегуляции поведения, деятельности его участников. Нормативный договор представляет собой совместный правовой акт, оформление выражения согласованных обособленных волеизъявлений субъектов правотворчества, направленных на установление правовых норм. Сам термин «нормативный договор» предполагает исследование договора как акта правотворчества, акта, устанавливающего локальные правовые нормы.

¹⁶ Александров Н. Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Ученые записки ВИЮН. 1946. Вып. 6. С. 61.

¹⁷ Там же. С. 82.

Таким образом, нормативно-правовые договоры являются результатом договорного (согласительного) правотворчества. В теоретическом и практическом плане признание договорного правотворчества означает известное ограничение монополии государства в сфере правотворчества и включение в этот процесс ряда других негосударственных субъектов¹⁸. Коллективные договоры и соглашения следует отнести к особой отраслевой разновидности нормативно-правовых договоров, где социальные партнеры в лице своих представителей наделены «правообразующей» способностью, т. е. способностью выступать в качестве субъектов правотворчества. Названные договоры по своей природе и порядку принятия являются социально-партнерскими актами, содержащими как обязательства сторон, так и правовые принципы и локальные нормы.

В трудовом праве применительно к рассматриваемым источникам следует выделять два основных вида социально-партнерского правотворчества: 1) признаваемое государством правотворчество социальных партнеров (представителей работников и работодателей), исходя из их социальной автономии; 2) совместное правотворчество государственных субъектов и социальных партнеров (негосударственных субъектов). В первом случае речь идет о коллективных договорах и двусторонних коллективных соглашениях, во втором – о трехсторонних социально-партнерских актах – коллективных соглашениях.

Коллективные договоры и соглашения имеют общие признаки нормативно-правовых договоров: 1) нормативный характер (неперсонифицированность, неоднократность действия и др.); 2) добровольность, означающая свободное волеизъявление сторон; 3) взаимная ответственность сторон за невыполнение или ненадлежащее выполнение принятых обязательств; 4) специальная юридическая процедура заключения, а также порядок рассмотрения споров; 5) недопустимость одностороннего отказа от исполнения договорных условий; 6) обязательное обнародование (опубликование) нормативного договора и др.

¹⁸ См.: Марченко М. Н. Источники права. М., 2005. С. 289; Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. Ярославль, 2005. Т. 1. С. 162.

Коллективные договоры и соглашения как разновидность нормативных договоров следует отграничить от нормативно-правовых актов. Так, Ю. А. Тихомиров образно назвал закон «отцом договора», а договор – «зависимым» от закона правовым актом¹⁹. Законы, нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права: а) признают коллективные договоры и соглашения в качестве нормативно значимых способов регулирования трудовых и производных отношений, б) устанавливают пределы такого договорного регулирования, в) определяют порядок (процедуру) проведения коллективных переговоров и заключения коллективных договоров и соглашений.

Локальные нормы права как результат негосударственного правотворчества. В ТК РФ впервые дано легальное определение локальных нормативных актов. Локальные нормативные акты – это акты, содержащие нормы трудового права, которые принимает работодатель (за исключением работодателей – физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями) в пределах своей компетенции в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями (ст. 8 ТК РФ). Иными словами, локальные акты, содержащие локальные нормы права, характеризуются следующими признаками:

- 1) являются нормативными подзаконными актами;
- 2) принимаются работодателем в пределах его компетенции единолично или с учетом мнения (в случаях, предусмотренных коллективным договором, соглашением – по согласованию) представительных органов работников (при наличии такого представительного органа);
- 3) действуют в пределах организации (индивидуального предпринимателя), в отношении работников данного работодателя независимо от места выполнения ими работы.

Рассмотрим их по порядку. Начнем с вопроса о юридической природе локальных норм права и локальных нормативных актов. Насколько применима в настоящее время разработанная в советской науке трудового права концепция локальных норм в трудовом

¹⁹ См.: Тихомиров Ю. А. Договоры в экономике. М., 1993. С. 13.

праве? Как отмечалось выше, в советской теории трудового права локальное нормотворчество определялось как санкционированное или делегированное государством принятие локальных нормативных актов. Такой подход к локальным нормативным актам можно часто встретить и в современной литературе²⁰. Между тем такое определение локального нормотворчества вполне соответствовало социалистической системе хозяйствования, основанной на господстве государственной собственности, где администрация предприятия представляла интересы государства. Сегодня ситуация иная. Более того, работодатель не наделяется государством нормативной властью. Еще Л. С. Таль, определяя природу работодателюской власти, называл три ее составляющих: диспозитивную, дисциплинарную и нормативную власть. Он писал о том, что нормативная власть работодателя проявляется в установлении и издании норм, определяющих внутренний порядок предприятия. Правовое основание нормативной власти кроется в принадлежащей предприятию как социальному образованию способности к правовому самоопределению, иными словами, в его социальной автономии. Хозяин осуществляет эту автономию не в силу делегирования со стороны государства, а как глава предприятия и носитель имманентной предприятию способности творить свой внутренний правопорядок. Отсюда вытекает, что пределы нормативной власти совпадают не с частной автономией хозяина или самого предприятия, а с социальной автономией последнего. Нормы внутреннего порядка всегда обязывают также его самого. Само издание их не всегда зависит от усмотрения хозяина, а нередко составляет возложенную на него законом повинность, осуществляемую под контролем органов государства и рабочих²¹. В этой связи мы не видим оснований связывать локальное нормотворчество исключительно с государственным санкционированием или делегированием права работодателя принимать локальные акты. Локальные нормы права – это результат автономного (частного) нормотворчества. Они принимаются в пределах, установленных государством. Эти

²⁰ См., например: Рогалева Г. А. Локальное регулирование условий труда и система источников трудового права. М., 2003. С. 79.

²¹ См.: Таль Л. С. Трудовой договор. Ч. 2. Внутренний правопорядок хозяйственных предприятий. Ярославль, 1918. С. 160–185.

локальные акты являются источниками частного трудового права. В данном случае можно говорить о совпадении естественно-правового и позитивистского подходов к определению природы локальных источников. Законодатель, по сути, не наделил работодателя правом издавать локальные акты, а только закрепил в ТК РФ место этого источника в системе источников права. Отсюда можно сделать вывод о том, что право работодателя издавать локальные нормативные акты является «позитивным естественным» правом, т. е. естественное право получило позитивное закрепление. Очевидно, что локальные акты не теряют при этом связи с государством, которое признает их, определяет место данных актов в системе источников трудового права (ст. 5) и определяет пределы работодателю усмотрения (ст. 8). Е. Б. Хохлов, обосновывая сложную неоднозначную природу локальных нормативных актов, отмечал, что, с одной стороны, право на нормотворчество составляет один из элементов слагаемых хозяйской власти работодателя, это право для работодателя является его субъективным трудовым правом. С другой стороны, для работника и самого работодателя акты локального регулирования выступают как источник объективного трудового права²².

С учетом изложенного вызывают возражения высказанные в современной литературе по трудовому праву суждения о необоснованности лишения работодателя права единоличного принятия локальных нормативных актов. Так, И. К. Дмитриева предлагает внести изменения в ТК РФ (ст. 8) в отношении дефиниции локальных нормативных актов. По мнению автора, необходимо разграничить два вида актов: локальные нормативные акты и локальные акты. При этом локальные нормативные акты должны быть ограничены сферой социальной организации труда и приниматься исключительно с учетом мнения представителей работников, каковыми в РФ традиционно выступают профсоюзы. Другая группа актов, названных локальными, должна, как считает И. К. Дмитриева, приниматься единолично работодателем и охватывать сферу технической организации труда (штат-

²² Курс российского трудового права: в 3 т. / под общей ред. Е. Б. Хохлова. Т. 1. С. 174–175.

ные расписания, должностные инструкции и др.)²³. Предложение И. К. Дмитриевой вызывает немало вопросов. Во-первых, на каком основании работодателя лишают его единоличной нормативной власти, имеющей объективное основание, и как действовать работодателю при отсутствии в его организации профсоюзов? Примечательно, что в новой редакции ст. 8 ТК РФ специально уточнено, что учет мнения представительного органа работников при принятии локальных нормативных актов необходим даже при указании на это в ТК РФ только при наличии такого представительного органа. Во-вторых, почему названные автором локальные акты, регулирующие якобы техническую сторону труда, такие как должностные инструкции, штатное расписание и т. п. утратили нормативный характер? В-третьих, в чем заключается глубокий смысл авторского разграничения локальных актов и локальных нормативных актов? Между тем акты, исключенные И. К. Дмитриевой из разряда локальных нормативных актов, нельзя отнести к техническим актам. Они не содержат технических норм, т. е. норм, в сферу регулирования которых входят не отношения между людьми, а отношения людей по поводу объектов окружающего мира, природы, техники. Более того, в трудовом праве технические нормы труда, облекаемые в форму локального акта, приобретают нормативный (правовой) характер (например, инструкции по охране труда). Очевидно, что под локальными актами работодателя, которые не содержат локальных норм права, следует понимать индивидуальные акты реализации его прав и обязанностей (приказы о приеме на работу конкретного работника, распоряжение конкретному работнику о выполнении тех или иных заданий и т. п.). В таком значении локальные акты работодателя являются результатом реализации работодателем не нормативной, а диспозитивной (директивной) власти. Под директивной властью работодателя Л. С. Таль подразумевал его права требовать от работника выполнения поручения, приказов, «конкретизирующих договорные обязательства». Предложенный И. К. Дмитриевой критерий классификации локальных актов не выдерживает критики. Локальные нормативные акты как резуль-

²³ См.: Дмитриева И. К. Принципы российского трудового права. М., 2004. С. 287–290.

тат реализации работодателем нормативной власти следует отграничивать от актов применения права (приказы, распоряжения и т. п.). Последние не содержат локальных норм права и являются результатом реализации работодателем директивной власти.

Г. В. Хныкиным обосновывается еще одна новаторская идея в отношении природы локальных актов. Он считает, что локальные нормы права и локальные нормативные акты вправе автономно принимать работники без участия работодателя. Иными словами, работники обладают самостоятельными нормотворческими функциями, являются самостоятельными субъектами локального правотворчества. Он пишет о том, что возможность принятия локальных нормативных актов работниками и их представительными органами предусмотрена федеральными законами об общественных объединениях и о коллективных договорах и соглашениях. Эти законы определяют процедуры создания уставов, посвященных различным представительным органам общественной самостоятельности²⁴. Однако должны заметить, что указанные локальные нормы по своей природе не являются правовыми, это внутренние нормы общественных организаций, объединений. Кроме того, они не регулируют трудовые и производные отношения, сторонами которых выступает работодатель и работники либо их представители. Нормы общественных объединений не являются источниками трудового права. Причем сам автор этой концепции признает, что возможности работников, связанные с принятием собственных локальных источников, а также их влиянием на нормотворчество работодателя, весьма ограничены²⁵.

Локальные нормативные акты, издаваемые работодателем, – это прежде всего разновидность подзаконных нормативных актов о труде, которые содержат локальные нормы права. Как подзаконный нормативный акт локальные акты должны отвечать принципу иерархии. Они принимаются на основании и в пределах, предусмотренных не только трудовым законодатель-

²⁴ См.: Хныкин Г. В. Локальные нормативные акты трудового права. Иваново, 2004. С. 34–40.

²⁵ См.: Хныкин Г. В. Локальные источники российского трудового права: теория и практика применения: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 12.

ством и иными актами, содержащими нормы трудового права, но и коллективным договором, соглашениями. В трудовом праве пределы локального нормотворчества имеют отраслевые особенности. Первая связана с тем, что эти пределы ограничиваются не только в нормативном, но и коллективно-договорном порядке. Это продиктовано новой гранью принципа иерархии в системе локальных нормативных актов. ТК РФ закрепил принцип главенства коллективного договора в системе локальных нормативных актов, указав, что работодатель принимает локальные нормативные акты не только в соответствии с законами и иными актами, содержащими нормы трудового права, но и соответствии с коллективным договором, соглашениями (ст. 8 ТК РФ). Вторая особенность пределов локального нормотворчества вытекает из принципа запрета ухудшать положение работника в локальных нормативных актах по сравнению с трудовым законодательством, иными актами, содержащими нормы трудового права.

Локальные нормы права, в отличие от иных норм трудового права, характеризуются особым порядком их принятия. В этой связи следует обратить внимание на ряд важных моментов. Во-первых, работодатель по общему правилу не обязан принимать локальные акты, исключение из правила составляют только правила и инструкции по охране труда для работников (ст. 212 ТК РФ). Однако разработать и ввести в действие такие локальные нормативные акты работодателя заставит сама жизнь. Для того чтобы в полной мере использовать потенциал ТК РФ и полномочия, предоставленные работодателю законом, необходимо принятие локального нормативного акта, т. к. значительное число статей кодекса носят отсылочный характер к локальным нормативным актам. Иначе невозможно применение на практике этих статей. Например, при увольнении работника вследствие недостаточной квалификации (п. 3 ч. 1 ст. 81 ТК РФ) работодатель обязан подтвердить это несоответствие результатами аттестации. Аттестация проводится на основании Положений об аттестации, которые либо приняты вышестоящими органами, либо в локальном порядке. Более того, ряд разделов ТК РФ носит рамочный характер, правовой механизм реализации заложенных в этих разделах прав и обязан-

ностей сторон следует устанавливать локальными актами. Так, работодатель обязан определить порядок хранения и использования персональных данных работника (ст. 87 ТК РФ). Законодательство о бухгалтерском учете требует начисления заработной платы в соответствие со штатным расписанием.

Второе важное положение, касающееся порядка принятия локальных норм права, связано собственно с правовой регламентацией процедуры принятия и введения в действие локальных нормативных актов. В ТК РФ по порядку принятия можно выделить три группы локальных нормативных актов. Первая группа – акты, принимаемые единолично работодателем (например, положение об аттестации работников), вторая – локальные акты, принятые в случаях, предусмотренных ТК РФ, законами и иными нормативными правовыми актами РФ, коллективным договором с учетом мнения представительного органа работников (правила внутреннего трудового распорядка, положения о стимулирующих выплатах и др.). Третью группу локальных нормативных актов составляют акты, принятые по согласованию с представительным органом работников в случаях, предусмотренных коллективным договором, соглашениями. Это могут быть любые локальные нормативные акты работодателя.

Трудно согласиться с высказанными в современной литературе суждениями о том, что сохранившиеся ныне права профсоюзов на участие в нормотворческой деятельности работодателя следует квалифицировать как отголоски социалистической концепции широкого участия трудящихся в управлении предприятиями, организациями, которая хронологически берет начало с принятия в 1936 г. так называемой сталинской Конституции СССР²⁶. Современная «мягкая» форма участия представителей работников в локальном нормотворчестве является одной из форм социального партнерства. Идеология социального партнерства лежит в основе действующего ТК РФ. Соблюдение процедуры учета мнения выборного органа первичной профсоюзной организации при принятии локального нормативного акта (ст. 372) обеспечивает заявленные в ТК РФ цели правового регулирования

²⁶ См.: Трудовое право России / под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2007. С. 230.

трудовых отношений – достижение оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений.

ТК РФ определяет только процедуру принятия локальных нормативных актов с учетом мнения представительного органа работников в лице выборного органа первичной профсоюзной организации (ст. 372 ТК РФ), но не определяет процедуры внесения изменений, дополнений в эти акты или прекращения их действия. По логике вещей эта процедура должна быть такой же, как и при принятии локального нормативного акта. Но это правило целесообразно закрепить в ТК РФ. В ТК РФ законодатель весьма непоследователен: зачастую невозможно определить критерий, по которому он установил в одних случаях порядок принятия локального акта с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации (ст. 105, 123 и др. ТК РФ), а в других – с учетом мнения представительного органа работников (ст. 103 и др. ТК РФ). Исходя из принципа равенства прав представителей работников, указанную процедуру в сфере локального нормотворчества следует распространить и на других представителей работников, если иная процедура не будет предусмотрена в коллективно-договорном порядке. В тех случаях, когда локальные акты принимаются по согласованию с представительным органом работников, порядок их принятия должен устанавливаться в коллективных договорах и соглашениях. Для работодателя указанный в законе (ст. 372 ТК РФ) или коллективном договоре, соглашении порядок принятия локальных актов обязателен к исполнению.

Порядок принятия локальных нормативных актов, предусмотренный ТК РФ, сопровождается письменным оформлением процедуры (проект локального акта, обоснование к нему, мотивированное мнение выборного органа первичной профсоюзной организации, протокол разногласий) и сроками рассмотрения и проведения дополнительных консультаций. Мнение профоргана при принятии локального нормативного акта носит для работодателя рекомендательный характер, но это не освобождает работодателя от обязанности соблюсти порядок принятия этого акта. Названная обязательная процедура принятия локального нормативного акта должна порождать следующие правовые по-

следствия. В первую очередь, согласно ТК РФ (ст. 8), локальные нормативные акты, принятые без соблюдения предусмотренного ТК РФ или коллективным договором, соглашением порядка, не подлежат применению. Полагаем, что данная формулировка законодателя весьма некорректна с учетом общепризнанной правовой презумпции правомерности нормативных правовых актов. Нормативно-правовой акт признается правомерным до тех пор, пока он не будет признан недействительным (не действующим в судебном порядке). В этой связи выборный орган первичной профсоюзной организации работников наделен правом обратиться с жалобой в суд или государственную инспекцию труда. Последняя обязана в течение месяца со дня получения жалобы произвести проверку и в случае выявленного нарушения выдать работодателю предписание об отмене указанного локального акта, обязательное для исполнения. Основанием такого предписания могут служить нарушения как порядка издания локального акта, так и незаконность его содержания. Кроме того, в случае несогласия профоргана с принятием локального нормативного акта, он имеет право начать процедуру коллективного спора в порядке, предусмотренном ТК РФ (ст. 372 ТК РФ).

Работник должен быть ознакомлен с локальными нормативными актами, непосредственно связанными с его трудовой деятельностью, под роспись. Иначе будут отсутствовать основания для привлечения работников к ответственности за нарушения этих актов. Применению подлежат лишь те нормативные акты, которые доведены до сведения работников. Если для обычных нормативных актов – это предусмотренная законом обязательная публикация, то в отношении локальных нормативных актов – это ознакомление каждого работника с локальными актами, которые касаются его трудовых прав и обязанностей. Согласно ТК РФ при приеме на работу работодатель обязан ознакомить работника с действующими в организации локальными нормативными актами, имеющими отношение к трудовой функции работника, под роспись (ст. 68). Следовательно, на практике необходимо предусмотреть ведение письменных журналов (кадровых регистров) с отметкой об ознакомлении работников с этими актами.

Аналогичное правило об ознакомлении работника под подпись с локальными актами должно распространяться и на случаи внесения изменений в данные акты или их отмены. Это правило целесообразно легализовать в ТК РФ.

Локальные нормативные акты работодателя характеризуются системностью: иерархическим строением и взаимодействием, координацией источников. Возглавляет систему локальных источников трудового права коллективный договор. При этом коллективный договор выполняет две функции. Во-первых, это обеспечение приоритета коллективного договора в системе локальных источников трудового права, т. к. нормы локальных нормативных актов, ухудшающих положение работника по сравнению с коллективным договором, применению не подлежат. Во-вторых, в коллективном договоре, соглашении может быть предусмотрен порядок принятия локальных нормативных актов (ст. 8 ТК РФ).

В зарубежной практике развитых стран в качестве одного из направлений развития локального нормотворчества является его систематизация в форме «Книги для персонала». Так, в США «Книга персонала» (ее нормативная часть) рассматривается обычно судами как неотъемлемая часть трудовых договоров работников, занятых в данной организации, и, следовательно, наделяется обязательной юридической силой²⁷. Эта практика принятия Положения о персонале получает распространение и в России. Положение о персонале по своему содержанию напоминает локальный кодекс труда и включает общую часть (информационную) и нормативную (набор локальных нормативных актов, действующих в организации). Общая часть содержит информацию о предприятии, организации, ее истории, структуре, главных и текущих задачах, перспективах развития. Нормативная часть – локальные нормы о порядке аттестации работников, обработки и защиты персональных данных, условиях оплаты труда, режиме рабочего времени, внутреннем трудовом распорядке и др. Следует отметить, что этот консолидирующий локальный нормативный акт в определенной степени стал «конкурентом» коллектив-

²⁷ См.: Киселев И. Я. Новый облик трудового права стран Запада. Прорыв в постиндустриальное общество. М., 2003. С. 87–88.

ного договора в силу упрощенного по сравнению с коллективным договором порядка его принятия и порядка его изменения.

В современной литературе отмечается еще одна тенденция развития локального нормотворчества – это включение локальных норм трудового права в локальные гражданско-правовые акты (уставы организации, иные учредительные документы)²⁸. Комплексные локальные нормативные правовые акты имеют место и в сфере локального нормотворчества. ТК РФ содержит прямые ссылки на такие акты. Так, уставы (положения) организаций, иные учредительные документы могут определять порядок проведения конкурса, избрания, назначения, утверждения в должности (ст. 16–19 ТК РФ), порядок представительства работодателя (ст. 20, 33 ТК), формы участия работников в управлении организацией (ст. 53 ТК), особенности регулирования труда руководителя организации (ст. 273–275 ТК РФ). Такие комплексные локальные нормативные акты могут приниматься и в иных случаях, предусмотренных федеральными законами. Например, в соответствии с Федеральным законом от 8 мая 1996 г. № 41-ФЗ «О производственных кооперативах» кооперативы вправе самостоятельно определять формы и системы оплаты труда как членов кооперативов, так и наемных работников, правила внутреннего распорядка, распространяющиеся на указанные категории лиц²⁹.

²⁸ См.: Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Г. Современное трудовое право. Кн. первая. М.: Статут, 2007. С. 160–163. Иванов С. Ю. Нормативные правовые акты и учредительные документы организаций-работодателей: вопросы отраслевой природы // Правовое регулирование труда в современной России: общие положения, отраслевые институты, эффективность реализации права. Саратов, 2007. С. 103–111.

²⁹ СЗ РФ. 1996. № 20. Ст. 2321.

Нормы трудового права как предмет кодификации: вопросы теории и истории

Нормы права являются важным регулятором общественных отношений, придают им стабильность и упорядоченность. При этом общество развивается весьма динамично, чего нельзя сказать о правовых нормах, которые со временем могут устаревать, терять свою актуальность, не «успевать» за развитием общественных отношений. По причине динамизма общественной жизни либо вследствие недочетов в правотворческой практике возможны пробелы в праве, вносящие дисбаланс в правовое регулирование. Может возникать и обратная ситуация, когда из-за чрезмерной и не всегда продуманной активности правотворческих органов и должностных лиц развивается «инфляция законодательства». Это приводит к нагромождению и дублированию правовых норм в актах разного уровня, а зачастую и к коллизиям между ними. В результате нормы права не только перестают быть эффективным регулятором общественных отношений, но и вносят неопределенность в жизнь общества, препятствуют его гармоничному и поступательному развитию.

Отмеченные проблемы в той или иной степени актуальны для всех отраслей права, в том числе и для трудового права. Одним из надежных способов решения проблемы «неэффективного» законодательства является его кодификация, в которой сочетается систематизация наличного правового материала и создание новых норм права.

В процессе кодификации из правового массива исключаются устаревшие, практически бездействующие нормы права, устраняются расхождения и противоречия в регулировании общественных отношений, а также создаются новые предписания, выводящие законодательство на более совершенный уровень правовой регламентации. При кодификации, по образному замечанию

И. И. Аншелеса, «весь законодательный шлак выбрасывается наружу, из печи кодификатора закон должен выйти стройным, цельным, единым»¹. В рамках кодификационной обработки, отмечает К. П. Горшенин, происходит «очищение законодательства от устаревших норм, анахронизмов»². Таким образом, кодификация является эффективным и эффектным средством рационализации правовых норм.

По словам французского исследователя Р. Кабрияка, в кодификации воплощается мечта людей об идеальном праве³. Кодификация позволяет разработать сводный законодательный акт без каких-либо дефектов в правовом регулировании. «Иначе, чем через кодификацию, – считает С. С. Алексеев, – создание максимально органичной правовой системы невозможно»⁴. Следовательно, и к нормам права, включаемым в кодификационный акт, должны предъявляться повышенные требования. Во время советской послевоенной кодификации ученые справедливо говорили о необходимости поиска «оптимальных правовых норм для кодификационных актов»⁵.

Предметом кодификационной деятельности являются нормы права, которые в ходе кодификации подвергаются определенной обработке и приводятся в определенную систему⁶. При этом критерием отбора правовых норм при кодификации главным об-

¹ Аншелес И. И. К вопросу о кодификации действующего трудового права // Революционная законность. 1926. № 1–2. С. 14.

² Горшенин К. П. Кодификация законодательства о труде. Теоретические вопросы. М., 1967. С. 126.

³ Кабрияк Р. Кодификации. М., 2007. С. 73.

⁴ Алексеев С. С. Советское право как система: методологические принципы исследования // Советское государство и право. 1974. № 7. С. 15.

⁵ См. Горшенин К. П. Указ. соч. С. 7.

⁶ См., например: Симорот З. К., Монастырский Е. А. Проблемы кодификации законодательства Союза ССР и Союзных республик о труде. Киев, 1977. С. 15, 20; Рогалева Г. А. Теоретические вопросы кодификации трудового законодательства: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1984. С. 50. Существует и другая точка зрения – ряд авторов полагают, что предметом кодификации является законодательство, нормативные акты (см., например: Керимов Д. А. Кодификация и законодательная техника. М., 1962. С. 34).

разом служит предмет и метод правового регулирования общественных отношений.

Деятельность по обработке правовых норм в рамках кодификации должна быть грамотно спланирована. Важно, чтобы были серьезно проработаны вопросы о принципах, формах, организации кодификации. При решении этих вопросов важную роль призвана играть юридическая наука, на достижения которой должны опираться кодификаторы.

Анализ научных работ и практики кодификации позволяет выделить несколько основных способов обработки и формирования правовых норм, впоследствии включаемых в кодификационный акт.

Во-первых, необходимые нормы права отбираются в неизменном виде из различных источников права. Так, например, отдельные нормы Устава о промышленном труде (изд. 1913 г.), несмотря на официальный отказ советской власти признавать дореволюционное законодательство, были закреплены в первых советских кодексах законов о труде, а некоторые из них дошли до наших дней⁷. К их числу, например, относится норма ст. 54 УПТ, которая устанавливала общее правило о выплате вознаграждения при найме на неопределенный срок не реже двух раз в месяц. Норма об ограничении продолжительности сверхурочных работ 120 часами в год, впервые появившаяся в Законе от 2 июня 1897 г. «О продолжительности и распределении рабочего времени в заведениях фабрично-заводской и горной промышленности», была заимствована советским трудовым законодательством (например, ч. 1 ст. 56 КЗоТ РСФСР 1971 г.), закреплена она и в ч. 6 ст. 99 ТК РФ. Многие положения КЗоТ РСФСР 1922 г. в современных формулировках включены в современный ТК РФ, например гарантия распространения коллективного договора на всех лиц, работающих у данного работодателя, независимо от их членства в профсоюзе, правило о недействительности условий трудового договора, ухудшающих положение работников по сравнению с трудовым законодательством.

⁷ Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права. Т. 1. М., 2009. С. 102.

При кодификации в СССР в послевоенную эпоху учитывался положительный опыт союзных республик в формулировке и изложении правовых норм. Например, положение п. «ж» ст. 47 КЗоТ 1922 г. Белоруссии предоставляло работодателю право уволить работника при непосещении им работы вследствие временной утраты трудоспособности в течение четырех месяцев со дня утраты трудоспособности. В кодексах других союзных республик, в том числе и РСФСР, в этом случае устанавливался двухмесячный срок. В итоге в п. 5 ст. 17 Основ законодательства о труде Союза ССР и союзных республик 1970 г. вошла содержащая повышенные гарантии работникам норма из КЗоТ БССР.

Таким образом, «трудовое законодательство сохраняет преемственность правового регулирования труда по тем вопросам, которые выдержали испытание временем, имели прогрессивное решение»⁸ (это актуально и для других отраслей российского законодательства).

Во-вторых, действующие нормы права проходят соответствующую обработку: в процессе кодификации они могут дополняться, сокращаться, по-новому формулироваться и т. д. с учетом социальных изменений и достижений юридической науки. Например, стороны трудового договора согласно ст. 27 КЗоТ РСФСР 1922 г. определялись как «наниматель» и «нанявшийся», а в ст. 56 ТК РФ закреплены более современные дефиниции – «работодатель» и «работник». Согласно ч. 1 ст. 67 КЗоТ РСФСР 1971 г. ежегодный отпуск рабочих и служащих по общему правилу составлял не менее 15 рабочих дней. В русле общей тенденции развития трудового законодательства по пути увеличения прав и гарантий работникам в ст. 115 ТК РФ им установлен более продолжительный основной оплачиваемый отпуск (28 календарных дней). В ст. 27 КЗоТ РСФСР 1922 г. не было указано, в какой форме должен был заключаться трудовой договор, в ст. 18 КЗоТ РСФСР 1971 г. эта неопределенность была устранена – трудовое соглашение могло заключаться как в устной, так и в письмен-

⁸ Головина С. Ю. Кодификация трудового законодательства России // Кодификация российского частного права / под ред. Д. А. Медведева. М., 2008. С. 263.

ной форме. При этом законом не устанавливалось, в каких ситуациях требовалось оформлять договор в письменной форме, а в каких было достаточно устного соглашения. Кроме того, отсутствие письменного договора в большей степени нарушало право работника как более слабой стороны отношений в сфере труда. Этот недостаток был исправлен ч. 1 ст. 67 ТК РФ, закрепившей необходимость письменного оформления трудовых отношений. В советское время для расторжения срочного трудового договора работнику требовалась определенная уважительная причина (ст. 48 КЗоТ РСФСР 1922 г., ст. 32 КЗоТ 1972 г.). Только в ТК РФ работники, с которыми заключен договор на определенный срок, получили возможность уволиться по собственному желанию независимо от причин, тем самым они были уравнены в правах с работниками, заключившими бессрочный трудовой договор.

Важно обратить внимание на то, что в рамках кодификации нормативный материал для обработки берется не только из нормативных правовых актов (законов и подзаконных актов), но и из других источников права. «Кодификатор, – писал известный русский юрист Н. М. Коркунов, – не ограничивается одним действующим в момент создания кодекса законодательством. Он может черпать свой материал и из обычного права, и из судебной практики, и из иностранного права, и из научной литературы»⁹.

Известно, что при создании действующего ТК РФ использовались положения международного трудового права, прежде всего нормы ратифицированных Россией конвенций Международной организации труда. Например, нормы, содержащиеся в ч. 3 ст. 131 ТК РФ, о запрете выплаты заработной платы в бонах, купонах, в форме долговых обязательств, расписок, а также в виде предметов, запрещенных к свободному обороту, были заимствованы из ст. 3 и 4 Конвенции МОТ № 95 «Об охране заработной платы» (1949 г.)¹⁰. Правило ч. 2 ст. 35 КЗоТ РСФСР 1971 г. о том, что администрация вправе расторгнуть трудовой договор не

⁹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1908. С. 305.

¹⁰ Российское трудовое законодательство: в 2 т. / сост. Л. А. Окуньков, Ю. П. Орловский, Е. М. Терпугова. М., 1996. Т. 2. С. 466.

позднее одного месяца со дня получения согласия фабричного, заводского, местного комитета профсоюза, была сформулирована первоначально в постановлении Пленума Верховного Суда СССР № 6 от 26 сентября 1967 г.¹¹

В кодексы могут включаться предложения специалистов, которые публиковались в разное время или поступили в законодательные органы в виде докладных записок, замечаний на проекты нормативных актов и т. п. Так, например, при разработке КЗоТ РСФСР 1971 г. были учтены достижения науки трудового права. В частности, определенную завершенность получила система трудового законодательства (нормы права были структурированы и распределены по 18 главам, образующим институты права); легальное определение трудового договора, содержащееся в ст. 15 КЗоТ РСФСР 1971 г., также было выработано юридической наукой¹².

Предметом кодификации могут являться нормы отрасли трудового права, содержащиеся в нормативных актах других отраслей законодательства. Так, в ст. 87 Положении о социалистическом государственном производственном предприятии, утвержденном Постановлением Совета Министров СССР от 4 октября 1965 г., было впервые установлено право администрации предоставлять рабочим и служащим по их просьбе отпуска без сохранения заработной платы. Указанная норма с некоторыми уточнениями была воспроизведена в Основах законодательства Союза ССР и союзных республик о труде 1970 г. и в республиканских КЗоТ¹³.

В-третьих, в ходе кодификации создаются нормы, призванные восполнить выявленные на практике пробелы в правовом регулировании общественных отношений. Например, в КЗоТ РСФСР 1918 г. не были закреплены нормы о трудовом договоре, что в чрезвычайных условиях первых революционных лет было вполне оправдано – государство в принудительном порядке привлекало население к трудовой повинности. Однако в усло-

¹¹ Симорот З. К., Монастырский Е. А. Указ. соч. С. 39.

¹² Головина С. Ю. Указ соч. С. 249-250; Симорот З. К., Монастырский Е. А. Указ соч. С. 39.

¹³ Симорот З. К., Монастырский Е. А. Указ соч. С. 40.

виях либерализации экономических отношений начала 1920-х гг. отсутствие норм, регламентировавших порядок свободного найма на работу, стало препятствовать развитию страны. В результате в новом КЗоТ РСФСР 1922 г. появилась целая глава, посвященная трудовому договору. В КЗоТ 1971 г., несмотря на поступающие во время кодификации предложения, не было закреплено право на обжалование незаконного отказа в приеме на работу. Считалось, что «вопрос о конфликтах по поводу приема на работу не является актуальным»¹⁴, хотя это было далеко не так. Норма, закрепившая возможность обжалования в суд отказа в предоставлении работы, была закреплена только при разработке действующего ТК РФ (ч. 6 ст. 64). Также в советском трудовом законодательстве не были определены основания для заключения срочного трудового договора, что являлось серьезным пробелом и позволяло работодателям использовать такие соглашения для манипулирования работниками. При кодификации трудового права в 1990-е гг. этот недостаток был устранен – в ТК РФ появились достаточно четкие основания для заключения срочного трудового договора и, кроме того, были установлены другие гарантии от необоснованного заключения договоров с определенным сроком действия (ст. 58, 59 ТК РФ).

В-четвертых, кодификаторами разрабатываются нормы права, которые развивают правовое регулирование общественных отношений в соответствии с новыми задачами и условиями, задают общие направления развития определенной отрасли права. Например, при создании действующего ТК РФ явно прослеживалась воля законодателя на усиление договорных начал в регулировании трудовых отношений. Так, конструкция «соглашение сторон» в настоящее время используется не только при заключении трудового договора, но и при его прекращении (п. 1 ст. 77, ч. 2 ст. 80 ТК РФ), а также при решении вопросов в области рабочего времени, времени отдыха, оплаты труда. Прежний запрет компенсировать сверхурочную работу отгулом сменился дозволением заменить повышенную оплату дополнительным временем отдыха (ст. 151 ТК РФ). Абсолютный запрет замены

¹⁴ Горшенин К. П. Указ. соч. С. 190.

отпуска денежной компенсацией, установленный в свое время ст. 75 КЗоТ РСФСР 1971 г., трансформировался в ограниченное разрешение – в настоящее время часть отпуска, превышающая 28 календарных дней, по желанию работника может быть заменена денежной компенсацией (ст. 126 ТК РФ).

Более того, в процессе последней кодификации трудового законодательства были осуществлены достаточно значительные заимствования гражданско-правовых конструкций. К числу таких, в частности, относятся правила ст. 379 ТК РФ, предусматривающие самозащиту трудовых прав работников, а также ст. 236 ТК РФ, устанавливающей ответственность работодателя за задержку выплаты заработной платы в виде уплаты процентов в размере не ниже одной трехсотой ставки рефинансирования Центрального банка РФ.

Процесс кодификации норм трудового права, опираясь на общетеоретические наработки и опыт кодификации других отраслей права, обладает и определенными отличительными чертами, обусловленными отраслевой спецификой. К ним, прежде всего, необходимо отнести сложную систему источников трудового права различного уровня (законы, ведомственные акты, локальные акты и др.). «Существующие ныне шесть различных способов исчисления среднего заработка, – писал, например, в середине 1960-х гг. К. П. Горшенин, – могут запутать даже специалистов, не говоря уже о рабочих и служащих, столкнувшихся с этой проблемой»¹⁵. Все это требует кропотливой работы по кодификационной обработке содержащихся в источниках правовых норм, приведению их в стройную, непротиворечивую систему.

Еще одна особенность кодификации трудового законодательства обусловлена значительным динамизмом норм, регулирующих трудовые отношения. Можно предположить, что, в том числе и по указанным причинам, до 1970 г. не удавалось утвердить общесоюзный трудовой кодекс, хотя работа по его подготовке велась с 1922 г. В послевоенную эпоху кодификация трудового законодательства была завершена позднее других крупных отраслей – только в 1971 г. (уголовное законодательство, например, было коди-

¹⁵ Горшенин К. П. Указ. соч. С. 178.

фицировано в 1960 г., гражданское – в 1964, семейное – в 1969 г.), хотя проекты Основ законодательства о труде и нового КЗоТ РСФСР были подготовлены и представлены на суд общественности еще в конце 1950-х гг. Современный Трудовой кодекс также был принят в конце 2001 г., позднее многих других крупных кодификационных актов, действующих в настоящее время.

Спецификой трудового права, влияющей на механизм кодификации его норм, также является ярко выраженное сочетание публичных и частных начал в правовом регулировании трудовых и непосредственно связанных с ними отношений. При кодификации необходимо найти разумное соотношение императивных и диспозитивных предписаний. Очевидно, что в советскую эпоху государство активно вмешивалось в отношения между работником и работодателем, а число диспозитивных норм в советских Кодексах законов о труде было сведено к минимуму. В последние два десятилетия, наоборот, наметилась тенденция усиления частноправовых начал трудового права¹⁶. «Можно заключить, – пишет, например, С. Ю. Головина, – что идея ограничения хозяйской (работодательской) власти, которая всегда была присуща трудовому праву и традиционно осуществлялась публично-правовым способом – с помощью законодательных ограничений и запретов, сегодня реализуется договорным способом в рамках социального партнерства»¹⁷.

Необходимо отметить и еще одну особенность кодификации норм трудового права. Общеизвестно, что предметом трудового права являются не только трудовые, но и иные непосредственно связанные с ними отношения (например, контроль и надзор за соблюдением трудового законодательства, повышение квалификации, трудовые споры и др.). В связи с этим в кодификационные акты о труде помещается значительное количество норм других отраслей права (административного, гражданского, гражданского процессуального и др.). Тем самым определенные группы

¹⁶ Нуртдинова А. Ф., Чиканова Л. А. Концепция развития трудового законодательства // Концепции развития российского законодательства / под ред. Т. Я. Хабриевой, Ю. А. Тихомирова. М., 2010. С. 299.

¹⁷ Головина С. Ю. Указ. соч. С. 258.

норм различных отраслей права ассимилируются законодательством о труде, становятся его неотъемлемой частью.

В научных исследованиях периодически поднимается вопрос о содержании кодификационного акта: должен ли он максимально «охватывать» всю область регулируемых отраслью права отношений либо носить рамочный характер, то есть в основном содержать только общие нормы с большим количеством бланкетных норм? Представляется, что вторая точка зрения более точно отражает сущность кодификационного акта (за исключением Уголовного кодекса, аккумулирующего в себе все нормы отрасли уголовного права). Нормы трудового права, как и большинство норм других отраслей права, невозможно включить в рамки одного отраслевого нормативного акта, даже такого крупного, как кодекс. Правовое регулирование трудовых отношений подразумевает постоянную правотворческую активность со стороны компетентных субъектов по изданию подзаконных актов, конкретизирующих нормы кодекса. Невозможно, например, конкретизировать в кодексе перечень вредных, тяжелых и опасных работ или отразить предельно допустимые нормативы подъема тяжестей для женщин и несовершеннолетних. Главное, чтобы различные источники, содержащие нормы трудового права, были гармонизированы друг с другом.

По указанному пути первоначально шла и практика создания кодексов. Так, например, в объяснительной записке Наркомата труда РСФСР к проекту Кодекса законов о труде 1922 г. обращалось внимание на то, что «предложенный проект не является исчерпывающим «уложением» и не охватывает всех деталей законодательства о труде», что он «так же, как и другие кодексы, изданные Советской властью, дает общие принципиальные положения, в развитие которых будут издаваться постановления законодательных органов и органа регулирования труда – Наркомата труда»¹⁸. В связи с этим в литературе предлагалось для доступного понимания и удобства применения даже подвергнуть

¹⁸ Объяснительная записка НКТ к проекту Кодекса законов о труде. М., 1922. С. 4.

кодификации подзаконные акты по вопросам труда органов государственной власти и профсоюзов¹⁹.

Вместе с тем необходимо обратить внимание на то, что в последнее время очевидна тенденция к включению в кодекс не только общих норм, но и предписаний, регламентирующих более частные вопросы, ранее помещавшихся в актах текущего правотворчества. Например, в ТК РФ к традиционным для советских кодификационных актов общей и особенной частям добавилась специальная часть трудового права, в которой сосредоточились нормы, устанавливающие особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников (лиц, работающих по совместительству, работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев, занятых на сезонных работах и других). В советскую эпоху данная сфера регламентировалась в основном на уровне подзаконных актов (за исключением труда женщин и молодежи). Соответствующие нормы были объединены в части четвертой ТК РФ – «Особенности регулирования труда отдельных категорий работников».

Далеко не все ранее действовавшие отраслевые нормы утрачивают свою силу в связи с принятием кодекса. Ряд из них, формально не отмененных, продолжает действовать в части, не противоречащей кодексу. Для удобства правоприменения, как правило, составляется перечень актов, утрачивающих силу в связи с принятием кодекса. Этот перечень либо содержится в самом кодификационном акте, либо издается отдельный нормативный акт по этому вопросу. В советскую эпоху иногда встречалась позитивная практика издания актов, продолжавших действовать после вступления кодекса в законную силу. Так, постановлением СНК РСФСР от 3 апреля 1923 г. был утвержден перечень постановлений ВЦИК, СНК, СТО, изданных до 15 ноября 1922 г., сохраняющих силу по введению в действие КЗоТ и перечень постановлений этих же органов, отменяемых в связи с введением КЗоТ. Помимо этого, согласно поручению, данному Совнаркомом НКТ РСФСР, последний 27 августа 1923 г. издал перечень постановлений, циркуляров, разъяснений НКТ, сохраняющих

¹⁹ См., например: Рогалева Г. А. Указ. соч. С. 137.

силу по введению в действие КЗоТ 1922 г.²⁰ Также представляется важным учитывать применяемую в ряде стран практику одновременной разработки не только кодификационного акта, но и подзаконных актов, которые будут развивать его положения, обеспечивать его правильное применение.

Сами кодексы должны создаваться в стабильной социально-политической обстановке, закреплять нормы, отражающие конкретные условия общественной жизни. Иначе нормы невозможно будет применять на практике. «Для кодификации законодательства необходима определенная стабильность отношений, – отмечал С. Н. Братусь, – во всяком случае, расчет на эту стабильность. Если этого нет, жизнь опережает Кодекс, появляются новые нормы, обеспечивающие проведение текущей политики, фактически прекращающие действие норм кодекса»²¹. Так, КЗоТ РСФСР 1918 г. очень быстро превратился в формальный источник трудового права, вытесненный из сферы правоприменения подзаконными нормативными актами²². Похожая ситуация сложилась и с КЗоТ РСФСР 1922 г., который к 1930-м годам уже не позволял эффективно регулировать трудовые отношения.

Безусловно, далеко не каждая кодификация способна решить проблему неэффективного права. В частности, в ходе последней в отечественной истории кодификации рубежа XX–XXI вв. не проводился полный учет, ревизия и упорядочение правового материала, включаемого в кодификационный акт. К числу «выдающихся» примеров неполноты, фрагментарности и противоречивости исследователи относят и действующий Трудовой кодекс²³, который, несмотря на небольшой период действия, уже подвергался значительной переработке (а изменения, внесенные

²⁰ Лях А. Законодательство о труде 1917–1922 гг. и его связь с новым КЗоТ // Вопросы труда. 1923. № 5–6. С. 62–63.

²¹ Развитие кодификации советского законодательства / отв. ред. С. Н. Братусь. М., 1968. С. 11.

²² Головина С. Ю. Указ. соч. С. 243.

²³ Баранов В. М., Карташов В. Н. Юридические принципы технологии правовой кодификации // Кодификация законодательства: теория, практика, техника: Материалы Межд. науч.-практ. конф. / под ред. В. М. Баранова, Д. Г. Краснова. Н. Новгород, 2009. С. 71.

Федеральным законом от 30.06.2006 г., были настолько значительны, что их, по сути, можно называть новой кодификацией). «Бум поправочного законодательства, – пишет Т. Н. Рахманина, – характерен для нашего времени... тем самым утрачивается важнейшее качество кодексов – быть опорным, устойчивым элементом правовой системы. К тому же и сама корректировка действующих кодексов подчас осуществляется спонтанно, без достаточной концептуальной проработки»²⁴.

В целом эффективность правовых норм, явившихся результатом кодификационной обработки, зависит от многих факторов: объективной необходимости кодификации, степени разработанности законодательства, накопленного ранее опыта кодификации в этой и смежных отраслях законодательства, сложившихся традиций, уровня квалификации юридических кадров, которым поручена разработка соответствующих проектов и др. Одним из решающих факторов успешного осуществления кодификации является научная (теоретическая) разработанность ее главных проблем.

²⁴ Рахманина Т. Н. Кодификация и системное развитие права // Там же. С. 97.

О некоторых логических аспектах структуры нормы права (на примере норм трудового права)

Подходы к структуре нормы права и, в частности, соотношения нормы права и нормативно-правового предписания в науке весьма различны.

Традиционно под нормой права понимается нормативно-правовое предписание, обладающее специфическими признаками (является общеобязательным правилом поведения, носит предоставительно-обязывающий характер и т. п.), а также имеющее специфическую структуру (гипотеза, диспозиция, санкция)¹.

Однако в литературе неоднократно указывалось на то, что норму права, которая действительно подпадала бы под такую трехчленную структуру, обнаружить чрезвычайно трудно. Как справедливо указывал Р. З. Лившиц, «... по этой классической схеме правовая норма должна бы выглядеть примерно так: если имеют место такие-то обстоятельства (гипотеза), то участники отношений должны поступать так-то и так-то (диспозиция), в противном случае они подлежат такой-то ответственности (санкция). Но в законодательной практике нормы, построенные по этой классической схеме, почти не встречаются»².

Указанная проблема породила несколько гипотез для её объяснения. Так, ряд авторов отрицают концепцию о трёхчленной структуре нормы права³. Например, А. Ф. Черданцев не без осно-

¹ См. об этом: Теория государства и права: учебник. М.: Юристъ, 1999. С. 369–374; Карташов В. Н. Теория правовой системы общества: учебное пособие: в 2 т. Т. 2. Ярославль, 2005. С. 119–123; Марченко М. Н. Теория государства и права: учебник. М., 2004. С. 569–573; Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. 2-е изд. М., 2005. С. 357–360; Теория государства и права: учебник для вузов / под ред. М. М. Рассолова, В. О. Лучина, Б. С. Эбзеева. М., 2000. С. 228–232.

² Лившиц Р. З. Теория права: учебник. 2-е изд. М., 2001. С. 104.

³ См., напр.: Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: учебное пособие для вузов. М., 2003. С. 49; Сторонником двучленной струк-

вания указывает, что «трёхчленная структура – это структура нормы, реально не существующей, созданной путём искусственного соединения двух норм – регулятивной и охранительной». «... Следует иметь в виду, – продолжает свою мысль автор, – что между нормами права существует «разделение труда», то есть разделение их юридических функций: позитивное регулирование (регулятивные нормы) и охранительное действие (охранительные нормы) и на этой основе – связи между нормами, их взаимодействие. Нарушение регулятивной нормы включает действие нормы охранительной, предусматривающей принудительные меры штрафного (ответственность) или восстановительного характера... Ряд норм вообще не нуждается в такой части, как санкция, ибо их реализация может быть обеспечена иным способом»⁴. С позицией о двучленной структуре нормы права был категорически не согласен А. Ф. Шебанов, указывая, что «такая конструкция норм чрезвычайно упрощает механизм действия правовой нормы, отождествляет, по существу, нормы и статью нормативного акта»⁵. Компромиссную позицию занимает С. С. Алексеев, который выделяет норму-предписание (то есть внешнее выражение государственной воли, материализующееся при помощи слов и предложений) и логическую норму (представляющую собой «выявляемое логическим путём общее правило, которое воплощает органические связи между нормативными предписаниями (то есть внешними выражениями) и обладает полным набором свойств, раскрывающих их государственно-властную, регулятивную природу»⁶).

«Логическая норма, – развивает свою мысль С. С. Алексеев, – не представлена в тексте нормативного акта в виде одного, цельного фрагмента (единицы). В силу специализации права её

туры нормы был и Питирим Сорокин, который полагал, что правовая норма состоит только из двух частей – диспозиции и санкции (см.: Сорокин П. Элементарный учебник общей теории права в связи с учением о государстве. Ярославль, 1919. С. 26).

⁴ Черданцев А. Ф. Теория государства и права: учебник для вузов. М., 2002. С. 214–215.

⁵ Теория государства и права / под ред. Н. Г. Александрова. М., 1974. С. 464.

⁶ Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 2. М., 1982. С. 42.

элементы «разбросаны», воплощены в ряде нормативных предписаний и в соответствии с этим расположены в различных статьях и других подразделениях текста акта или даже нескольких актов. Нужна логическая операция, включающая анализ и синтез, для того чтобы, рассматривая ряд фрагментов текста, собрать из нескольких предписаний логическую норму, увидеть её. Невозможность скомпоновать из действующего нормативного материала такого рода норму – свидетельство неполноценности правового регулирования по тому или иному вопросу, просчёта... законодателя, который при формулировании нормативных предписаний не придал им необходимых юридических качеств»⁷.

Таким образом, С. С. Алексеев, по сути, выводит логическую норму как сумму, совокупность двух (как правило) различных нормативных предписаний: в одном из них содержится гипотеза и диспозиция, в другом – санкция за нарушение диспозиции.

Схематически формулу логической нормы можно обозначить следующим образом:

$$\begin{array}{l} \text{Логическая норма} = \quad (\text{ч. А ст. N}) \quad + \quad (\text{ч. В ст. M}) \\ \quad \quad \quad \quad \quad \quad (\text{гипотеза} \quad \quad \quad \quad (\text{санкция за нарушение} \\ \quad \quad \quad \quad \quad \quad \text{и диспозиция}) \quad \quad \quad \quad \text{диспозиции}) \end{array}$$

Следует отметить, что позиция С. С. Алексеева не свободна от внутренних противоречий, так как при такой трактовке логической нормы нарушается сам критерий разделения нормы права на норму-предписание и логическую норму (то есть на внешнее выражение правила поведения и содержание данного правила).

Норма права (логическая норма) в изначальной трактовке С. С. Алексеева представляет собой идеальный объект, который материализуется при помощи письменной речи в нормативном акте. Можно сказать, что воля законодателя, изначальное субъективная, материализуется в нормативно-правовых предписаниях и таким образом как бы «отрывается» от своего создателя и становится «наличной действительностью». Впоследствии, на основе текста нормативного акта, правоприменители как бы «заново воссоздают» волю законодателя, для каждого из них содержание нормативного

⁷ Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 2. С. 42–43.

акта также становится элементом их внутреннего мира, то есть, по сути, субъективным явлением. Нет оснований отрицать объективность нормативных актов. Однако для того, чтобы оперировать с нормативными предписаниями данных актов должным образом, правильно применять их положения, юрист должен сделать содержание этих предписаний содержанием своего внутреннего мира (усвоить понятия и суждения, содержащиеся в данных актах). Естественно, что по наиболее типичным случаям, ситуациям, прямо урегулированным соответствующей нормой права, у абсолютного большинства юристов будет единое мнение. Но чем «глубже» мы будем уходить в правовую материю, чем сложнее ситуации будем брать, тем больше будут расходиться мнения профессионалов, тем более различной будет судебная практика. Можно сказать, что чем глубже мы проникаем в правовую материю, тем больше будет нарастать рассогласованность в правовом регулировании.

Вернёмся теперь к структуре логической нормы, предложенной С. С. Алексеевым. Как видно, с учётом вышеизложенного материала С. С. Алексеев, декларируя выделение логической нормы по критерию её содержания, на практике как раз и не касается содержания нормы, а воспринимает логическую норму как сумму норм-предписаний, то есть содержание нормы воспринимает как сумму форм её отражения. Вряд ли подобный подход можно признать обоснованным.

Заслуживает внимания и позиция О. Э. Лейста. Он обратил внимание на логическое несоответствие, которое наблюдается при изучении структуры нормы права, то есть если под нормой права понимается правило поведения людей, а под диспозицией понимается указание на определённое правило поведения людей, то «... надо сделать вывод, что при таком понимании диспозиция является чем-то более значительным, чем только часть, элемент нормы права. Если диспозиция является правилом поведения людей, то какие ещё могут быть составные части правовой нормы, всё содержание которой выражено в диспозиции?»⁸. Выход из сложившейся ситуации О. Э. Лейст видел в том, чтобы рассматривать гипотезу и

⁸ Лейст, О. Э. К вопросу о структуре правовой нормы // Учёные записки ВИЮН. Вып. 15. М., 1962. С. 17.

санкцию не в качестве *составных частей*, а в качестве *атрибутов* правовой нормы. При этом под гипотезой он понимал «определение нормативным актом обстоятельств, при наступлении которых необходимо руководствоваться данной нормой права, а также круга лиц, которые должны соблюдать норму права, реализовать её предписание»⁹. Под санкцией О. Э. Лейст понимал «указание на меры государственного воздействия, принуждения, с помощью которых норма права охраняется от нарушений»¹⁰. В то же время ясно прослеживается, что и гипотеза, и санкция являются в свою очередь самостоятельными нормами, ведь они сами содержат в себе определённые правила поведения. Осмысливая этот вывод О. Э. Лейста, П. Ф. Елисейкин писал, что, «может быть, следовало бы говорить о более точном терминологическом обозначении связи гипотез и санкций с диспозициями. Думается, что правильнее говорить о *функциях*, которые выполняют отдельные и относительно самостоятельные нормы, взятые в единстве трёхчленной формулы, в связи друг с другом. Об одной из них, очевидно, нужно сказать, что она выполняет функцию гипотезы, о другой – что она выполняет функцию диспозиции, а о третьей – что она выполняет роль санкции»¹¹.

Подведём некоторые промежуточные итоги. Те предписания, которые мы видим в абзацах, пунктах, подпунктах, частях, статьях и прочих структурных единицах нормативного акта (нормативно-правовые предписания как форма), являются не нормами права (которые по природе своей суть содержание права), а формой выражения данных норм, материализации норм при помощи письменной речи. Содержанием же нормы является субъективное представление, основанное на тексте нормативного акта.

Полагаем, что это субъективное представление целесообразно будет формализовать при помощи логического инструментария. Необходимо обратить внимание на то, что нормативно-правовое

⁹ Лейст, О. Э. К вопросу о структуре правовой нормы. С. 7.

¹⁰ Там же. С. 10.

¹¹ Елисейкин, П. Ф. О структуре юридической нормы // Проблема защиты субъективных прав и советское гражданское судопроизводство: межвуз. тем. сб. / под ред. П. Ф. Елисейкина. Вып. 3. Ярославль: ЯрГУ, 1978. С. 28.

предписание является по своей логической сути суждением, то есть формой мысли, в которой устанавливаются отношения между понятиями и которое может быть истинным либо ложным¹². Следует, однако, отметить, что подобной точки зрения придерживаются далеко не все авторы. Так, А. Ф. Черданцев полагает, что норма права (норму права этот автор понимает достаточно широко, по сути сводя её к нормативно-правовому предписанию) не является суждением, так как нормы права не могут быть истинными либо ложными, они отражают не то, что есть, а то, что должно быть¹³.

Мы полагаем, что нормативно-правовое предписание является суждением. Однако это суждение имеет существенную специфику по сравнению с остальными. В логике принято выделять так называемые суждения с деонтической модальностью, то есть суждения, которые содержат «адресованные людям указания, побуждающие их к конкретным действиям»¹⁴. В. И. Кириллов и А. А. Старченко прямо указывают, что к деонтическим суждениям относятся и нормы права. Характерной особенностью деонтических суждений является и то, что отношения между понятиями в таких суждениях выражаются при помощи трёх деонтических операторов: обязывания, запрещения, правомочия. Выделение подобных операторов прямо соответствует принятому в теории права делению норм на обязывающие, запрещающие и управомочивающие.

В связи с вышеизложенным возникает необходимость в разрешении вопроса о структуре нормы права, а именно является ли норма права двучленной либо трехчленной. Для этого попытаемся рассмотреть с точки зрения обеих позиций правило об обязательности выплаты заработной платы не реже чем каждые полмесяца. Нормативно-правовое предписание, в котором закреплено данное правило, содержится в ч. 6 ст. 136 ТК РФ и звучит следующим образом: «заработная плата выплачивается не реже чем каждые полмесяца в день, установленный правилами внутреннего трудового распорядка, коллективным договором, трудовым договором». Гипотеза интересующей нас нормы пра-

¹² См., напр.: Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика: учебник. М., 1982. С. 59.

¹³ Черданцев А. Ф. Указ. соч. С. 208.

¹⁴ Кириллов В. И., Старченко А. А. Указ. соч. С. 108.

ва в рассматриваемом предписании не зафиксирована, однако её можно вывести исходя из смысла статьи: указанное правило распространяется на трудовые отношения между работником и работодателем, за исключением случаев, установленных в законе. Санкция за нарушение данного правила в статье не содержится, поэтому нам необходимо обращаться к другим предписаниям. Так, в ч. 1 ст. 142 ТК РФ указано, что работодатель и (или) уполномоченные им в установленном порядке представители работодателя, допустившие задержку выплаты работникам заработной платы и другие нарушения оплаты труда, несут ответственность в соответствии с ТК и иными федеральными законами. Однако из указанного предписания нельзя вывести правовую норму, так как оно является бланкетным и содержит отсылки к другим предписаниям. Попробуем эти предписания найти.

Первое из них мы обнаруживаем в ч. 2 ст. 142 ТК РФ, где предусмотрено, что в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней работник имеет право, известив работодателя в письменной форме, приостановить работу на весь период до выплаты задержанной суммы (исключения установлены законом). Попробуем установить гипотезу данной охранительной нормы: из анализа статьи следует, что данное правило распространяется на все случаи задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней. Однако данная гипотеза не соответствует нарушению диспозиции ч. 6 ст. 136 ТК РФ, она рассчитана на более узкий круг случаев, так как устанавливает дополнительное условие для действия охранительной нормы – задержка должна быть более 15 дней.

Другое предписание мы обнаруживаем в ст. 236 ТК РФ, где установлено, что «при нарушении работодателем установленного срока выплаты заработной платы, оплаты отпуска, выплат при увольнении и других выплат, причитающихся работнику, работодатель обязан выплатить их с уплатой процентов (денежной компенсации) в размере не ниже одной трехсотой действующей в это время ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от не выплаченных в срок сумм за каждый день задержки начиная со следующего дня после установленного срока выплаты по день фактического расчета включительно». Попы-

таемся найти гипотезу указанного предписания и сравнить его с диспозицией. Итак, рассматриваемое предписание действует, как следует из закона, при нарушении работодателем установленно-го срока выплаты заработной платы, оплаты отпуска, выплат при увольнении и других выплат, причитающихся работнику. Также нетрудно заметить, что гипотеза указанной нормы вовсе не соответствует диспозиции нормы ч. 6 ст. 136 ТК РФ. Гипотеза охранительной нормы ст. 236 рассчитана на более широкий круг случаев, включая, помимо нарушения двухнедельного срока выплаты заработной платы, нарушение иных сроков выплаты заработной платы, а также сроков оплаты отпуска, сроков осуществления выплат при увольнении и других выплат, причитающихся работнику.

Помимо этого, ч. 1 ст. 237 ТК РФ предусматривает, что «моральный вред, причиненный работнику неправомерными действиями или бездействием работодателя, возмещается работнику в денежной форме в размерах, определяемых соглашением сторон трудового договора». Попробуем выделить гипотезу данного предписания и придём к выводу, что оно распространяется на все случаи причинения работнику морального вреда неправомерными действиями или бездействием работодателя. Опять же гипотеза рассматриваемой охранительной нормы рассчитана на более широкий круг ситуаций, чем просто нарушение предписания ч. 6 ст. 136 ТК РФ.

Кроме того, в соответствии со ст. 5.27 КоАП РФ индивидуальный предприниматель, юридическое лицо или соответствующее должностное лицо работодателя при наличии факта состава административного правонарушения, при условии, что срок привлечения к административной ответственности не истёк и при некоторых других условиях может быть привлечено к административной ответственности по п. 1 ст. 5.27 КоАП РФ за нарушение законодательства о труде и об охране труда. И здесь тоже гипотеза нормы не соответствует нарушенной диспозиции ч. 6 ст. 136 ТК РФ.

И, наконец, в соответствии со ст. 145.1 УК РФ невыплата свыше двух месяцев заработной платы, пенсий, стипендий, пособий и иных установленных законом выплат (свыше трёх месяцев, если выплата составляет менее половины от причитающихся сумм и при этом не меньше МРОТ), совершенная руководителем организации,

работодателем – физическим лицом, руководителем структурного подразделения организации из корыстной или иной личной заинтересованности при доказывании наличия состава преступления, при отсутствии истечения сроков привлечения к уголовной ответственности и т. п. может повлечь привлечение к уголовной ответственности. Здесь гипотеза уголовной нормы опять же не совпадает с нарушением диспозиции ч. 6 ст. 136 ТК РФ¹⁵.

Таким образом, в рассмотренном примере мы не смогли ни в одном случае обнаружить охранительную норму, гипотеза которой полностью бы соответствовала нарушению диспозиции. Кроме того, все указанные санкции могут вступить в силу и одновременно (за исключением того, что лицо может быть привлечено либо к административной, либо к уголовной ответственности).

Полагаем, что результаты проведённого анализа являются убедительным доказательством двучленной структуры нормы права. Думается, что авторы, приводящие аргумент, согласно которому норма права является трёхчленной, так как без санкции право теряет свой нормативно-обязывающий характер, совершают следующую ошибку. Действительно, право должно иметь средства для принудительной реализации своих положений, в том числе и меры ответственности. Но это вовсе не означает, что такая характеристика права должна быть присуща каждому элементу права, в том числе каждой норме права. Более того, как мы убедились выше, нормы, имеющие санкции, достаточно редки. В современном праве функции санкций выполняют охранительные нормы.

¹⁵ Н. П. Томашевский остроумно подметил, что в уголовно-правовых нормах санкции статей УК описывают как раз не неблагоприятные последствия несоблюдения нормы (диспозиции) уголовного закона, а неблагоприятные последствия её *соблюдения* (в нашем случае, пока не совершено деяние, описанное в ст. 145.1 УК РФ, лицо и не может быть привлечено к ответственности по данной статье). (См.: Томашевский Н. П. О структуре правовой нормы и классификации её элементов // Вопросы общей теории советского права. М., 1960. С. 217.)

Применение норм уголовного права в условиях их пробельности

Судя по всему, российский законодатель исходит из беспробельности, идеальности Уголовного кодекса. Об этом, в частности, свидетельствует тот факт, что согласно ч. 2 ст. 3 УК РФ «применение уголовного закона по аналогии не допускается». Не говорится в УК и о возможности использования судебного прецедента, равно как и судейского усмотрения в соответствующих случаях. Если бы наличие возможных пробелов в законе признавалось, какой-либо правоприменительный прием (или их совокупность) в Уголовном кодексе был бы предусмотрен. Да и в теории уголовного права после отказа от аналогии (1958 г.) довольно распространенным стало мнение о существовании «беспробельного» уголовного права, об отсутствии каких-либо пустот в уголовном законодательстве¹. Утверждалось также, что европейские страны, опираясь на опыт нашей страны, «смогли выработать полное, не имеющее пробелов уголовно-правовое законодательство...»², что законодатель всегда способен предвидеть ход общественного развития и на этой основе обеспечить достаточно полное регулирование общественных отношений³.

Но действительно ли уголовное законодательство беспробельно? Нужно быть большим оптимистом, чтобы утверждать подобное. Любое позитивное право обречено на пробелы, свидетельствуя о несовершенстве права, отсутствии в нем того, что

¹ См.: Пиголкин А. С. Подготовка проектов нормативных актов. М., 1968. С. 52–53; Его же. Обнаружение и преодоление пробелов права // Сов. государство и право. 1970. № 3. С. 52–53; Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 305; Карташов В. Н. Институт аналогии в советском праве: учеб. пособие. Саратов, 1976. С. 28; Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон. М., 1967. С. 316.

² Современные тенденции развития социалистического уголовного права. М., 1983. С. 26.

³ См., например: Панов В. С. К вопросу о пробелах в праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1950. С. 11.

должно быть. Причинами являются опережающее действие законодателя появление новых общественных отношений и сопутствующих им негативных проявлений, несовершенство законодательной техники, возникновение коллизий со смежными отраслями права и т. д.

Полное или частичное отсутствие правовых установлений (норм) – бесспорный факт, характерный и для прежнего, и для действующего уголовного законодательства. В пользу этого вывода свидетельствуют многочисленные факты.

В качестве примера могут служить нормы главы о должностных преступлениях. Известно, сколь широко в период действия УК 1960 г. трактовалось практикой понятие должностного лица (к их числу нередко относили кассира, лаборанта, мастера-обувщика, проводника, техника по ремонту автомобилей, закройщика, врача, приемщика заказов и т. д.), в результате чего в период действия УК 1960 г. почти каждый третий осужденный по статьям данной главы в действительности субъектом преступления не являлся и, следовательно, к уголовной ответственности был привлечен незаконно. Итогом явилось введение в Кодекс ст. 156² «Получение незаконного вознаграждения от граждан за выполнение работ, связанных с обслуживанием населения»⁴, чем частично был ликвидирован существовавший пробел (в УК 1996 г., как известно, появилась самостоятельная гл. 23). В течение нескольких лет, однако, практика рассматривала в качестве должностных лиц – субъектов преступлений гл. 7 Особенной части УК 1960 г. – граждан, выполнявших управленческие функции в коммерческих и иных негосударственных организациях, не являющихся государственным или муниципальным органом, учреждением: коммерческого агента кооператива, председателя кооперативной организации, руководителя арендного предприятия, генерального директора АО, директора ТОО и т. д.

О том же свидетельствуют изменения и дополнения, уже внесенные (и планируемые к внесению) в УК 1996 г.: за прошедшее время принято свыше 90 федеральных законов, продиктованных прежде всего полным или частичным отсутстви-

⁴ См.: Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1981. № 38. Ст. 1304.

ем в Кодексе соответствующих установлений. Так, ликвидированы частичные пробелы: в качестве признаков основного состава названы хранение и перевозка в целях сбыта поддельных денег и ценных бумаг (ст. 186), основные части оружия (ст. 222), аналоги наркотических средств и психотропных веществ (ст. 228, 228¹), прекурсоры (ст. 228², 231), выделена угроза применения насилия (ст. 126), в качестве дополнительных фигур субъекта преступления или потерпевшего названы налоговый агент (ст. 199¹), арбитражный управляющий (ст. 195) и т.д.

Введены новые нормы: о торговле людьми и использовании рабского труда (ст. 127¹, 127²), о производстве, приобретении, хранении, перевозке или сбыте немаркированных товаров и продукции (ст. 171¹), о легализации (отмывании) преступно добытого (ст. 174¹), о нарушении порядка учета прав на ценные бумаги (ст. 185²), об организации экстремистского сообщества и организации деятельности экстремистской организации (ст. 282¹, 282²), об организации незаконной миграции (ст. 322¹) и др.

Согласно бытующему подчас мнению, пробел в уголовном праве – это не только полное или частичное *отсутствие* в УК необходимых нормативных установлений, но и «неопределенность уголовно-правовых норм, не позволяющая однозначно толковать их содержание (неконкретизированность)...»⁵. При насыщенности действующего законодательства оценочными признаками, при частом отсутствии конкретности в обрисовке отдельных признаков состава преступления и т. д., столь широкая трактовка пробела создает представление о законе как сплошь пробельном, дефектном. Нам более импонирует в этом вопросе позиция В. В. Лазарева, понимающего под пробелом полное или частичное отсутствие нормативных установлений, а не всякие неясности в законодательном акте⁶.

⁵ Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления»: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 14. Его же. Пробелы в уголовном праве: понятие, причины, способы преодоления. М., 2007. С. 46.

⁶ См.: Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 37; Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2002. С. 433.

При широком толковании призывы «как можно скорее устранить пробель»⁷ выглядят не более чем декларативными, в исполнение их вряд ли верят и сами призывающие.

Ждут своего часа изменения и дополнения, вытекающие из ряда действующих федеральных законов «Об оружии», «О наркотических средствах и психотропных веществах», «О борьбе с терроризмом» и т.д. Законодатель не спешит с приведением в полной мере УК в соответствие с этими актами⁸, возможно, потому, что в статье «Приведение нормативных актов в соответствие с настоящим Федеральным⁹ законом» подобного и не было предусмотрено; поручения давались лишь Президенту, Правительству, органам государственной власти субъектов Федерации и органам местного самоуправления.

Наиболее показательным примером пробела (уже применительно к Общей части УК РФ) может служить дефект ст. 69 УК, в силу которого стало подчас невозможным с позиции принципа законности вынесения решения по существу. Напомним, что при назначении наказания по совокупности судам предлагалось применять: а) принцип поглощения либо сложения, если совокупность составили преступления *только небольшой тяжести* (ч. 2), б) принцип сложения, если совокупность составили преступления *только средней тяжести, тяжкие или особо тяжкие* (ч. 3). Практика оказалась на полтора года в тупике в ситуации, когда сочетались деяния небольшой и иной тяжести. Предпочтительным было признано применение ч. 2 ст. 69 как более благоприятной для осуждаемого¹⁰. Лишь в середине 1998 г. эта тупиковая ситуация была разрешена законодательным путем¹¹.

Но спустя пять с половиной лет в той же статье вновь возник пробел, связанный теперь уже с иным аспектом, – с предоставлением суду при совокупности преступлений права выходить за

⁷ Кауфман М. А. Указ. соч. С. 86.

⁸ Спустя 10 и более лет внесены лишь частичные изменения и дополнения в соответствующие статьи УК. См.: СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3452; 2009. № 1. Ст. 29; 2009. №31. Ст. 3921; 2010. №21. Ст. 2525; 2010. № 50. Ст. 6610; и др.

⁹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 6. С. 9–10.

¹⁰ Там же.

¹¹ СЗ РФ. 1998. № 26. Ст. 3012.

верхние пределы назначения наказания, но не более чем наполовину. При этом по ч. 2 ст. 69 (более мягкий вариант совокупности – преступлений небольшой и средней тяжести) это допускалось безотносительно к виду избираемого по совокупности наказания, а по ч. 3 – только при избрании судом лишения свободы. Возник вопрос: что делать суду в случае применения по ч. 3 статьи наказания, не связанного с лишением свободы? Казалось бы, должно применяться не менее строгое правило, чем по ч. 2, но законом этого не предусмотрено. Можно понять мотивы законодателя: если совокупность составили преступления тяжкие или особой тяжести (иногда – в совокупности с иной категорией деяния), никакой суд не назначит наказание, не связанное с лишением свободы. На самом деле, такое наказание вполне мыслимо (скажем, в порядке ст. 64 УК; с учетом вклада в преступление пособника или наличие ранней стадии, на которой было прервано преступление). По каким правилам суд должен тогда назначать окончательную меру воздействия?

Эти примеры можно продолжить. Пробел в законодательстве существует применительно к ситуации с мнимой обороной, когда лицо ошибочно полагает, что на него совершается общественно опасное посягательство. Ни в прежнем, ни в действующем законодательстве эта ситуация не регламентируется. Пленум Верховного Суда в п. 13 постановления № 14 от 16 августа 1984 г. ориентировал суды на то, что, когда лицо не сознавало и не могло сознавать ошибочность своего предположения, его действия следует рассматривать *по правилам* необходимой обороны, т. е. по сходству (аналогия Общей части). Если же при этом лицо превысило (как бы) пределы защиты, допустимой в условиях соответствующего реального посягательства, наступает ответственность как за *превышение* пределов необходимого (аналогия Особенной части УК)¹². На наш взгляд, в условиях бездеятельности законодателя и практической необходимости решения вопроса по конкретному уголовному делу такая рекомендация выглядит вполне оправданной, целесообразной, хотя и противоречащей положениям ч. 2 ст. 3 УК.

¹² Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда РФ (РСФСР) и Верховного Суда СССР по уголовным делам. М., 2010. С. 87.

Сходная ситуация – с примечанием к ст. 291 УК. Оно предусматривает, что освобождается от уголовной ответственности лицо, давшее взятку, если оно добровольно сообщило органу, имеющему право возбудить уголовное дело, о даче взятки. Ясно, что имеется в виду исполнитель преступления. Но как быть, когда добровольное сообщение сделано не исполнителем, а пособником в даче взятки? Напрямую на него упомянутое предписание не распространяется. Однако, видимо, в данном случае вполне можно применить примечание к ст. 291 по аналогии, ибо расширительного толкования в данном случае недостаточно – норма предполагает наличие не того субъекта.

Общее, что объединяет приведенные и т. п. примеры, – это то, что применение сходной нормы – *в пользу* обвиняемого, осуждаемого, она смягчает или влечет освобождение лица от уголовной ответственности либо иным образом улучшает его положение. Отказ в таких случаях от осуществления правосудия, его завершения по мотивам неполного законодательного регулирования выглядел бы неубедительным. Правы авторы одного из учебников: нельзя отказаться от решения дела, если состав преступления налицо, но не урегулированы какие-либо аспекты назначения наказания¹³.

Приверженцам жесткой позиции о недопустимости аналогии в уголовном праве нелишне ещё раз напомнить ситуацию, возникшую в связи с дефектом ст. 69 УК: наличие преступлений, совершенных виновным, очевидно; наказание за отдельно взятые преступления судом определено; однако, строго придерживаясь текста ст. 69, назначить окончательную меру по совокупности преступлений было невозможно ввиду отсутствия в законе правил назначения наказания при сочетании деяния небольшой тяжести с иной категорией преступления. Следуя жесткой рекомендации части юристов, в течение полутора лет (до внесения изменений в ст. 69) суды не должны были принимать по указанным делам окончательных решений и обращать приговоры к исполнению. Предпочтительным в этом случае было всё же применение (впредь до ликвидации пробела) ч. 2 данной статьи, исходя из уголовно-процессуального положения

¹³ Общая теория права: Курс лекций / под общ. ред. В. К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 365–366. Точнее, однако, вести речь об объеме ответственности и наказания.

о толковании возникающих сомнений в пользу подсудимого (виновного). Практика и шла по этому пути.

Подведем некоторые предварительные итоги. Пробелы в уголовном праве неизбежны – если не первоначальные, то, по крайней мере, последующие. Они могут возникнуть как в Общей, так и в Особенной части Уголовного кодекса. Восполнение пробелов является прерогативой законодателя. Однако для этого требуется известное (как правило, немалое) время. В условиях, когда состав преступления в деянии виновного налицо, а не урегулированы относительно частные вопросы, не должно возникать дилеммы – отказаться от решения дела по существу и ждать неопределенное время (вспомним ситуацию с мнимой обороной), когда законодатель устранил пробел, или действовать. Исходя из требований оперативности (исключения волокиты), необходимости принятия решения по делу, следования принципам неотвратимости ответственности, да и – в значительной мере – законности, соблюдения прав и законных интересов граждан, суду в таких условиях должно быть предоставлено право действовать.

Поэтому за одним исключением – признание прежде непроступного поведения преступным, суд должен быть наделен правомочиями преодолевать пробел с помощью аналогии закона или аналогии права. Сходной позиции придерживаются В. В. Лазарев, М. И. Бажанов, Ю. В. Баулин, П. С. Дагель, А. В. Наумов, Э. С. Тенчов, В. В. Мальцев, В. Ф. Щепельков, М. А. Кауфман и др.¹⁴

При этом необходимо соблюдение следующих правил: сфера уголовной ответственности за счет аналогии расширяться не должна; недопустимы ущемление прав и законных интересов личности, прямое противоречие уголовному закону.

Для легализации института аналогии (который сейчас используется в скрытой форме) необходимо изменение закона, с

¹⁴ См.: Лазарев В. В. Указ. соч. С. 163–164; Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм. Волгоград, 1973. С. 144; Тенчов Э. С. Пробелы закона и уголовная ответственность // Проблемы охраны прав граждан в сфере борьбы с преступностью. Иваново, 1980. С. 57; Мальцев В. Принцип законности в Уголовном кодексе Российской Федерации // Уголовное право. 2003. № 1. С. 38; Щепельков В. Ф. Уголовный закон: Преодоление противоречий и неполноты. М., 2003. С. 38; Кауфман М. А. Указ. соч. С. 271.

установлением исключений из принципа законности применительно к ситуациям, когда совершенное лицом деяние признается Кодексом преступным, но не урегулированы отдельные вопросы, необходимые для решения уголовного дела по существу.

Отсюда нельзя разделить оптимизм Н. Ф. Кузнецовой, который она выразила по поводу отмены в 1958 г. аналогии: «Навсегда ушла в небытие норма об аналогии, противоречащая общепринятому принципу законности: «нет преступления, нет наказания без указания о том в законе»¹⁵. Прав М. А. Кауфман: «Норма действительно ушла. А вот аналогия осталась»¹⁶. Аналогия – это в определенном смысле последствие пробела, а не его причина, поэтому наличие последнего вызывается не допустимостью аналогии в законе, а иными обстоятельствами.

Подытоживая сказанное, согласимся с тем, что любое, даже самое совершенное, законодательство «обречено» на пробелы – если не в момент его принятия, то в последующем. Но если пробелы в уголовном праве – явление неизбежное, то каким образом должно быть построено в этих условиях функционирование правоприменительной системы, чтобы она не давала резких сбоев? Теоретически возможны несколько вариантов.

Первый из них – создать *оперативную систему* принятия по необходимости изменений и дополнений в уголовное законодательство, подобно тому как это было установлено ранее – издавались Указы Президиума Верховного Совета, подлежавшие позднее утверждению законодательным органом (Верховным Советом). Заметим, однако, что для внедрения данного варианта необходимо создание соответствующей структуры (типа Президиума Госдумы) с наделением ее соответствующей компетенцией за счет сужения полномочий Государственной Думы. Подобная реструктуризация вряд ли мыслима, ибо Дума – постоянно действующий законотворческий орган (в отличие от прежнего Верховного Совета) и в такой ситуации ради только уголовного права на сужение своей компетенции она не пойдет. К тому же

¹⁵ Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М., 1999. С. 51.

¹⁶ Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве: понятие, причины, способы преодоления. С. 269.

рассматриваемый вариант надлежащей оперативности все равно не обеспечит. Он лишь сократит время между обнаружением пробела и его ликвидацией. Об этом красноречиво свидетельствует опыт восполнения пробелов посредством издания указов в период действия УК 1960 г.: требовался также не один год, чтобы устранить обнаружившийся дефект в уголовном законе.

Второй вариант связан с признанием за постановлениями Пленума Верховного Суда РФ статуса *источника права*. Некоторые ученые полагают, что и ныне постановления Пленума таким статусом обладают. Так, по мнению В. В. Лазарева, глубоко продуманной в этом вопросе является позиция С. С. Алексеева, согласно которой при наличии пробелов в законодательстве Пленум вынужден издавать нормы, вносящие определенные дополнения в действующую систему нормативного регулирования общественных отношений, и руководящие постановления Пленума, следовательно, выполняют функцию источника права¹⁷. Такого характера указания, – считает В. В. Лазарев, – представляют собой предварительное восполнение пробела, устраняя несовершенство нормативного акта: они, «будучи нормативными по существу, со всей очевидностью восполняют имеющиеся пробелы права»¹⁸.

Нам это мнение представляется небесспорным. В соответствии со ст. 126 Конституции РФ Верховный Суд страны «дает разъяснения по вопросам судебной практики», по применению закона, то есть наделен функцией толкования последнего, а не принятия новых норм. Принятие уголовного закона (в т. ч. связанное с необходимостью его изменения и дополнения) относится к компетенции Федерального Собрания, а не какого-либо иного органа. Только законодатель, следовательно, вправе устранить пробел. В этом плане, назовем ли мы указания Пленума Верховного Суда предварительным восполнением пробела либо окончательным, суть не изменится: Пленум подменяет законодателя, выполняет его функцию, чего он делать не вправе.

¹⁷ См.: Алексеев С. С. Общая теория социалистического права. Вып. 3. Свердловск, 1965. С. 106–108.

¹⁸ Лазарев В. В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 139.

Вместе с тем надо признать, что подчас Пленум явочным порядком вытесняет законодателя с правового поля, присваивая себе не свойственные ему функции. К чему это приводит, показывает пример практики применения норм о взяточничестве: из-за недопустимо широкой трактовки признаков получения взятки в постановлении Пленума Верховного Суда 1990 г. заметно была расширена сфера криминализации деяний, закон был «подправлен» без внесения в него законодателем каких-либо изменений. Подобная же метаморфоза произошла в период действия УК 1960 г. с нормой об ответственности за изнасилование.

В этой связи вспомним также «вклад», который внес высший судебный орган в понимание преступной группы. Обычная (простая) группа, как известно, налично, если в совершении преступления совместно участвовали два и более *исполнителя* (ч. 1 ст. 35 УК РФ). *Исполнителем* же в силу ч. 2 ст. 33 УК признается *не всякое* физическое лицо, а лишь вменяемое, достигшее минимально необходимого для уголовной ответственности возраста, в частности, и то наделенное данными чертами лицо, которое совершило преступление посредством использования других лиц, не подлежащих уголовной ответственности в силу возраста, невменяемости или других обстоятельств, предусмотренных УК РФ. Вопреки этому, Пленум Верховного Суда предложил усматривать наличие преступной группы «независимо от того, что остальные участники преступления не были привлечены к уголовной ответственности ввиду их невменяемости», недостижения минимально необходимого возраста ответственности или «по другим предусмотренным законом основаниям»¹⁹. Если же учесть, что совершение преступления группой лиц признается квалифицирующим обстоятельством и влечет резкое возрастание пределов санкции статьи (ср., например, ч. 1 и 2 ст. 131), становится понятной цена «подправления» Пленумом воли законодателя, буквы закона. Не менее спорное и запутанное толкование преступной группы Пленум Верховного Суда РФ дал применительно к делам об убийстве: по его мнению, «другие участники

¹⁹ Сборник действующих постановлений... С. 217.

преступной группы» (помимо соисполнителей) «могут выступать в роли организаторов, подстрекателей или пособников убийства, и их действия надлежит квалифицировать по соответствующей части ст. 33 и п. "ж" ч. 2 ст. 105 УК РФ»²⁰. Одно из двух: если эти лица – *участники* преступной группы (как то утверждалось в постановлении), их действия должны квалифицироваться непосредственно по статье Особенной части (п. "ж" ч. 2 ст. 105) без ссылки на ст. 33 УК; если же они – *соучастники*, то ссылка на ст. 33 действительно необходима.

Добавим к сказанному, что высший судебный орган и крайне неоперативен в даче разъяснений. Об этом свидетельствуют многие факты. Так что даже если постановлениям высшего судебного органа официально придать нормотворческий характер (за что ратуют ныне отдельные юристы²¹), это кардинально не решит проблемы своевременного и быстрого устранения, а равно преодоления выявленных пробелов в законодательстве, зато снизит качество нормативного регулирования. Очевидно, надо добиваться более активного и оперативного использования Пленумом Верховного Суда его права законодательной инициативы, ибо пробелы обнаруживаются и становятся очевидными в ходе правоприменения, при осуществлении правосудия по уголовным делам.

Еще один вариант подхода к проблеме пробелов – предоставить право суду как юрисдикционному органу решать дела с помощью прецедентов, наделив суд компетенцией по изданию норм права или признав значение норм за отдельными судебными актами, в т. ч. приговорами²². Но и этот путь решения вопроса нам представляется неудачным ввиду недостаточно высокого уровня судебной деятельности и низких профессиональных качеств правоприменителей.

²⁰ Абз. 3 п. 10 постановления № 1 «О судебной практике по делам об убийстве» // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1999. № 3. С. 4.

²¹ См., например: Алексеев С. С. Теория права. М., 1995. С. 309; Лазарев В. В. Указ. соч. С. 136–143; Общая теория права: курс лекций / под общ. ред. В. К. Бабаева. С. 254.

²² См.: Лазарев В. В. Указ. соч. С. 131.

Про норму уголовного права

Применительно к уголовно-правовой норме наиболее остро стоит вопрос, из каких она состоит элементов. Он имеет довольно длительную историю поисков, находок и заблуждений. Однако по существу все сводится к установлению того, из гипотезы (диспозиции) и диспозиции (санкции) или из гипотезы, диспозиции и санкции состоит норма уголовного права.

Под гипотезой принято понимать «условия, при наличии которых осуществляется норма», под диспозицией – «устанавливаемое нормой правило поведения», под санкцией – «те отрицательные или невыгодные последствия, которые влечет невыполнение требования, распоряжения, содержащегося в диспозиции»¹. Вместе с тем логический анализ приведенных дефиниций выявляет ряд существенных противоречий, разрушающих трехэлементную концепцию структуры уголовно-правовой нормы².

Внутренняя непоследовательность определения гипотезы нормы заключается в том, что оно, «с одной стороны, рассматривает гипотезу как часть нормы, с другой – выносит ее за пределы нормы, конструирует в качестве самостоятельного и внешнего начала, которое указывает на условия осуществления противостоящей ему нормы»³, и тогда норма должна включать лишь диспозицию и санкцию. Если же гипотезой действительно обнима-

¹ Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон. М., 1967. С. 114. См. также: Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм (По материалам следственной и прокурорско-судебной практики). Волгоград, 1973. С. 30; Кленова Т. В. Основы теории кодификации уголовно-правовых норм. Самара, 2001. С. 168 и след.

² Несмотря ни на что, она живуча и даже порой одинаково воспроизводится разными авторами (ср.: Филимонов В. Д. Норма уголовного права. СПб., 2004. С. 19–24; Сулейманов Т. А., Павлухин А. Н., Эриашвили Н. Д. Механизм и формы реализации норм уголовного права. М., 2007. С. 81–86).

³ Крашенинников Е. А., Лисова Т. Н. Структура нормы права // Философские проблемы объективного права / отв. за вып. М. Ю. Мизулин, Е. А. Крашенинников. Ярославль, 1990. С. 18.

ются какие-либо условия, то только те, которые необходимы для осуществления не всей, а соответствующей части нормы.

Из определения диспозиции нормы прямо вытекает то, что она одновременно является и частью нормы, и нормой в целом – правилом поведения⁴. В то же время часть не может быть равна целому. В противном случае норма должна стать тождественной диспозиции, что исключено, по крайней мере, в силу объективной необходимости ограничения ее действия соответствующими условиями. Если же диспозиция – часть нормы, то именно та, на которую рассчитаны условия, содержащиеся в гипотезе, и которая представляет собой лишь указания на субъективные права и юридические обязанности, но никак не на все правило поведения.

Еще более сомнительным является определение санкции нормы. Во-первых, хотя она и рассматривается как часть нормы, по сути же дела противостоит ее диспозиции, а значит, и гипотезе, ибо выступает последствием *невыполнения* требований первой. Во-вторых, формой выражения отрицательных или невыгодных последствий могут быть исключительно соответствующие и отличные от диспозиционных права и обязанности (иным образом наложить названные последствия невозможно), рассчитанные на собственные условия осуществления – невыполнение требования диспозиции. Между тем тогда получается, что в определении санкции заложена совокупность новой гипотезы и новой диспозиции. Они вполне могут образовать самостоятельную норму права и не являться просто санкцией другой нормы, ибо последняя не оказывает воздействие на конфликтное поведение, только на обычное.

На основании изложенного кажется закономерным вывод, что названные существенные противоречия теории трехэлементной структуры нормы уголовного права вырастают в очевидный методологический порок, ведущий к логическому вычленению двух норм, каждая из которых имеет двухчленную структуру. В одном элементе указываются условия возникновения субъективных прав и юридических обязанностей, содержащихся в другом. В последнем – сами права и обязанности, возникающие при условиях, пред-

⁴ См.: Курьлев С. В. О структуре юридической нормы // Труды Иркутского университета. Иркутск. 1958. Т. 27. Сер. юрид. С. 182.

усмотренных в первом. Первый элемент нормы следует именовать гипотезой, а второй (в целях вычленения специфики различных по природе норм) в одних нормах (рассчитанных на обычное поведение, регулятивных) – диспозицией, в других (рассчитанных на конфликтное поведение, охранительных) – санкцией. При этом не следует забывать приведенные выше соображения и то, что, хотя диспозиция и санкция рассматриваются в качестве элементов различных норм, они «не разнородные, а однородные явления»⁵.

Итак, «любая правовая норма складывается из двух рефлексированных друг в друга частей: гипотезы, указывающей на условия, при наличии которых возникают субъективные права и юридические обязанности, предусмотренные диспозицией, и диспозиции, которая указывает на субъективные права и юридические обязанности, возникающие при наличии предусмотренных гипотезой условий. В юридических нормах, рассчитанных на конфликтные ситуации, вторая часть называется санкцией, а все нормы данного вида фигурируют в качестве охранительных по отношению к охраняемым ими регулятивным нормам права»⁶.

Против мнения о двухэлементности уголовно-правовой нормы, казалось бы, работает едва ли не общепринятое выделение норм Общей и Особенной частей. Ведь вполне очевидно, что гипотезы и санкции непосредственно имеются только в Особенной части Уголовного кодекса. Общая же его часть прямо таковых не предусматривает. Однако указанное разделение в строгом смысле слова относится лишь к законодательству. «Деление на Общую и Особенную части имеет целью упрощение внешней формы права»⁷ – закона – и не относится к содержанию права – нормам. Не случайно утверждается, что *«Общая и Особенная части Уголовного кодекса представляют собой разные совокупности статей, а не различные комплексы уголовно-правовых норм»*⁸.

⁵ Курылев С. В. О структуре юридической нормы. С. 186.

⁶ Крашенинников Е. А., Лисова Т. Н. Структура нормы права. С. 21. Близкое мнение см.: Черданцев А. Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 52.

⁷ Коган В. М. Логико-юридическая структура советского уголовного закона. Алма-Ата. 1966. С. 64.

⁸ Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления: Методологические аспекты. М., 2001. С. 179.

Норма уголовного права в своем бытии едина. Данное суждение – обязательное, но часто опускаемое, следствие единогласного заключения о том, что «Общая и Особенная части... уголовного закона представляют органическое единство. Норма Особенной части существует, действует и применяется только в единстве и совокупности с нормами Общей части. Без норм Общей части... норма Особенной части или совсем не существует, или же неизбежно будет пониматься извращенно»⁹. Вместе с тем не могут быть самостоятельными (пусть и относительно) нормы, если они не способны ни существовать, ни правильно пониматься, ни действовать, ни применяться друг без друга.

В свете отмеченного сторонники двухчленности структуры нормы уголовного права не должны, как бы оправдываясь, пытаться выискивать специфику или насильственно выводить отсутствующие элементы норм Общей части уголовного законодательства¹⁰. Таковых, как и норм его Особенной части, просто нет в природе. Предписания же Общей части уголовного законодательства дополняют содержание соответствующих статей его Особенной части, образуя целостный регулятор общественных отношений – норму уголовного права. «Если уж говорить о количественном соотношении нормы и статьи уголовного закона, то для этого нужно представить себе либо отдельную норму (например, об ответственности за кражу) в кодексе, в котором не используется деление на Общую и Особенную части, либо отдельный закон, в котором решаются все без исключения вопросы преступности и наказуемости какого-то одного преступления (кражи)»¹¹.

В то же время очень сомнительно, что «роль гипотезы для норм Особенной части выполняют все статьи Общей части УК...»¹². Это мнение признано ошибочным еще при действии УК

⁹ Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон. С. 107–108.

¹⁰ См.: Малков В. П. Совокупность преступлений (вопросы квалификации и назначения наказания). Казань. 1974. С. 80; Смирнов В. Г. Функции советского уголовного права (Предмет, задачи и способы уголовно-правового регулирования). Л., 1965. С. 42.

¹¹ Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления... С. 182.

¹² Куринов Б. А. Научные основы квалификации преступлений. М., 1984. С. 45. См. также: Поройко М. С. Обязывающие и уполномочи-

РСФСР 1960 г.¹³ Многие предписания Общей части уголовного законодательства относятся в действительности к санкции нормы (ст. 43 и след. УК).

На сделанный вывод о структуре уголовно-правовой нормы объективно работают даже мнения некоторых сторонников ее трехчленности. Прежде всего речь идет о тех, кто заявляет о слиянии в норме уголовного права гипотезы и диспозиции¹⁴ или диспозиции и санкции¹⁵. Конечно, условие и обусловленное, субъективные права и юридические обязанности, возникающие при наличии несовпадающих условий, в одном элементе уголовно-правовой нормы находиться не могут: они слишком различны для объединения в нем. Между тем такие взгляды объективно разрушают концепцию трехэлементности нормы права, ибо ее приверженцы не могут вычлениить и четко обособить каждую часть нормы.

Впрочем, представители критикуемого взгляда на структуру нормы уголовного права иногда опровергают сами себя. С одной стороны, по существу теряется гипотеза, когда утверждается, что она «в уголовно-правовой норме не приводится»¹⁶. С другой стороны, наоборот, теряются остальные элементы, когда заявляется, что гипотеза подразумевается в виде условия, «если лицо, обозначенное в диспозиции уголовно-правовой нормы, нарушает запрет, содержащийся в ней, и совершает то, что описано в диспозиции этой нормы..., то к нему будет применена санкция данной уголовно-правовой нормы»¹⁷.

вающие нормы в уголовном праве: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Казань. 2000. С. 11.

¹³ См.: Ушаков А. В. Норма, статья, состав преступления // Уголовно-правовые и процессуальные гарантии прав граждан / отв. ред. М. И. Суворов. Калинин. 1980. С. 26.

¹⁴ См.: Брайнин Я. М. Уголовный закон и его применение. С. 269–270; Полячек Ф. Состав преступления по чехословацкому уголовному праву. М., 1960. С. 41.

¹⁵ См.: Братусь С. Н. Спорные вопросы теории юридической ответственности // Советское государство и право. 1973. № 4. С. 32.

¹⁶ Курс уголовного права: в 5 т.: Общая часть / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М., 2002. Т. 1. С. 87.

¹⁷ Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон. С. 118. См. также: Курс советского уголовного права: в 6 т. / ред. колл. А. А. Пионтковский и др. М., 1970. Т. 1. С. 182.

Концепция двухэлементности любой нормы уголовного права иногда опорочивается по линии ее адресатов и функций. И тогда схема конструкции уголовно-правовой нормы представляется следующей: «при условиях, указанных в норме (гипотеза), запрещено совершать следующее действие (диспозиция) во избежание определенных нормой последствий (санкция) – таков позитивный аспект уголовно-правового регулирования; если же требование нормы нарушено (гипотеза), суду должно применить к виновному следующие меры (диспозиция) – таков второй (негативный) аспект уголовно-правовой нормы»¹⁸, говоря иначе, два элемента содержатся лишь в норме, обращенной к суду, тогда как в норме, обращенной к гражданам, их все-таки три. Правда, имеется мнение, что и негативный (ретроспективный) аспект нормы включает три элемента¹⁹.

Первое, что бросается в глаза при таком решении, – несогласованность адресатов позитивного и негативного аспекта уголовно-правового регулирования. Любой запрет, например не красть, не убивать, конечно же, распространяется не только на лиц, достигших определенного возраста; но уголовная санкция может быть наложена исключительно на них, что позволяет усомниться в единой правовой природе норм при изложенном подходе.

Помимо общих недостатков любой теории трехчленности структуры уголовно-правовой нормы, вышеотмеченная неоправданно включает в уголовное право в дополнение к охранительным еще и регулятивные нормы. Исходным моментом при этом является утверждение, что, «как и все иные отрасли..., уголовное право организует (регулирует) порядок общественных отношений, и в первую очередь порядок обычных, «нормальных» общественных отношений, а не только отношений, возникающих вследствие совершения преступлений»²⁰. Порой даже утверждается о производном, подчиненном характере

¹⁸ Прохоров В. С. Преступление и ответственность. Л., 1984. С. 83.

¹⁹ См.: Бойцов А. И. Действие уголовного закона во времени и пространстве. СПб., 1995. С. 23; Уголовный закон и преступление / под ред. Э. С. Тенчева. Иваново, 1997. С. 16; Кропачев Н. М. Уголовно-правовое регулирование: Механизм и система. СПб., 1999. С. 86.

²⁰ Прохоров В. С. Преступление и ответственность. С. 79.

охранительной, ретроспективной функции по отношению к регулятивной, позитивной²¹.

Однако приведенное мнение порождает целый ряд вопросов. Как же быть с тем, что обычные отношения уже урегулированы нормами соответствующих отраслей права или морали? Что нового дает уголовно-правовое регулирование? Есть ли у него собственно уголовно-правовое содержание? Чем объяснить положения ст. 2 УК, согласно которым для осуществления соответствующих задач Кодекс «определяет, какие опасные для личности, общества или государства деяния признаются преступлениями, и устанавливает виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений»? Почему, наконец, статьи Особенной части уголовного законодательства, строящиеся по указанной в упомянутой статье схеме, также умалчивают о регулировании охраняемых отношений? Все оказывается очень просто: требование применения ответственности за совершение определенных деяний как внешняя форма соответствующих норм якобы «есть лишь уголовно-правовое следствие нарушения уголовно-правового запрета, являющегося содержанием самой уголовно-правовой нормы»²², ибо «запрет обычно формулируется не как предписание («запрещено такое-то деяние»), а как описание запрещенного деяния и предписание применить за него определенное наказание»²³. Исток такого подхода можно найти уже в XIX веке, но единственным он никогда не был²⁴.

Раскрытие в ч. 1 ст. 14 УК понятия преступления через признак запрещенности Кодексом под угрозой наказания – вовсе не

²¹ См.: Бойцов А. И. Действие уголовного закона во времени и пространстве. С. 18–19; Кропачев Н. М. Уголовно-правовое регулирование... С. 75.

²² Прохоров В. С., Кропачев Н. М., Тарбагаев А. Н. Механизм уголовно-правового регулирования: норма, правоотношение, ответственность. Красноярск. 1989. С. 39.

²³ Лейст О. Э. Сущность права: Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 56.

²⁴ Ср.: Неклюдов Н. А. Общая часть уголовного права. СПб., 1875. С. 170; См. также: Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право: Часть Общая. СПб, 1900. С. 41–42; Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Т. 1. С. 24–25

свидетельство уголовно-правового характера самого запрета. Ведь вполне очевидно, что угроза наказания относится не к нему, а к его нарушению. Не случайно уголовный закон в действительности нигде и ничего не запрещает. Даже в упомянутой ст. 2 УК говорится, что Кодекс «определяет, какие опасные для личности, общества или государства деяния признаются преступлениями». Мало того, уже в ч. 2 ст. 14 УК вместо запрещенности Кодексом под угрозой наказания используется признак предусмотренности Кодексом. И в дальнейшем законодатель так поступает постоянно (ст. 15, 17, 24, 29, 34, 35 УК). В силу изложенного было бы предпочтительнее вернуться к апробированному в ст. 7 УК РСФСР и более удачному варианту обозначения формального признака понятия преступления.

Предложенная замена терминов вполне оправдана. В противном случае создается впечатление, что уголовно-правовые нормы являются нормами «в себе». Именно такой к ним подход привел к установлению в недавнем прошлом уголовной ответственности за добровольное мужеложство между совершеннолетними (ч. 1 ст. 121 УК РСФСР), выпуск недоброкачественной, нестандартной или некомплектной продукции (ст. 152), приписки и другие искажения отчетности о выполнении планов (ст. 152-1), потребление наркотических средств без назначения врача (ст. 224-3) и т. п. Многие современные шарахания с установлением и устранением уголовной ответственности за отдельные деяния свидетельствуют о том же.

На самом же деле, нормы уголовного права необходимы только для охраны норм других отраслей права или морали, когда собственного метода регулирования в соответствующих сферах общественной жизни оказывается недостаточно. Запреты более продуктивно видеть в конституционных нормах, нормах гражданского, семейного, трудового, других отраслей права, которые действительно регулируют обычное поведение людей, и в нормах морали (не убий, не укради и проч.).

Конечно, при совершении преступлений обязательно не соблюдаются запреты, т. е. нарушаются определенные нормы.

Вместе с тем это не уголовно-правовые нормы²⁵. Совершая общественно опасное деяние, преступник, наоборот, ведет себя в соответствии с положениями последних. Не случайно хотя во многих статьях Особенной части уголовного законодательства и используется термин «нарушение», но применительно к правилам, которые входят в предмет уголовно-правовой охраны, а не регулирования (ст. 143, 216–219, 246–249 и др. УК).

Так, в ст. 264 УК установлено нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств. В Правилах же дорожного движения, введенных в действие с 1 июля 1994 г., содержится множество запретов (п. 15.3, 16.1, 20.4, 22.8, 24.3 и др.), нарушение которых как раз и способно влечь ответственность по ст. 264 УК.

В ст. 307 УК отражены заведомо ложные показания, заключение или показание эксперта, показание специалиста или неправильный перевод. В ч. 6 ст. 56, ч. 4 ст. 57, ч. 4 ст. 59 УПК РФ предусмотрено, что участники уголовного судопроизводства не вправе давать заведомо ложные соответственно показания или заключения и неправильный перевод. Нарушения именно приведенных запретов влекут ответственность по ст. 307 УК.

Если в других отраслях права запретов не наблюдается, нарушаются запреты, установленные нормами морали. Аргумент против, заключающийся в том, что «любой регулятор поведения, будучи подкреплён санкцией государства, превращается в фрагмент права»²⁶, неубедителен. Природа морального запрета остается неизменной, ибо уголовно-правовая санкция предусматривается не за его соблюдение, а за нарушение.

Если отмеченное справедливо, нельзя не прийти к выводу о чисто охранительной природе норм уголовного права как норм, воздействующих лишь на конфликтное поведение людей, норм,

²⁵ См.: Томашевский Н. П. О структуре правовой нормы и классификации ее элементов // Вопросы общей теории советского права под ред. С. Н. Братуся. М., 1960. С. 218; Мотовиловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права. Воронеж, 1990. С. 27; Полный курс уголовного права / под ред. А. И. Коробеева. СПб., 2008. Т. 1. С. 200.

²⁶ Иванчин А. В. Законодательная техника в механизме уголовного правотворчества. Ярославль, 2009. С. 98.

в гипотезах которых содержится описание только преступлений. Причем следует согласиться с тем, что вряд ли правильно уголовно-правовые нормы разделять в зависимости от их адресованности тем или иным субъектам²⁷. В противном случае²⁸ санкция, адресованная суду, оказывается лишенной уголовно-правового содержания, что ведет к размыванию отраслевой принадлежности норм права и даже разрушению их системы²⁹, теоретическая значимость чего вызывает серьезные сомнения.

В любой гипотезе норм уголовного права описывается преступление. Каждая санкция содержит указания на уголовные субъективные права и юридические обязанности. Конечно, гипотеза описывает поведение преступника, а санкция – государства в лице его компетентных органов. В то же время оба элемента нормы уголовного права адресованы и тому и другому субъекту, ибо для определения соответствующих субъективных прав и юридических обязанностей государству нужно установить, имело ли место совершение предусмотренного в гипотезе преступления, в санкции же заложены субъективные права и юридические обязанности как государства, так и преступника.

Наконец, необходимо отметить, что включение в сферу уголовного права регулятивных и охранительных норм представляется следствием недопонимания соотношения последних. Уголовно-правовая норма проявляет свою охранительную природу исключительно при сопоставлении с защищаемой ею регулятивной нормой. Между тем по отношению к той норме, которая обеспечивает правильное применение нормы уголовного права, последняя выступает как охраняемая, регулятивная. Таковой уголовно-правовая норма является при сопоставлении с уголовно-процессуальными нормами, регулирующими проверку законности, обоснованности

²⁷ См.: Ушаков А. В. Норма, статья, состав преступления. С. 28.

²⁸ См.: Блум М. Структура нормы уголовного права // Вопросы уголовного права, уголовного процесса и криминалистики: Ученые записки Латвийского университета. Рига, 1968. Т. 93. С. 106; Болдырев Е. В., Галкин В. М., Лысков К. И. О структуре уголовно-правовой нормы // Проблемы совершенствования советского законодательства: Труды ВНИИСЗ. М., 1974. № 1. С. 146.

²⁹ См.: Лейст О. Э. К вопросу о структуре правовой нормы // Ученые записки ВИЮН. М., 1962. Вып. 15. С. 18.

и справедливости уголовно-правовых решений (ст. 382, 383 и др. УПК), ибо в соответствии с ранее изложенным нарушения нормы уголовного права могут заключаться лишь в неправильном применении гипотезы и (или) санкции³⁰. Отсюда, конечно же, было бы неверно признавать, что нормы уголовного права являются исключительно охранительными.

Однако из того, что охранительная норма немыслима без регулятивной, нельзя делать вывод, согласно которому «эти регулятивные нормы заключены в самом уголовном праве», иначе «трудно понять, каким образом уголовное право выполняет свою превентивную функцию»³¹. Как раз регулятивным-то нормам в уголовном праве делать и нечего. Кроме запретов, они собой представлять ничего не могут, а запреты, помимо прочего, носят общий характер, не в полном объеме корреспондирующий уголовному праву. Скажем, запрет «не укради» распространяется не только на субъектов преступления, но и на любых лиц, не только на деяние, совершенное при наличии вины, но и на невинное причинение вреда, не только на ущерб свыше одной тысячи рублей, но и до одной тысячи, составляющей размер мелкого хищения, ответственность за которое установлена административным законодательством. А предупредительную функцию уголовное право выполняет согласно ч. 2 ст. 2 УК за счет того, что «устанавливает основание и принципы уголовной ответственности, определяет, какие опасные для личности общества или государства деяния признаются преступлениями, и устанавливает виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений».

Иногда сопоставление регулятивной и охранительной нормы осуществляется неточно. Так, порой считается, что «норма ст. 144 УК (ст. 158 УК РФ. – Е. Б.) является охранительной по отношению к норме, закрепленной в ст. 92 ГК (ст. 209 ГК РФ. – Е. Б.). В

³⁰ Крашенинников Е. А. Охранительные и регулятивные нормы – относительно самостоятельные разновидности норм советского права // Процессуальные вопросы повышения эффективности правового регулирования социалистических общественных отношений / отв. ред. Э. А. Пушмин. Ярославль, 1981. С. 68.

³¹ Иванчин А. В. Законодательная техника в механизме уголовного правотворчества. С. 97.

случае нарушения этой охранительной нормы (лицо, осужденное за кражу к наказанию в виде лишения свободы, совершает побег из мест заключения) в действие вступает норма ст. 188 УК (ст. 313 УК РФ. – *Е. Б.*), которая обеспечивает исполнение ст. 144 УК. Совершенно очевидно, что норма, предусматривающая уголовную ответственность за кражу, выступает как охранительная только по отношению к норме ст. 92 ГК. В рамках же соотношения этой нормы с охраняющей ее нормой ст. 188 УК она функционирует уже в качестве регулятивной». Вместе с тем в приведенных суждениях не учитывается, что уголовное право, с одной стороны, регулирует не исполнение, но назначение наказания, с другой – вторгается в сферу исполнения наказания только тогда, когда необходимо внести соответствующие изменения в первоначально определенные субъективные права и юридические обязанности (ст. 79–83 УК). Регулирование порядка и условий исполнения наказаний – задача уголовно-исполнительного права (ст. 1 УИК РФ). При его нарушении вступает в действие ст. 313 УК, которая является охранительной не по отношению к ст. 158, а в сравнении с защищаемыми уголовно-исполнительными, регулятивными нормами.

Вычленение в структуре нормы уголовного права лишь гипотезы и санкции позволяет говорить о совершенстве строения статей Особенной части Уголовного кодекса. Законодатель нашел адекватную форму выражения содержания права. И она не случайна. Форму и содержание, несмотря на их различия, должны пронизывать единые закономерности. При противном подходе или закон будет формой иного содержания (не нормы права), или норма права – содержанием иной формы (не закона).

Таким образом, преимущество приведенного решения о структуре уголовно-правовой нормы в отличие от других является то, что оно не противопоставляет, а объединяет содержание и форму уголовного права. В то же время нужно видеть несовпадение гипотез и санкций норм уголовного права и статей Особенной части уголовного законодательства.

В гипотезе статьи указываются в отличие от гипотезы нормы далеко не все признаки преступления. Согласно ст. 14 УК пре-

ступление вообще – виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное Кодексом под угрозой наказания. Между тем признаки конкретного преступления определяются не только статьями Особенной части Уголовного кодекса, повторяющиеся даются в его Общей части (ст. 17–36 и др. УК).

В санкции статьи описываются наказания. В отличие от этого в санкции нормы обрисовываются все уголовные субъективные права и юридические обязанности, т. е. не связанные только с назначением наказания, но и с освобождением от уголовной ответственности или наказания. В конечном счете, исключительно в норме уголовного права, а никак не в статье уголовного законодательства имеется весь необходимый комплекс распространяющихся на конкретный случай нормативов.

Разумеется, теоретических баталий по поводу нормы уголовного права не остановить никакими аргументами. На любой из них при желании найдется контраргумент оппонента. Хотелось бы только, чтобы не возникало упреков о смешении уголовно-правовой нормы и уголовного закона³². Они могут быть обращены к обеим сторонам спора, ибо для прямого изучения доступен лишь Уголовный кодекс. Помимо него исследователю просто не на что опереться. А дальше надо понять, из чего черпается уголовное законодательство. Оно же не способно вырастать из ничего, появляться на голом месте. Значит, должны иметься какие-то закономерности общественной жизни, относящиеся к уголовно-правовому регулированию, коими и способны быть искомые нормы. Может быть, здесь найдется повод к примирению ярых противников?

³² См., например: Энциклопедия уголовного права / изд. проф. Малинина. СПб., 2005. Т. 2. С. 47.

Конструирование диспозиции уголовно-правовой нормы: особенности использования приемов законодательной техники

В теории права приёмы как элементы законодательной техники подразделяют на две группы в зависимости от: 1) степени обобщения конкретных показателей нормы; 2) способа изложения элементов нормы¹. Как правило, в первую группу включают два приёма – *абстрактный* и *казуистический*, во вторую три – *прямой*, *отсылочный (ссылочный)*, *бланкетный*.

При создании той или иной запрещающей уголовно-правовой нормы всегда возникает противоречие между необходимостью достаточно полного описания состава преступления в диспозиции и требованием лаконичности изложения, «экономии» закона. Отсюда возникает вопрос: насколько подробно должны быть прописаны в законе признаки того или иного элемента состава преступления, например предмет, способы или последствия совершения преступного деяния?

Казуистический, или *формальный*, приём заключается в том, что в диспозиции статьи даётся полный (по мнению законодателя) перечень видов возможного преступного поведения либо фактические обстоятельства даются путём указания на конкретные, индивидуальные признаки. *Абстрактный*, или *оценочный*, приём прямо противоположен казуистическому и состоит в том, что законодатель, для того чтобы описать все вероятные формы преступных посягательств, применяет абстрактные, обобщающие формулы. Это позволяет достигнуть большей полноты закона и сократить объём нормативного материала.

М. Д. Шаргородский указывал, что выбор приёма конструирования диспозиций зависит от решения задачи, непосредственно связанной с широтой, которую законодатель хочет предоставить судейскому усмотрению². Аналогичную точку зрения ранее высказывал известный

¹ См., например: Бабаев В. К., Баранов В. М., Толстик В. А. Теория государства в схемах и определениях: учеб. пособие. М., 1999. С. 85; Алексеев С. С. Проблемы теории права: курс лекций: в 2 т. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 148–149.

² См.: Шаргородский М. Д. Советский уголовный закон. М., 1948. С. 61.

русский правовед Л. Е. Владимиров, который отмечал, что уголовный закон, дающий широкий предел судебной власти в применении законов, является весьма опасным орудием, могущим причинить много бед³. Отсюда на первый взгляд представляется, что в законодательной технике более приемлемым является казуистический приём, так как формализованное изложение диспозиций статей уголовного закона практически исключает возможность судейского усмотрения. Именно казуистическая форма построения уголовно-правовых норм наиболее широко применялась в законодательстве рабовладельческого, феодального и раннего буржуазного общества. Развитие общества, усложнение форм криминального поведения человека объективно привело к отказу от использования в законотворческой деятельности исключительно казуистических диспозиций⁴.

Казуистичность норм закона, полагает Н. Ф. Кузнецова, является значительным их недостатком. По ее мнению, она характерна для неразвитых систем права, например феодального. Избыточными с точки зрения языка следует рассматривать все нормы, содержащие казуистический перечень тех или иных лиц (предметов, действий, последствий) и заканчивающиеся оборотом «иные». Эта форма построения норм является неприемлемой вследствие нулевой семантической ценности⁵.

Абсолютно ясно, что применение в законотворческой деятельности только казуистического приёма не соответствует современным требованиям, предъявляемым к форме и содержанию закона. *Во-первых*, такой приём законодательной техники ведёт к значительному увеличению объёма нормативных правовых положений, что противоречит принципу экономии законодательного материала. *Во-вторых*, даже тщательная формализация диспозиции не даёт полной уверенности, что все виды криминального поведения закреплены в законе. *В-третьих*, постоянная динамика и трансформация общественных отношений, неизбежно ведущие к появлению новых видов общественно опасных посягательств, не запрещённых законом, потребует регулярного внесения в уголовное законодательство различных изменений и дополнений.

Абстрактному приёму также присущи некоторые недостатки. Диспозиции, выраженные только в оценочных, абстрактных фор-

³ См.: Владимиров Л. Е. Правовое творчество. М., 1905. С. 29.

⁴ См. об этом подробнее: Семёнов И. А. Законодательная техника в уголовном правотворчестве. Тюмень, 1998. С. 121–122.

⁵ См.: Кузнецова Н. Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / Науч. ред. В. Н. Кудрявцев. М., 2007. С. 126.

мулах, дают значительный простор для следственного и судебного усмотрения, что, несомненно, может привести к нарушению конституционных принципов охраны прав личности. В этой связи, справедливо указывает М. И. Ковалёв, «излишне оценочная норма не менее вредна, чем излишне формализованная, так как она практически очерчивает лишь контур преступного деяния, оставляя на совести судьи определение его действительного содержания... «Оценочность», если она понимается однобоко, может привести к преобладанию изменчивости, к свободе случая и игре обстоятельств над личностью»⁶. Повышение уровня абстрактности при описании запрещенных форм поведения ведет к расширению сферы преступного, создает возможность правоприменительным органам, фактически отстранив законодателя, толковать закон по своему усмотрению. Нормы, сформулированные с преобладанием абстрактных диспозиций, неизбежно порождают необходимость в актах толкования с детализированными и конкретизирующими положениями. Несомненно, что использование того или иного приема изложения закона зависит от степени изменчивости и подвижности общественных отношений. Стабильным правоотношениям больше соответствуют казуальные нормативные положения, нестабильные, изменяющиеся правоотношения требуют обобщенных, абстрактных формулировок. Свойство казуистичной, описательной нормы состоит в том, что она может устареть быстрее, чем абстрактная норма, которая обладает способностью к адаптации за счет своей обобщенности, аморфности⁷.

Отсюда очевидно, что и *формальный*, и *абстрактный* метод в отдельности имеют наряду с положительными моментами и определённые изъяны, которые необходимо учитывать при конструировании уголовно-правовой нормы. Следует также согласиться с предложениями учёных-правоведов о том, что искать оптимальный механизм нормативного конструирования в некоторых случаях необходимо посередине, на стыке двух отмеченных приёмов, в русле использования *формально-оценочного* приёма. Так, М. И. Ковалёв указывает, что «норма уголовного права только тогда является полной, когда в ней правильно сочетаются элементы формализма и оценки»⁸. П. И. Люблинский называет формально-оценочный приём

⁶ Ковалёв М. И. Советское уголовное право: Курс лекций. Свердловск, 1974. Вып. 2. С. 62–63.

⁷ См.: Панько К. К. Методология и теория законодательной техники уголовного права России. Воронеж, 2004. С. 126–127.

⁸ Ковалёв М. И. Указ. соч. С. 62–63.

наиболее конструктивным, определяющим все существенные признаки преступления⁹.

Соотношение формальных и оценочных признаков либо использование одного из рассматриваемых приёмов при законодательном конструировании уголовно-правовой нормы прежде всего зависит от особенностей потерпевшего лица, правового положения субъекта, характера объективной стороны состава преступления и т. д. и должно подчиняться определённым правилам. Так, в статьях с диспозицией, предусматривающей многообразные и сложные действия, объективная сторона, как правило, выражается либо открытым примерным перечнем действий, который заканчивается словами «или иные действия», «или иным способом» и т. п., либо оценочным, абстрактным понятием, вбирающим в себя все варианты преступного поведения лица - «незаконное использование», «уклонение», «неправомерное завладение», «нарушение правил». Особенно это характерно для бланкетных диспозиций, которые корреспондируют с объёмным массивным законодательством (экологическим, налоговым, бюджетным и т. п.), предусматривающим юридическую ответственность за десятки или даже сотни видов противоправных деяний субъекта. При этом преступное поведение от непроступного отграничивается в одних случаях криминообразующим порогом, который выражен в конкретных денежных суммах, предусмотренных в примечании конкретной статьи УК, в других - тяжестью причиненного здоровью вреда (ст. 263, 264 УК).

Полагаем, что в законодательной регламентации объективной стороны многих преступлений, закреплённых в УК (ст. 141¹, 142¹, 169, 178, 189, 246 и др.), необходимо *отказаться от упоминания конкретных способов* их совершения и ориентироваться в этом случае на объём и характер последствий, содержание вины деяния и закрепление форм противоправного поведения в отраслевом законодательстве. Указание в диспозициях некоторых норм УК определённых способов противоправного поведения, особенно при наличии открытого перечня таких способов, выглядит не вполне оправданно, если не сказать бессмысленно. Это особенно актуально в такое время, когда динамика экономических, политических и социальных изменений в стране порождает всё новые и новые формы преступного поведения субъектов.

⁹ См.: Люблинский П. И. Техника, толкование и казуистика уголовного закона // Записки юрид. факультета Петроградского ун-та. Вып. 5. СПб., 1917. С. 23.

Отметим, что, к примеру, в главе 22 УК законодатель в большинстве случаев установления уголовной ответственности за уклонение от какой-либо обязанности (от уплаты таможенных платежей, от погашения кредиторской задолженности, от обязательной сдачи на аффинаж или обязательной продажи государству драгоценных металлов или драгоценных камней) *не включает в описание объективной стороны преступления конкретный способ такого уклонения*. Аналогичные конструкции диспозиций статей применяются и в других главах УК (например, в ст. 157, 286¹, 287, 314, 328 и др.).

Напомним, что в качестве элемента состава преступления способ может осуществлять следующие функции:

1) служить конструктивным элементом состава, ограничивающим преступное поведение от непроступного; например, принуждение к изъятию органов или тканей человека для трансплантации становится преступлением, предусмотренным ч. 1 ст. 120 УК, только если указанное деяние совершено с применением насилия либо угрозой его применения;

2) выполнять роль признака, по которому одно преступление по характеру и степени общественной опасности отличается от другого; например, тайный и открытый способ хищения отличает кражу (ст. 158 УК) от грабежа (ст. 161 УК);

3) служить квалифицирующим признаком состава¹⁰.

Заметим, что в отечественной юридической литературе иногда указывается и на *обязательность* закрепления в диспозициях с открытым перечнем некоторых формальных признаков для ориентации правоприменителя в толковании и применении уголовно-правовой нормы¹¹. Согласимся, что такой вариант приемлем: 1) в ситуации, когда диспозиция статьи не является бланкетной (отсылочной) и не связана с иной нормативной базой, 2) в случае, если иные способы (действия) связаны с уже описанными в законе деяниями каким-либо общим ориентирующим признаком, позволяющим ограничить и конкретизировать возможный объём таких действий: «иные насильственные действия» – ст. 117 УК, «иные действия сексуального характера» – ст. 132 УК.

Бланкетная диспозиция уголовно-правовой нормы характеризуется законодательной отсылкой к другим отраслям права. Такая конструкция статей УК неизбежна и необходима для охвата тех или иных меняющихся по опасности элементов составов преступлений.

¹⁰ См.: Уголовное право России. Часть Общая / под ред. Л. Л. Кругликова. М., 2004. С. 166.

¹¹ См.: Семёнов И. А. Указ. соч. С. 123–124.

Значение существования бланкетных диспозиций состоит, *во-первых*, в *экономии* законодательного материала в статьях уголовного закона; *во-вторых*, в обеспечении *гибкости* и *подвижности* уголовного. Текст бланкетной диспозиции нормы УК может оставаться стабильным достаточно долго, а содержание меняться в связи с изменением корреспондирующих норм иных отраслей права. Еще П. И. Люблинский отмечал, что «бланкетные диспозиции, не содержащие в себе указания видов воспрещаемого поведения, а отсылающие к каким-либо другим узаконениям и правилам, не содержащимся в уголовных законах, удобны в том отношении, что они делают уголовно-правовые нормы гибкими и устойчивыми»¹².

Бланкетная диспозиция предполагает не просто интерпретацию и использование закрепленных в ней признаков, но и уяснение и применение положений нормативных актов других отраслей права. Без этого невозможно установить в полном объеме признаки объективной стороны данного состава преступления. Типичными «бланкетными» нормами уголовного закона являются, к примеру, ст. 143, 195, 198, 199, 199¹, 216, 243, 264, ст. 286¹ и др. Так, в статье 286¹ УК устанавливается уголовная ответственность за умышленное неисполнение сотрудником органа внутренних дел приказа начальника, отданного в установленном порядке и не противоречащего закону, причинившее существенный вред правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства. Немыслимой, к примеру, представляется ситуация, при которой Постановление ВС РФ от 23.12.1992 № 4202-1 (ред. от 22.07.2010) «Об утверждении Положения о службе в органах внутренних дел Российской Федерации и текста Присяги сотрудника органов внутренних дел Российской Федерации»¹³ было бы отменено, а ст. 286¹ УК продолжала бы применяться.

Действительно, в ситуации, когда корреспондирующие положения отраслевого законодательства перестают действовать, невозможно применять и уголовно-правовую норму с бланкетной диспозицией. В этом случае в зависимости от характера и степени общественной опасности уголовная ответственность либо вообще *исключается*, либо *может применяться другая (общая) норма* уголовного закона. Так, отмена каких-либо правил, связанных с соблюдением техники безопасности на предприятиях, строительных и иных объектах, железнодорожном, водном, воздушном транспорте,

¹² Люблинский П. И. Указ. соч. С. 21.

¹³ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 2, 14 янв. Ст. 70.

может исключить ответственность лица, причинившего по неосторожности смерть или тяжкий вред по ст. 143, 216, 263 УК, но в этом случае допустимо применение ст. 109 или 118 УК.

Напротив, если в России будут пересмотрены установленные в Федеральном законе от 26.03.1998 № 41-ФЗ «О драгоценных металлах и драгоценных камнях»¹⁴ правовые основы регулирования отношений, возникающих в области геологического изучения и разведки месторождений драгоценных металлов и драгоценных камней, их добычи, производства, использования и обращения (гражданского оборота) и, к примеру, отменена государственная монополия на перечисленные выше действия, невозможно будет привлекать к уголовной ответственности за уклонение от обязательной сдачи на аффинаж или обязательной продажи государству добытых из недр, полученных из вторичного сырья, а также поднятых и найденных драгоценных металлов или драгоценных камней, совершенное в крупном размере (ст. 192 УК Нарушение правил сдачи государству драгоценных металлов и драгоценных камней).

Нужно ли в этом случае обязательное последующее исключение ответственности за подобные деяния из уголовного закона. Однозначного ответа на этот вопрос нет. Интересная ситуация сложилась в этом смысле со ст. 193 УК, предусматривающей ответственность за невозвращение из-за границы средств в иностранной валюте. Так, резиденты внешнеэкономической деятельности, согласно Инструкция ЦБР от 30 марта 2004 г. № 111-И «Об обязательной продаже части валютной выручки на внутреннем валютном рынке Российской Федерации»¹⁵, вообще не осуществляют обязательные продажи валютной выручки (п. 1.2 Инструкции), что естественно в условиях, когда отпала экономическая необходимость в такой продаже, а в стране создаются предпосылки для полной конвертируемости рубля. Эти изменения лишают смысла существование анализируемой нормы, поскольку деяние, описанное в ней, ранее предпринималось как раз и в основном для того, чтобы избежать установленной в законе обязательной продажи валютной выручки.

Однако, если неблагоприятная экономическая ситуация в той или иной форме будет повторяться, необходимость в продаже хозяй-

¹⁴ СЗ РФ. 1998. № 13. Ст. 1463.

¹⁵ Инструкция ЦБР от 30 марта 2004 г. № 111-И «Об обязательной продаже части валютной выручки на внутреннем валютном рынке Российской Федерации» // Нормативные акты по банковской деятельности. 2004. № 8.

ствующими субъектами определенной части валютной выручки может быть опять закреплена в финансовом законодательстве. Учитывая это, целесообразнее будет нахождение ст. 193 в УК, так сказать, в «спящем» состоянии.

В Общей части УК на 1 января 2011 г. норм с бланкетной диспозицией не более десяти. В Особенной части на них приходится не менее 65% статей. И процесс «бланкетизации» уголовного закона, как указывает Н. Ф. Кузнецова, все более интенсифицируется по мере развития системы законодательства, отражающей усложнение регулируемых общественных отношений. Прочно наметившаяся такая тенденция формулирования и закрепления норм различных отраслей права в кодексах весьма положительна. Она, несомненно, намного облегчает и упрощает процесс квалификации преступлений по бланкетным уголовно-правовым нормам, исходя из достаточно четко кодифицированных кодексов Гражданского, Административного, Таможенного, Бюджетного, Налогового, Земельного, Семейного и др.¹⁶.

¹⁶ См.: Кузнецова Н. Ф. Указ. соч. С. 156.

Структура уголовно-правовой нормы и место в ней состава преступления

В любой отрасли российской правовой науки и в теории права в целом вопрос о структуре нормы права по праву принадлежит к числу наиболее дискуссионных. Выход пятнадцатого – профильного – выпуска Юридических записок ЯрГУ, вне всякого сомнения, подтвердит сей факт. Сразу же признаемся, что мы далеки от мысли о возможности примирения сторон этой затянувшейся дискуссии. В то же время мы убеждены, что без четкого авторского представления о правовой норме и ее структуре проблематично проводить серьезные научные исследования, направленные на совершенствование уголовного закона и практики его применения.

Первым делом отметим, что речь идет о норме уголовного права (т. е. содержании уголовного права), а не о статье уголовного закона (т. е. форме уголовного права). «Если статья является конструктивным элементом закона, – справедливо замечает Н. А. Лопашенко, – то норма – конструктивный элемент уголовного права, содержащий в себе обязательное правило поведения. Соотношение статьи уголовного закона и уголовно-правовой нормы можно определить как соотношение содержания и формы»¹. Со статьями УК и их структурой вроде бы все понятно, поскольку мы непосредственно наблюдаем их при ознакомлении с текстом Кодекса. Например, статьи Особенной части УК состоят из диспозиции и санкции, т. е. имеют двухэлементную структуру. Этот момент зачастую упускается из виду, когда речь идет о строении нормы, а акцент делается на строении статей нормативных актов. Правовые нормы – это правила поведения, а статьи закона – лишь форма их выражения. И из соображений законодательной техники фактически

¹ Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно-правовая политика. СПб., 2004. С. 121–122.

ни одна статья Особенной части УК не содержит в себе всей правовой нормы. Многие положения уголовно-правовой нормы «вынесены за скобки» в Общую часть (например, о действии уголовного закона во времени и в пространстве, признаках субъекта преступления, формах и видах вины), многие изложены ссылочным способом (например, в ст. 112 УК сделана ссылка на ст. 111) и т. д.

Отсюда представляется довольно условным распространенное выделение норм Общей и Особенной части². «По общему правилу, – обоснованно отмечал Н. Д. Дурманов, – норма уголовного права предполагает сочетание конкретного юридического положения Особенной части и множества нормативных положений Общей части»³.

Итак, речь идет о структуре *нормы уголовного права*, а не статьи уголовного закона. Обращаясь к сложившейся в доктрине дискуссии и оставляя в стороне крайние позиции⁴, находим здесь два основных взгляда на структуру уголовно-правовой нормы: 1) «если – то – иначе» (трехэлементная формула: гипотеза – диспозиция – санкция) и 2) «если – то» (двухэлементная формула: гипотеза-диспозиция). Общепринято под гипотезой понимать элемент нормы, в котором обозначены условия действия диспозиции, под диспозицией – элемент, определяющий содержание правила поведения (т. е. права и обязанности участников отношений), а под санкцией – последствия нарушения прав или неисполнения обязанностей, названных в диспозиции (меры ответственности, применяемые при несоблюдении диспозиции)⁵.

² См., напр.: Поройко М. С. Обязывающие и управомочивающие нормы в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2000. С. 19.

³ Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон. М., 1967. С. 110.

⁴ К примеру, Г. А. Петрова в структуре уголовно-правовой нормы усмотрела 4 элемента: 1) гипотезу, 2) субъектов уголовно-правового отношения, 3) диспозицию и 4) санкцию (см.: Петрова Г. О. Норма и правоотношение – средства уголовно-правового регулирования (теоретический аспект): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 1999. С. 20–21).

⁵ См.: Алексеев С. С. Общая теория права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 305.

Первый из приведенных взглядов (о трехэлементности нормы) является господствующим. «Структура уголовно-правовой нормы ничем не отличается от структуры иных норм советского права, – отмечали В. С. Прохоров, Н. М. Кропачев, А. Н. Тарбагаев, – т. е. уголовно-правовая норма имеет и диспозицию, и гипотезу, и санкцию»⁶. Т. В. Кленова в унисон им заявляет, что только трехэлементная структура правовой нормы (гипотеза, диспозиция, санкция) позволяет говорить о самостоятельном характере этой нормы⁷. «При отсутствии хотя бы одной из трех указанных составных частей структуры, – развивает она свою мысль, – все сообщаемое в норме правило теряет логическую осмысленность и целостность, и механизм правового регулирования оказывается не обеспеченным нормой»⁸. Эта позиция «с легкой руки» С. С. Алексеева получила наименование концепции логической нормы права⁹. Вот как примерно выглядит конкретная норма в понимании сторонников ее трезвенности («примерно», так как имеется разброс мнений относительно содержания гипотезы и диспозиции): на территории РФ или за ее пределами с учетом иных условий, установленных уголовным законом (гипотеза), физическому, вменяемому лицу, достигшему возраста 14 лет запрещается совершать убийство, характеризующееся... (диспозиция), иначе к нему применяется наказание в виде... (санкция).

Вместе с тем, по нашему мнению, именно логики данной концепции и недостает. Дело в том, что реализация нормы права не обязательно сопряжена с актуализацией санкции. Если гражданин соблюдает содержащийся в диспозиции уголовно-правовой нормы запрет совершения какого-либо преступления, то применяются лишь два первых элемента нормы, а третий (санкция) остается невостребованным. Такое положение вступает в проти-

⁶ Прохоров В. С., Кропачев Н. М., Тарбагаев А. Н. Механизм уголовно-правового регулирования: норма, правоотношение, ответственность. Красноярск, 1989. С. 41. Аналогичный подход см.: Тулиглов М. А. Структура уголовно-правовой нормы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2006. С. 6–7.

⁷ См. Кленова Т. В. Основы теории кодификации уголовно-правовых норм. Самара, 2001. С. 161.

⁸ Там же.

⁹ См.: Алексеев С. С. Указ. соч. С. 295.

воречие с элементарной логикой, поскольку реализация нормы права должна означать и актуализацию всех ее частей, т. е. не только гипотезы и диспозиции, но и санкции. Отсюда следует вывод, что и два первых элемента правовой нормы – гипотеза и диспозиция – образуют в единстве самостоятельный регулятор поведения.

Добавляет сомнений в истинности господствующего воззрения на структуру правовой нормы также попытка ответить на вопрос, какой факт вызывает применение санкции? С позиции сторонников трехэлементности правовой нормы, в ее содержание «входят предписания, определяющие применение мер уголовного наказания к лицу, нарушившему запрет совершения преступления»¹⁰. Таким образом, получается, что основанием применения санкции является уже совершенно новый юридический факт – *нарушение запрета*. Новый – потому что диспозиция рассчитана на соблюдение запрета. Более того, санкция указывает на новые права и обязанности, в том числе на обязанность нарушителя *подвергнуться принуждению*. Новые – потому что в диспозиции говорится об обязанности соблюдать запрет и соответственно о праве *не быть подвергнутым принуждению*. Интересно, как эти диаметрально противоположные явления могут уживаться в рамках *одной* правовой нормы?

Противоречие разрешается просто: санкция не может быть третьим элементом правовой нормы, поскольку содержит в себе совершенно новое правило поведения, отличное от закрепленного в диспозиции якобы этой же нормы¹¹. Рассуждая сходным образом (благо, противоречие видно с разных сторон), некоторые ученые (С. В. Курылев, Н. П. Томашевский, Е. В. Благов, Е. Я. Мотовиловкер, Г. П. Новоселов и др.) иначе взглянули на структуру нормы права. В их работах обоснованно, на наш взгляд, отмечается, что норма двухэлементна и состоит из гипотезы и диспозиции. А то, что обычно называют санкцией, есть диспозиция особого вида правовой нормы, чья гипотеза всегда указывает на

¹⁰ Кленова Т. В. Указ. соч. С. 170–171.

¹¹ См.: Благов Е. В. Норма уголовного права: структурный аспект // Категориальный аппарат уголовного права и процесса. Ярославль, 1993. С. 92.

факт правонарушения либо на обстоятельства, препятствующие реализации первичных юридических прав и обязанностей¹². Этот вид нормы получил наименование охранительной.

В итоге в рамках данной позиции было обосновано существование двух видов норм – регулятивных и охранительных¹³. Регулятивными являются те нормы, которые рассчитаны на правомерное поведение адресатов уголовного закона. Охранительные же нормы устанавливают правовые последствия правонарушений или других обстоятельств, препятствующих осуществлению регулятивных норм¹⁴.

Заметим, что данное воззрение на правовую норму имеет гораздо больше оснований именоваться логическим, нежели так называемая концепция логической (трехэлементной) нормы. Убедительны в этом плане рассуждения Е. Я. Мотовиловкера: «Структура – это не просто конгломерат элементов, но способ связи, образующий некую целостность. Поэтому рассматриваемый тезис (о трехзвенности нормы. – А. И.) можно принять, если убедиться, что логические отношения гипотезы, диспозиции и санкции представляют структурное единство. Однако ни гипотеза, ни диспозиция логически непосредственно с санкцией не связаны: гипотеза – потому что она есть условие, влекущее диспозицию; диспозиция – потому что она как структурное образование является правовым последствием, заканчивающим нормативное предписание. Диспозиция сама по себе логически не способна

¹² См.: Курьлев С. В. О структуре юридической нормы // Труды Иркутск. гос. ун-та. Т. 27, вып. 4. Иркутск, 1958. С. 172–189; Томашевский Н. П. О структуре правовой нормы и классификации ее элементов // Вопросы общей теории советского права. М., 1960. С. 27–33. Добавим, что эта точка зрения господствовала до революции (см., в частности: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1909. С. 125; Люблинский П. И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. М., 2004. С. 29; Спасович В. Учебник уголовного права. СПб., 1863. Вып. 1. С. 68).

¹³ Эта терминология имеет некоторую условность, которая не должна смущать: разумеется, и регулятивные, и охранительные нормы выступают *регуляторами* поведения: первые – правомерного, вторые – связанного с фактом правонарушения.

¹⁴ См.: Курьлев С. В. О структуре юридической нормы. С. 186; Алексеев С. С. Общая теория права. М., 2008. С. 305.

вызвать санкцию. Таким образом, санкция в компании с гипотезой и диспозицией остается без своего логического основания. Выходит, что концепция трехчленности юридической нормы не в состоянии выразить правовую норму как структурное образование, как способ связи определенных элементов, ибо ее модель структуры нормы содержит в себе логический пробел в отношении «диспозиция-санкция»¹⁵.

Суммируя изложенное, подчеркнем: уголовно-правовая норма (как и любая юридическая норма) состоит из двух элементов – гипотезы и диспозиции и строится по формуле «если – то». При этом в уголовном праве существует два вида корреспондирующих друг другу норм – регулятивные и охранительные. Диспозиция охранительных норм традиционно именуется санкцией. Конкретная регулятивная норма при таком подходе выглядит следующим образом (на примере нормы об убийстве): на территории РФ или за ее пределами с учетом иных условий, установленных уголовным законом (гипотеза), физическому, вменяемому лицу, достигшему возраста 14 лет, запрещается совершать убийство, характеризующееся... (диспозиция). Ей корреспондирует охранительная норма: если физическое, вменяемое лицо, достигшее возраста 14 лет, совершило убийство, характеризующееся... (гипотеза), к нему применяется наказание в виде... (санкция). Отметим, что в тексте УК (форма уголовного права) прямо выражена лишь вторая (охранительная) норма.

Это послужило основанием следующего постулата большинства сторонников концепции двухэлементной структуры нормы, с которым мы категорически не согласны: «Особенность этой отрасли права (уголовной. – А. И.) заключается в том, что она состоит из норм, которые содержат в гипотезе преступление и, следовательно, являются охранительными»¹⁶. Регулятивные же нормы входят якобы в содержание других отраслей права. Так

¹⁵ Мотовиловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права. Воронеж, 1990. С. 7.

¹⁶ Мотовиловкер Е. Я. Норма, отношение и ответственность в уголовном праве // Уголовная ответственность: проблемы содержания, установления, реализации. Воронеж, 1989. С. 35. То же мнение см.: Благоев Е. В. Норма уголовного права: структурный аспект. С. 96.

ставится под сомнение существование в содержании уголовного права *запрета* совершать преступления.

На первый взгляд будто бы все правильно. Действительно, запрещающей может быть лишь регулятивная норма права. Поскольку уголовное право состоит из охранительных норм, запрещающие (регулятивные) должны находиться в других отраслях права. «Подобно тому, как кража, грабеж, повреждение личного имущества граждан входят в класс явлений, охватываемый понятием «посягательство на право личной собственности», – пишет Е. Я. Мотовиловкер, – запреты красть, грабить, повреждать личное имущество уже содержатся в запрете препятствовать собственнику осуществлять правомочия владения, пользования и распоряжения имуществом в пределах, установленных законом (ст. 92 ГК РСФСР)»¹⁷.

Однако данная позиция, по нашему мнению, лишь внешне логична. Представляется, что каждой охранительной уголовно-правовой норме (содержащей в гипотезе преступление) корреспондирует также *уголовно-правовая, но регулятивная норма, запрещающая это преступление совершать (либо обязывающая совершить какое-либо деяние)*.

Аргументируем тезис. Если признать, что нормы уголовного права являются исключительно охранительными, то возникает неразрешимый при таком подходе вопрос. А именно: в какой, кроме уголовной, отрасли права содержится ряд регулятивных (запрещающих и обязывающих) норм, которым корреспондируют уголовно-правовые? Например, какая отрасль запрещает заранее не обещанное укрывательство особо тяжких преступлений (ст. 316 УК)? Или: какая правовая отрасль обязывает лицо оказать помощь человеку, если оно само поставило его в опасное для жизни или здоровья состояние (ст. 125 УК)? Или же: какая отрасль права запрещает создавать условия для совершения преступления (приготовление к преступлению)? Ответ: никакая, если не считать уголовного права. В то же время ясно, что, соблюдая указанный запрет или исполняя соответствующую обязанность, лицо актуализирует именно регулятивные правовые нормы (ведь

¹⁷ Мотовиловкер Е. Я. Норма, отношение и ответственность в уголовном праве. С. 37–38.

существование этих норм не ставится под сомнение). Охранительная норма потому и называется так, что охраняет регулятивную. Иначе говоря, охранительная норма немыслима без регулятивной. Таким образом, с очевидностью следует вывод, что эти регулятивные нормы заключены в самом уголовном праве¹⁸.

Видимо, приверженцы критикуемого нами подхода предугадали вышеприведенный аргумент. Иначе как тогда объяснить их утверждение о том, что уголовно-правовая норма иногда охраняет и нормы морали¹⁹. Представляется, однако, что любой регулятор поведения, будучи подкрепленным санкцией государства, превращается во фрагмент права. Главное отличие нравственных норм от норм права в том и состоит, что первые подкреплены силой общественного порицания, а вторые – мерами государственного принуждения. Поэтому вполне обоснованным представляется определение законодателем преступления как *запрещенного* уголовным законом деяния (ч. 1 ст. 14 УК РФ). Заметим попутно, что в ч. 1 ст. 14 УК слово «запрещенный» употреблено в широком смысле. Оно охватывает запреты пассивного поведения. Например, оставления человека в опасном состоянии (ст. 125 УК) – суть обязанности и собственно запреты – запреты активного поведения.

Ученые, усматривающие в уголовном праве только охранительные нормы, ориентируются исключительно на внешнюю форму уголовного права – статьи Особенной части УК. В этих

¹⁸ Мы не отрицаем, что и в других отраслях права также содержатся запреты, например, не нарушать права собственника. Но в том и состоит суть уголовного права, что *оно выделяет из всех нарушений прав собственника наиболее опасные и само их запрещает, конкретизируя общий гражданско-правовой запрет*. Эта конкретизация и есть создание новой уголовно-правовой нормы, регулятивной по своей природе. При ином подходе трудно понять, каким образом уголовное право выполняет свою превентивную функцию.

¹⁹ «Запреты более продуктивно видеть в нормах гражданского, семейного, трудового и других отраслей права, которые действительно регулируют обычное поведение людей, а также в нормах морали (не убей, не укради и проч.)», – пишет, к примеру, Е. В. Благов (Благов Е. В. Указ. соч. С. 96). Данное мнение разделяет и Г. П. Новоселов (см.: Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления: Методологические аспекты. М., 2001. С. 168–169).

статьях из соображений законодательной техники прямо выражена лишь формула охранительной уголовно-правовой нормы. Данный прием напоминает энтимему, из которой легко восстанавливаема регулятивная уголовно-правовая композиция. Энтимема (в пер. с греческого – «в уме») представляет собой силлогизм, в котором подразумевается, а не высказывается одна из его частей (посылка или заключение)²⁰. То есть в статьях Особенной части эта норма содержится, но выражена в скрытом виде.

Данный момент хорошо объяснил еще Иеремиа Бентам: «Сказать судье: «Вели повесить всякого, кто должным образом по закону будет уличен в воровстве», – значит, хотя и не прямым, но все-таки столь же понятным образом, внушить людям вообще, что они не должны воровать, как сказать им прямо: «Не воруйте»; и легко видеть, насколько вероятнее, что первый способ будет более действителен»²¹. Далее он описал формы, «*которыми может одинаково быть выражено повеление, запрещающее воровство*» (курсив наш. – А. И.)²². Среди них характерные: «Кто ворует, тот будет наказан так и так», «Воровство есть то, когда человек делает так и так; наказание за воровство бывает такое и такое»²³.

Таким образом, в ходе формирования уголовного законодательства, запрещая совершение определенных деяний и подкрепляя запреты наказаниями, правотворец прямо выражает в статье Особенной части гипотезу и санкцию охранительной уголовно-правовой нормы. Этого вполне достаточно для понимания адресатом того факта, что уголовный закон не только наказывает за совершение преступлений, но и запрещает их. Впрочем, прием «редуцированного» выражения уголовно-правовых норм законодатель освоил не сразу. Так, в Артикуле Воинском Петра I еще встречаются «развернутые» веления. Артикул 13, к примеру, гласит: «Всем офицерам и рядовым надлежит священников любить и почитать. И никто да не дерзает оным как словом, так и делом досаду чинить, и презирать, и ругаться. А кто против того по-

²⁰ См.: Бойко А. П. Логика. М., 1994. С. 52.

²¹ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. С. 396.

²² Там же. С. 399.

²³ Там же.

грешит, имеет по изобретению его преступления вдвое так, как бы то над простолюдином (над другим) учинил, наказан быть»²⁴.

Теоретически в УК РФ можно было текстуально выразить и регулятивные, и охранительные нормы. Например, регулятивную норму, запрещающую убийство и норму, ее охраняющую. Но из-за таких «спаренных» предписаний объем уголовного закона заметно бы увеличился, Кодекс превратился бы в огромный «гроссбух». Ясно поэтому, что такой прием крайне неудовлетворителен в техническом отношении, поскольку не обеспечивает экономию нормативного материала. Технически более совершенна передача *этого же содержания* иным способом: прямое выражение в Особенной части УК охранительных предписаний (их «ядра») и закрепление в Общей части Кодекса указания на запрещенность преступлений, например, в статьях о задачах уголовного закона, понятии преступления и т. д. Эти статьи являются ссылочными по своей сути, т. е. они показывают, что уголовный закон запрещает деяния, указанные в Особенной части.

Поэтому современный законодатель обоснованно и пошел по такому естественному пути – пути, по форме краткому и столь же понятному. Исходя из этого, подчеркнем еще раз, что крайне важно и правильно указание в ч. 1 ст. 14 УК на *запрещенность* преступлений. Указание на запрет способствует выполнению превентивной функции уголовного права. «Уголовно-правовой запрет самим своим существованием предполагает предупреждение преступных посягательств на охраняемые им общественные отношения»²⁵.

Таким образом, процесс создания регулятивной нормы имеет ныне «усеченный» характер. Законодатель в ходе правотворчества ориентируется на композицию охранительной нормы, описывая преступление (его специфические признаки) в статьях Особенной части. Путем указания на его запрещенность в Общей части происходит «рождение» и корреспондирующей ей регулятивной нормы.

Добавим также, что вряд ли правильно сужать круг уголовно-правовых норм до регулятивных и охранительных, равно как и до

²⁴ Законодательство Петра I / отв. ред. А. А. Преображенский, Т. Е. Новицкая. М., 1997. С. 754.

²⁵ Уголовный закон: Опыт теоретического моделирования. М., 1987. С. 14.

одних охранительных. Думается, авторы, развивающие подобные идеи, значительно обедняют механизм уголовно-правового регулирования. Уголовное право регулирует и такие отношения, в основе возникновения которых лежит фактическая предпосылка, прямо не связанная ни с нормальным ходом общественных отношений, ни с реакцией государства на совершение общественно опасного посягательства. Например, отношения по освобождению от уголовной ответственности преступника в связи с его позитивным посткриминальным поведением. Или отношения, возникающие при реализации прав на необходимую оборону либо задержание преступника. Нормы, регулирующие эти и подобные им отношения, получили название поощрительных. В их гипотезе указывается на позитивное послепреступное поведение лица, обстоятельства, вызывающие право на необходимую оборону и задержание преступника, и т. п. факты. В диспозиции описываются соответственно право на освобождение от уголовной ответственности либо право на причинение вреда (с гарантией, что лицо не будет подлежать ответственности) или другие меры поощрения. Эти диспозиции нередко именуется «поощрительными санкциями»²⁶.

Некоторые отношения регулируются нормами, лишь внешне напоминающими поощрительные. Таковы, к примеру, нормы об исключении ответственности вследствие физического и психического принуждения, освобождении от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности (ст. 78 УК) или стечением тяжелых обстоятельств (ст. 337, 338 УК). В основе принятия подобных норм лежит иная мотивация, нежели стимулирование какого-либо поведения (учитываются соображения, основанные на принципах субъективного вменения, неотвратимости ответственности, гуманизма и т. д.). Однако есть признак, который роднит эти уголовно-правовые нормы с поощрительными, – *все они носят исключительный характер*. Общим правилом является применение уголовной ответственности (наказаний, условно-

²⁶ См.: Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве: Теоретико-информационный аспект / под ред. Н. И. Магузова. Саратов, 1994. С. 49. Данный термин в науке иногда подвергают критике (см., напр.: Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 201).

го осуждения) или иных мер принуждения (например, мер медицинского характера или конфискации имущества). Из-за этого уголовное право справедливо называют репрессивной отраслью. Уголовное право, собственно говоря, и создано для того, чтобы наказывать преступника. Все же остальные меры (исключение ответственности либо освобождение от нее, освобождение от наказания или его отбывания) носят характер исключения. Следовательно, наряду с регулятивными и охранительными уголовно-правовыми нормами, можно выделить один вид норм (с различными подвидами), условно именуемых «исключительные».

Теперь ответим еще на один вопрос, заявленный в заголовке настоящей статьи, – о месте состава в структуре нормы. Из сказанного следует, что состав преступления входит в содержание двух видов уголовно-правовых норм – регулятивных и охранительных. При этом из приведенных рассуждений с очевидностью следует также, что «жилплощадью» состава преступления в структуре регулятивной нормы является диспозиция, а в структуре охранительной нормы – ее гипотеза. В доктрине уголовного права, впрочем, высказаны и иные мнения, которые производны от авторского понимания структуры и содержания уголовно-правовой нормы. При этом неопределенность присутствует в основном в учениях приверженцев концепции трехчленной нормы: рождаются теории о гипотезе нормы, слитой с диспозицией²⁷, Общей части как гипотезе для норм Особенной части²⁸. Т. В. Кленова к гипотезе запрещающей уголовно-правовой нормы причисляет многие предписания Общей части УК, в том числе относящиеся к составу преступления (например, ст. 19–42 УК), а к диспозиции нормы – по общему правилу, диспозицию статьи Особенной части УК²⁹.

²⁷ См.: Дурманов Н. Д. Советский уголовный закон. М., 1967. С. 118; Курс советского уголовного права: Часть Общая. Т. I: Уголовный закон. М., 1970. С. 180.

²⁸ Куринов Б. А. Научные основы квалификации преступлений. М., 1984. С. 45.

²⁹ См.: Кленова Т. В. Основы теории кодификации уголовно-правовых ном. С. 168-170.

Уже отмечалось, что норма уголовного права имеет, как и любая другая норма, две части – гипотезу и диспозицию (санкцию). Преступление является фактической предпосылкой (сложным юридическим фактом, или фактическим составом, или юридическим фактом в широком смысле слова). В свою очередь, «юридический факт – это всякое обстоятельство, *предусматриваемое гипотезою юридической нормы* (курсив наш. – А. И.) и влекущее за собою, как следствие, возникновение, равно изменение и прекращение юридического отношения»³⁰, – отмечал еще Ф. В. Тарановский³¹. Но это суждение верно, согласно нашей позиции, лишь применительно к охранительной норме, в гипотезе которой и описывается состав преступления. В структуре же регулятивной нормы запрет содержится в ее диспозиции, а потому последняя и есть, на наш взгляд, место дислокации состава запрещенного преступления. В связи с этим мнение В. П. Коняхина, считающего «хранилищем» признаков состава преступления диспозицию уголовно-правовой нормы³², мы считаем справедливым лишь применительно к регулятивной уголовно-правовой норме.

Подведем итоги. На наш взгляд, любая уголовно-правовая норма имеет двухэлементную структуру и состоит из гипотезы и диспозиции (в охранительной норме последний элемент именуется санкцией). Состав преступления содержится в регулятивных и охранительных нормах уголовного права. В структуре регулятивной нормы состав преступления закреплен в диспозиции (запрещающей совершение этого преступления), а в структуре охранительной нормы – в гипотезе (описывающей факт совершения этого преступления).

³⁰ Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. Юрьев, 1917. С. 161.

³¹ В общей теории права мнение о гипотезе нормы как месте «дислокации» юридического факта разделяет большинство ученых. См., напр.: Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правовое понимание на грани двух веков). С. 188.

³² См.: Коняхин В. П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права / предисл. А. В. Наумова. СПб., 2002. С. 226 и др.

О месте нормы в элементарной структуре уголовного права

Ставшее аксиомой суждение «право есть совокупность норм» выглядит не столь убедительным при сплошном анализе конкретного отрезка правовой материи. Между тем, глядя на успехи физиков в исследовании элементарных частиц, заманчивым было бы обнаружить и первоэлемент структуры права.

В качестве объекта исследования возьмем уголовное право по причине его близости автору, а также кажущейся структурной простоты.

Описывая элементарную структуру уголовного права, специалисты обычно констатируют очевидное различие в структуре предписаний его Общей и Особенной частей. Так, нормы, предусматривающие уголовную ответственность за совершение конкретных деяний (ст. 105–330, 332–360 УК РФ), сформулированы по двухзвенной схеме – «если преступление, то наказание», в то время как значительный массив общих установлений уголовного права выглядит более просто – как будто бы в форме не обремененного каким-либо условием его актуализации суждения.

Следует заметить, что такое деление не является абсолютным, поскольку и Особенной части не чужды дефинитивные предписания (например, ст. 331, примечание к ст. 139 УК и т. д.), и в Общей части имеется значительный массив нормативных установлений с двухзвенной структурой по формуле «если ..., то ...» (ст. 10–12, 37, 75–78 и т. д.).

Отношение к таким структурным различиям предписаний двух взаимосвязанных частей уголовного права обычно высказывается двоякое. Одни авторы ставят знак равенства между нормой и статьей закона, в результате чего получают следующие суждения. «Статьи Общей части состоят из одного элемента – диспозиции, в которой формулируются нормы-принципы, нормы-декларации или нормы-определения. К таким статьям относятся, например, ст. 3–7, 14 УК и другие, в которых деклариру-

ются принципы уголовного права, раскрывается их содержание, формулируется понятие преступления. Статьи Особенной части обычно состоят из 2 частей – диспозиции и санкции»¹. В общей теории права данное явление объясняется наличием в современном праве не только классических норм, но и нетипичных нормативных предписаний.

Другие исследователи, подчеркивая несамостоятельность установлений Общей части, укладывают их в структуру нормы уголовного права, предусматривающей наказуемость конкретного преступления. Например, положениям о возрасте, с которого наступает уголовная ответственность, определяется место в гипотезе нормы, предписаниям об освобождении от уголовной ответственности и наказания – в ее санкции².

Кроме того, специалисты в области уголовного права включены в не затихающий до настоящего момента общетеоретический спор о том, является норма права двух- или трехзвенной³.

Поставив перед собой цель обнаружения первоэлемента уголовного права, его «клетки» или «атома», необходимо в первую очередь абстрагироваться от существующих естественных связей, заключенных в данной отрасли предписаний. В конечном итоге все уголовное право можно представить как единый сложный запрет, представляющий собой перечень общественно опасного поведения, обеспеченный единым институтом наказания. Более того, при теоретически возможном безграничном доверии законодателя к суду конструкция уголовного права в виде простого списка преступлений и правил о применении наказания представляется вполне закономерной. В этой связи все российское право видится системой взаимосвязанных норм.

В то же время атомы объединяются в молекулы, клетки составляют живой организм, но это не отменяет существования ни атомов, ни клеток.

¹ Уголовное право России. Части Общая и Особенная: учебник / под ред. А. И. Рарога. 4-е изд. М., 2003. С. 18.

² См., например: Благов Е. В. Общая теория применения уголовного права. Ярославль, 2003. С. 35, 66.

³ См., например: Иванчин А. В. Законодательная техника и ее роль в российском уголовном правотворчестве. М., 2011. С. 88–91.

Элементарность структурных единиц уголовного права определяется в первую очередь их самостоятельным изложением в тексте закона и возможностью изолированного применения. Так, например, после вступления в силу УК РФ 1996 г. возникали ситуации, при которых ранее совершенное деяние квалифицировалось в соответствии со ст. 10 по новому закону. При этом положения о давности или сроке погашения судимости применялись, исходя из требований УК РСФСР 1960 г. Сказанное свидетельствует о том, что соответствующие нормативные установления Общей и Особенной части уголовного права не могут рассматриваться как части одной правовой нормы. В противном случае получается, что правоприменитель сам вправе создавать комбинированные нормы уголовного права, выбирая для этого в качестве компонентов, например, положение о наказании из одного закона и положение о давности совершения преступления – из другого.

Поэтому представляется, что все положения Общей части, сформулированные по принципу «если ... , то ... », обладают признаками правила поведения, а потому должны признаваться нормами уголовного права.

Сказанное касается также гл. 4 «Лица, подлежащие уголовной ответственности». Обычно описанные в ней признаки общего субъекта преступления принято помещать в гипотезу или диспозицию нормы о наказании за конкретное уголовно-противоправное деяние. Однако в других отраслях права, например в гражданском, соответствующие положения принято считать нормами, устанавливающими общую правосубъектность лица, а не частицей всех остальных норм гражданского права. Таким образом, гл. 4 УК содержит общие нормы, определяющие деликтоспособность субъекта. Их самостоятельность, помимо прочего, подтверждается способностью вступать в противоречие с другими нормами УК. Так, например, ч. 2 ст. 20 УК некоторое время устанавливала возраст субъекта хулиганства, предусмотренного ч. 3 ст. 213 УК, и после исключения соответствующей нормы из Особенной части УК в 2003 г.

Положения, закрепленные в ст. 9–13 УК, определяют действие уголовного закона во времени и в пространстве. Они

сформулированы по классической двухзвенной схеме «если ..., то ...». Данные звенья коллизионной нормы в теории международного права принято именовать терминами «объем» и «привязка». Отказ данным предписаниям в праве считаться нормой равносильна признанию всего родственного им международного частного права несуществующим явлением.

Сложнее обстоит вопрос с предписаниями декларативного и дефинитивного характера. Так, например, в соответствии с ч. 1 ст. 2 УК задачами настоящего Кодекса являются: охрана прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя Российской Федерации от преступных посягательств, обеспечение мира и безопасности человечества, а также предупреждение преступлений. В соответствии со ст. 32 УК соучастием в преступлении признается умышленное совместное участие двух или более лиц в совершении умышленного преступления.

С одной стороны, указанные предписания имеют самостоятельный характер по отношению к классическим уголовно-правовым нормам. В то же время они закреплены в УК и предназначены для регулирования в первую очередь поведения применителей уголовного закона.

Неспроста большинство дефиниций, используемых в УК РФ, сформулировано не по схеме обычного логического определения «А – это Б», а с использованием властного веления «А признается Б». В развернутом виде такое предписание выглядит следующим образом: «при применении норм УК управомоченный субъект обязан понимать под соучастием умышленное совместное участие двух или более лиц в совершении умышленного преступления». Нетрудно заметить родство приведенной дефинитивной нормы с ранее рассмотренными служебными коллизионными нормами.

Нормативный характер положений, закрепляющих принципы отрасли права («при применении норм УК управомоченный субъект обязан быть гуманным, справедливым и т. д.»), также не вызывает сомнений, тем более что принцип по своей природе – это некое генеральное правило поведения.

Как верно заметил С. С. Алексеев, «развитие процесса специализации в праве усиливается с ростом юридической культуры, повышением уровня обобщений, используемых при формулировании юридических норм. Выделяются нормы, призванные только закреплять общественные отношения, их основы (в частности, конституционные нормы). Законодатель все больше «выводит за скобки» общие, повторяющиеся моменты, касающиеся определенной группы норм (например, правосубъектности, условий совершения тех или иных правомерных действий и т. п.). В виде отдельных норм права формулируются определения некоторых юридических понятий, принципы права»⁴.

Таким образом, положения УК, закрепляющие задачи, принципы, определения и другие общие вопросы уголовно-правового регулирования, соответствуют признакам нормы права: являются общеобязательными формально определенными правилами поведения и могут быть сформулированы по типу уголовно-правовой нормы («если ..., то ...»).

Представление о трехзвенной структуре нормы уголовного права вступает в непримиримое противоречие с его реальным содержанием. В литературе по этому поводу высказана масса критических замечаний. Сформулируем самые очевидные претензии:

1) признание наличия регулятивного запрета, обеспеченного санкцией уголовного права, в других отраслях или в требованиях морали разрушает отраслевую принадлежность нормы;

2) признание наличия регулятивного запрета в норме уголовного права приводит к тому, что законодатель применительно к квалифицированным составам преступлений по несколько раз (повторно, трижды и т. д.) запрещает одно и то же деяние;

3) признание наличия регулятивного запрета в норме уголовного права порождает неясность по поводу того, к кому он обращен – к любому лицу или только к субъекту преступления, достигшему определенного возраста и являющемуся вменяемым;

4) в уголовном законе имеются положения, предусматривающие последствия нарушения установленной уголовным законом обязанности отбыть наказание (санкция за нарушение санкции);

⁴ Алексеев С. С. Общая теория права. 2-е изд. М., 2009. С. 292.

5) в уголовном праве содержатся не только охранительные, но и поощрительные, а также коллизионные нормы, которые не имеют трехзвенной структуры;

6) в праве имеются обязанности, не обеспеченные санкциями (в соответствии с ч. 2 ст. 176 ГПК РФ свидетелю, не достигшему возраста шестнадцати лет, председательствующий разъясняет обязанность правдиво рассказать все известное ему по делу, но он не предупреждается об ответственности за неправомерный отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний).

В то же время взаимосвязь между регулятивными и охранительными нормами, которые являются таковыми не абстрактно, а только по отношению друг к другу, является объективной и обеспечивает системность права.

В результате мы получаем следующее представление о микроструктуре уголовного права: оно выглядит как система взаимосвязанных элементарных частиц – норм уголовного права, имеющих стандартное внутреннее строение – гипотеза-диспозиция.

Системность уголовного права обеспечивается нормами общего характера: декларативными предписаниями, принципами, дефинициями, устанавливающими единство терминологии, нормами о правосубъектности, а также заложенными законодателем горизонтальными взаимодействиями «рядовых» норм, предусматривающих основания для применения мер государственного принуждения или освобождения от него.

Сведения об авторах

Авдеев О. Ю. – соискатель кафедры уголовного права и криминологии ЯрГУ

Баумова М. Г. – кандидат юридических наук, доцент кафедры социального и семейного законодательства ЯрГУ

Благов Е. В. – доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и криминологии ЯрГУ

Бутнев В. В. – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского права и процесса ЯрГУ

Вантеева Н. В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права ЯрГУ

Иванов А. Б. – кандидат исторических наук, старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права ЯрГУ

Иванчин А. В. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии ЯрГУ

Каплин М. Н. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии ЯрГУ

Карташов В. Н. – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права ЯрГУ, заслуженный деятель науки РФ

Кругликов Л. Л. – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии ЯрГУ, заслуженный деятель науки РФ

Лушников А. М. – доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и финансового права ЯрГУ

Лушников М. В. – доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и финансового права ЯрГУ

Мотовиловкер Е. Я. – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса ЯрГУ

Смирнов Д. А. – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры трудового и финансового права ЯрГУ

Соловьев О. Г. – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии ЯрГУ

Тарусина Н. Н. – кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой социального и семейного законодательства, декан юридического факультета ЯрГУ, заслуженный юрист РФ

Научное издание

**Юридические записки
Ярославского государственного
университета
им. П. Г. Демидова**

Выпуск 15

Нормы права:
теория и практика

Редактор, корректор Л. Н. Селиванова
Верстка И. Н. Иванова

Подписано в печать 17.06.11. Формат 60×84 1/16.
Бум. офсетная. Гарнитура "Times New Roman".
Усл. печ. л. 13,02. Уч.-изд. л. 11,05.
Тираж 200 экз. Заказ .

Оригинал-макет подготовлен в редакционно-издательском отделе
Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова.
150000, Ярославль, ул. Советская, 14.

Отпечатано на ризографе.

ООО ПКФ «Союз-пресс».
г. Ярославль, ул. Полушкина роща, 16, стр. 66-а,
тел. 58-76-33, 58-76-37, 58-76-39

