

ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
РОССИЙСКОЕ ПРАВОТВОРЧЕСКОЕ ОБЩЕСТВО

Ю.А. Тихомиров

ПРАВОВОЕ
РЕГУЛИРОВАНИЕ:
теория и практика

Москва · 2010

УДК 342
ББК 67.410
Т46

Тихомиров Ю.А.

Т46 **Правовое регулирование: теория и практика. М.: Формула права, 2008. — 400 с.**

ISBN 978-5-8467-0071-0

В книге рассмотрены природа, цели и механизм правового регулирования. Анализ способов правового воздействия сочетается с характеристикой процедур подготовки, принятия и реализации правовых актов, критериев оценки их эффективности, комплекса средств регулирования общественного поведения.

Издание рассчитано на ученых и преподавателей в сфере права, на депутатов, государственных и муниципальных служащих, на работников бизнес-структур. Его можно использовать в образовательном процессе в рамках учебных программ по теории права и государства и программ отраслевых дисциплин.

**УДК 342
ББК 67.410**

ISBN 978-5-8467-0071-0

© Тихомиров Ю.А., 2010
© Оригинал-макет «Формула права», 2010

Оглавление

<i>Предисловие</i>	7
Глава 1. Становление и развитие системы правового регулирования	
§ 1. В поисках правовых средств регулирования: исторический аспект	8
§ 2. В чем смысл теории правового регулирования.....	24
§ 3. Правовое регулирование в фокусе сравнительного анализа	36
Глава 2. Границы правового регулирования: устойчивость и изменчивость	
§ 1. Картина нормативного регулирования в обществе	51
§ 2. Циклы правового развития	56
§ 3. Перераспределение правотворческих мандатов	68
§ 4. Поиск меры регламентации	75
Глава 3. Правовые роли участников	
§ 1. «Многоликость» государства.....	80
§ 2. Интересы в праве: согласование и противоборство	92
§ 3. Правовое поведение: природа, выбор вариантов.....	102
§ 4. Правообразующая воля	111
§ 5. Юридическое мышление. Правовая компетентность.....	114
§ 6. Феномен культуры в правовом регулировании.....	128
Глава 4. Юридические корреляции	
§ 1. Внутренние и внешние зависимости в механизме правового воздействия	137
§ 2. Неопределенность и конкретизация в праве.....	146
§ 3. Усмотрение в фокусе права: самостоятельность и исполнение	151
Глава 5. Моделирование правового воздействия	
§ 1. Прогнозирование	159
§ 2. Анализ регулирующего воздействия. Предотвращение рисков.....	165

§ 3. Информация для правовых решений.....	180
§ 4. Концепции как прообраз правовых решений	188
Глава 6. Юридическое проектирование	
§ 1. Технология.....	195
§ 2. Экспертиза.....	206
§ 3. Юридические формулы	215
Глава 7. Правовые акты — главный заряд воздействия	
§ 1. Природа и система правовых актов	229
§ 2. Конституционно-правовое регулирование	241
§ 3. Теория закона.....	253
§ 4. Кодекс: специфика регулирования	267
§ 5. Подзаконное регулирование	276
§ 6. Договорное регулирование.....	290
§ 7. Техничко-юридическое регулирование.....	293
§ 8. Международно-правовое регулирование	299
Глава 8. Правоприменение: от цели к результату	
§ 1. Механизм правоприменения.....	315
§ 2. Решения и действия субъектов правоприменения	321
§ 3. Законность, коллизии, пробелы	335
§ 4. Мониторинг и правовая диагностика	350
Глава 9. Правовое воздействие и отклонения	363
§ 1. Отклонения от модели и нормы: причины и виды	363
§ 2. Право и неформальные отношения	370
§ 3. Преодоление коррупции	380
§ 4. Способы оценки эффективности правового воздействия	389

Contents

Introduction	7
Chapter 1. Formation and development of legal regulation system	
§ 1. In searching for legal means of regulation: historical aspect ...	8
§ 2. What is a meaning of theory of legal regulation	24
§ 3. Legal regulation in a focus of comparative analysis.....	36
Chapter 2. Limits of regulation rights: stability and changeability	
§ 1. Picture of normative regulation in society.....	51
§ 2. Legal development cycles	56
§ 3. Redistribution of rule-making mandates.....	68
§ 4. Search for measure of regulation.....	75
Chapter 3. Legal roles of participants	
§ 1. «Diversity» of states.....	80
§ 2. Interests in law: harmonization and opposition.....	92
§ 3. Legal conduct: nature and alternative choice	102
§ 4. Law-formative will	111
§ 5. Legal mentality. Legal competence	114
§ 6. Phenomenon of culture in legal regulation	128
Chapter 4. Legal correlations	
§ 1. Interior and exterior dependences in a mechanism of legal impact	137
§ 2. Uncertainty and concretization in law	146
§ 3. Discretion in a focus of law: independence and punctiliousness	151
Chapter 5. Modeling of legal impact	
§ 1. Prognostication.....	159
§ 2. Analysis of regulatory influence. Prevention of risks	165
§ 3. Information for legal decision	180
§ 4. Conceptions as prototype of legal decisions	188

Chapter 6. Legal projecting

§ 1. Technology.....	195
§ 2. Expertise.....	206
§ 3. Legal formulas.....	215

Chapter 7. Legal acts as main charge of influence

§ 1. Nature and system of legal acts.....	229
§ 2. Constitutional Law regulation.....	241
§ 3. Theory of statute.....	253
§ 4. Code: regulation specificity.....	267
§ 5. By-law regulation.....	276
§ 6. Contractual regulation.....	290
§ 7. Juridico-technical regulation.....	293
§ 8. International law regulation.....	299

Chapter 8. Law enforcement: from purpose to result

§ 1. Mechanism of law-enforcement.....	315
§ 2. Decisions and activities of subjects of law enforcement.....	321
§ 3. Legality, collisions, deficiencies.....	335
§ 4. Monitoring and legal diagnosis.....	350

Chapter 9. Legal influence and deviations

§ 1. Deviations from models and norms: causes and forms.....	363
§ 2. Law and informal relations.....	370
§ 3. Overcoming corruption.....	380
§ 4. Methods of assessment of efficiency of legal influence.....	389



Предисловие

Для каждой страны и всех людей важнейшее значение имеет регулирование основных сторон жизни общества и государства. Оно выражается в общих признаках ценностей и целей развития, установлении правил поведения, согласовании деятельности, прочном общественном порядке. И право тут служит цементирующим средством, а отсюда и высокая роль правового регулирования в обществе.

Естественно, в теоретическом плане многие аспекты данной проблемы исследованы, но это сделано в «атомистическом» плане без выявления внутренних и внешних корреляций правового воздействия. Остро ощущается необходимость анализа его системного и динамичного характера. К тому же в правовой и в целом общественной практике выявляется много противоречий и трудностей.

С учетом этих соображений автор подготовил монографию, посвященную современной теории правового регулирования и ее практическому применению. К этой теме автор шел много лет начиная с монографий «Управленческое решение» (1972), «Теория закона» (1982), «Действие закона» (1992), «Коллизионное право» (2000), «Курс сравнительного правоведения» (1996), «Современное публичное право» (2008). Участие в разных формах деятельности в сфере правотворчества и правоприменения позволило глубже понять практические проблемы и обосновать целый ряд научно-практических рекомендаций.

Книга рассчитана на ученых и преподавателей в сфере права, на депутатов, государственных и муниципальных служащих, на работников бизнес-структур. Ее можно использовать в образовательном процессе в рамках учебных программ по теории права и государства и программ отраслевых дисциплин.

Глава 1

СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ СИСТЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

§ 1. В поисках правовых средств регулирования: исторический аспект

Слово «регулирование» имеет латинское происхождение — «regula». В одном словаре его смысл выражают понятия «правило», «норма», «мерило», «прямая палка»¹, в другом — это «правило», «начало»². Все значения отражают главное — регулирование является нормативным измерителем, открывающим пути дальнейшей деятельности.

Понятно, что исторически содержание данного понятия менялось. В древнем мире люди регулировали свою жизнь с помощью жестов, мимики, символов. Религия стала важнейшим способом влияния на людей и их взаимоотношения. Постепенно столетия приносят новые средства упорядочения совместной деятельности людей. Мораль, обычаи и традиции дополняются сначала простыми, а потом и более сложными правовыми регуляторами. Опыт отечественной истории убеждает в этом.

М.М. Сперанский в начале XIX в. считал, что есть два предела в праве государственном. Власть без границ не есть право, но власть Богу одному над людьми свойственная.

«Первый предел верховной власти полагается самим ее началом (in abstracto). Он устанавливается единственно для хранения прав гражданских лиц, сей власти подлежащих, но если она не ограничена, то лица становятся вещами и прав не имеют. Следовательно, и охранять нечего, и власть сия не есть право, но только сила. Доколе сила сия действует во благо, дотоле она должна быть уважаема не как право, но как польза или необходимость по расчету, а не по правде.

¹ Словарь латино-русский и русско-латинский / Под ред. А.В. Подосинова. М.: Флинта; Наука, 2004. С. 289.

² Латино-русский словарь к источникам римского права. По изданию 1896 г. Ф. Дыдынский. М.: Спарк, 1997. С. 469.

Второй предел составляет в том (*in concreto*), что власть державная не может никогда вся заключаться в одной воле. Она может иметь только высшую первообразную степень законодательства и управления, для второобразной же степени того и другого, то есть для приложения закона к делам, необходимы нужные установления, следовательно, каждый раз есть две воли. Когда они не согласны между собой, они ограничивают себя взаимно. Посему власть верховная тогда была бы только деспотической и крепостной властью, когда бы все установления были совершенно безгласны и в точности исполняли только ее волю, были ее рабами, — предположение в большом государстве редко возможное и всегда непродолжительное, ибо оно противно человеческой природе. Не только каждое установление, но и каждое лицо в установлении желает сохранить свою личность... Там, где нет свободы, обыкновенно бывает попушение (*dissolution*) — сила на словах, слабость на деле»¹.

В историческом контексте М.М. Сперанский оперирует понятием «дух правительства», которое выражает скорее меняющиеся режимы правления. Вот его критическое резюме:

«1) Начала правительства, не имея никакого политического основания, не могут иметь и прочности, кроме той, какая может произойти от навыка и общего мнения. Они будут тверды, если продолжатся несколько десятилетий.

2) Как царство сие застало также частные управления без правил и уставов, то и в нем все подвергается частным разрешениям, — отсюда многоделие.

Недостаток плана есть второе неудобство.

Недостаток доброй организации есть третье неудобство.

Наконец, смешение начал законодательных с упражнениями исполнительными, необходимость, в которую поставлены все департаменты, — составлять и уставы, и наблюдать за их исполнением, — есть четвертое неудобство и также важная причина многоделия»².

В середине XIX в. в России сформировался упорядоченный массив правовых актов. Предстояло их систематизировать в содержательном плане и представить источники российского законодательства для их использования. К.А. Неволин как автор «Энциклопедии законоведения» проделал громадную работу по обработке и изданию памятников законодательства, по состав-

¹ Сперанский М.М. Руководство к познанию законов. СПб.: Наука, 2002. С. 200.

² Там же. С. 326.

лению обзора исследований его отдельных предметов и истории их подготовки и принятия.

Вот пояснения автора.

«История русских гражданских законов есть только часть целой истории русского законодательства, которая, в свою очередь, составляет также только часть всемирной истории законов, чем всемирная история законов, чем история русского законодательства вообще должна быть как целое, тем история русских гражданских законов должна быть как часть: она должна изобразить последовательность развития закона частных между лицами отношений на почве русской народности при существовавших временных и местных условиях; она должна, означивши ту мысль идеи закона, которую предоставлено раскрыть русскому гражданскому закону, показать нам, чем началось раскрытие его и в этой мысли, и как потом он, под господством своей движущей мысли, в связи с целою народною жизнью, в связи с современным состоянием законодательства и законоведения у других народов, в связи со всеми обстоятельствами, постепенно раскрывался во всех подробностях своего содержания»¹.

Приведем положения о разделении истории русских гражданских законов на части по предметам. К.А. Неволин пишет: «История всякого положительного законодательства должна представить нам как историю его источников, так и историю его содержания. Посему она делится всегда на внешнюю и внутреннюю историю. Первая рассматривает формы, в каких устанавливались законные правила, выражались и раскрывались понятия народа о праведном и неправедном, справедливом и несправедливом; показывает, в какой мере в то или другое время законодательство раскрывалось посредством обычаев, или ясно выраженных постановлений власти общественной, или ученой деятельности законоведцев, в каких органах, отдельных лицах и сословиях, выражалась каждая из этих производительных сил, какое имели они влияние друг на друга, какие законодательные памятники обязаны им своим существованием. Вторая рассматривает самое существо законных правил, возникших, установившихся таким образом»².

Развитие экономики побуждало делать акцент на регулятивной функции права. В 1848 г. один из крупнейших английских экономистов и философов Джон Стюарт Милль в книге «Основы

¹ Неволин К.А. История российских гражданских законов. Ч. I. М.: Статус, 2005. С. 184.

² Там же. С. 186.

политической экономии» всесторонне разработал вопросы государственного регулирования экономики. Им выделены необходимые и необязательные функции власти, включая и регулирование законом признаков собственности и правил ее пользования и охраны, договорных отношений, установление принципов налогообложения. Признавая трудным ввести единое правило для ограничения сферы вмешательства государства в экономику, Дж. Стюарт Милль попытался определить экономические последствия исполнения правительством своих функций, причем закону отводится роль регулятора, ограничителя и охранителя интересов в сфере институтов гражданского права (собственность, акционерные общества, договоры, наследование). Поучительны и советы для организации хорошего управления¹.

Вот некоторые аспекты функционирования права, представленные Н.М. Коркуновым: «...ограничение власти правом в общем сознании не представляется только вопросом целесообразности, а, напротив, признается должным, обязательным, независимым от усмотрения отдельных конкретных органов власти.

Понимание власти как силы, обусловленной неволею властвующего, осознанием зависимости подвластных, дает само собой объяснение ограничения осуществления функций власти правом как объективного факта, независимого от сознательных расчетов целесообразности со стороны самих органов власти.

Если властвование опирается на сознание зависимости граждан от государства, это не может не определять содержания актов властвования, их рамок и условий. Они не могут тогда определяться исключительно волею властвующего. Для того чтобы орган власти мог в своей деятельности опереться на сознание подчиняющихся их зависимости от государства, необходимо, чтобы его действия находились в известном соответствии с этим сознанием подвластных, с теми представлениями, какие они имеют о государстве, об его отношении к праву, к личной и общественной свободе. Власть государства простирается лишь настолько, насколько граждане сознают себя от него зависимыми. Поэтому всякое сознание личной или общественной свободы непременно обуславливает соответственное ограничение государственной власти»².

¹ См.: Джон Стюарт Милль. Основы политической экономии с некоторыми приложениями к социальной философии. М.: ЭКСМО, 2007. С. 813–984.

² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права (извлечения). История русской правовой мысли. М.: Остожье, 1998. С. 146.

А вот мнение Б.Н. Чичерина. «Юридический закон подразделяется на гражданский и государственный. Первым определяются права и обязанности отдельных лиц между собою; вторым определяются отношения членов к целому и целого к членам. Этим самым государственный закон подчиняет лица постоянному высшему порядку и связывает их в единое тело. Подчинение лиц господствующей над ними власти совершается на основании закона; иначе это — право силы, а не юридическое начало. Закон, с другой стороны, ограждает свободу, определяя права граждан... Наконец, закон определяет устройство, права и обязанности государственных властей, ибо власть может повелевать только во имя законного права.

Закон связывает народ в *единое целое*. Союз, составляющий юридически одно целое, называется *юридическим* или *нравственным лицом*. Таковое становится субъектом прав и обязанностей; оно имеет свою волю, органом которой является установленная в нем власть. Закон, связывающий лица в одно целое, вместе с тем подчиняет их воле этого целого, выражаемой установленной законом властью. Но этот верховный орган, в свою очередь, имеет подчиненные органы, через которые верховная воля переходит в исполнение. Вследствие этого система государственных учреждений образует единый, связанный внутри себя *организм*, в котором выражается цельность государственного порядка. А так как и граждане участвуют в деятельности этих органов, то все государство в совокупности может рассматриваться как организм¹.

Конец XIX века — начало XX в. характерны признанием разных граней воздействия права на общественные отношения. Рудольф фон Иеринг в своих работах «Борьба за право», «Цель в праве», «Дух римского права на различных ступенях его развития» рассматривает власть как правовой феномен и, будучи в формальном смысле системой норм, оно выступает как защищенный правом интерес. Право отражает борьбу интересов, и это накладывает отпечаток на государственную деятельность.

Георг Еллинек в работах «Общее учение о государстве», «Борьба старого права с новым» показал столкновение внутри государства двух правопорядков в борьбе за власть. Велико влияние на них взглядов и суждений, разных учений, включая религиозные.

Примерно в тот же период времени российский профессор Г.Ф. Шершеневич акцентирует в праве внимание на природе

¹ Там же. С. 31.

норм и их соотношении с другими социальными нормами, на мотивах правового поведения, на связи права и государства¹. Тем самым глубже раскрываются такие грани права, как способы его взаимодействия с другими институтами в обществе, причем критически оцениваются позиции ученых, отстаивающих тезис о том, что право находится над государством, оно вытекает из права.

В психологической концепции права Л.И. Петражицкого выделяются как бы две правовые сферы.

«1. С одной стороны, между параллельно существующим в народных сферах интуитивным и позитивным правом имеется и должно неизбежно иметься согласие по содержанию в главных основах, в общем и основном направлении. И на этом и соответственной *взаимной поддержке* и взаимоукреплении действия этих двух правовых психик зиждется фактический правопорядок и соответственный социальный, политический, экономический и т.д. строй. Причинная неизбежность такого отношения интуитивного и позитивного права коренится, с одной стороны, в том, что развитие и интуитивного, и позитивного определяется в общих и основных чертах действием одних и тех же социально-психических процессов, действующих по одним и тем же законам... С другой стороны, неизбежность согласия позитивного и интуитивного права в главных основах коренится в том обстоятельстве, что одновременное существование и действие интуитивного и позитивного права возможно только при условии наличности согласия в общих и основных чертах; при переходе разногласия за известные пределы неизбежно крушение подлежащего позитивного права — в случае сопротивления, в форме социальной революции².

...В области формально-решающего значения позитивного права интуитивное право далеко не лишено фактического значения. Оно оказывает давление на толкование и применение позитивного права в направлении достижения решений, согласных с указаниями интуитивно-правовой совести или, по возможности, наименее с этими указаниями расходящихся. Практика позитивного права представляет равнодействующую, направление которой в более или менее значительной степени определяется давлением интуитивного права решающих лиц»³.

¹ *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права: Учебное пособие. Т. 1. Вып. 1. М.: Юридический колледж МГУ, 1995.

² Там же. С. 243.

³ Там же. С. 246.

Краткий исторический экскурс дает представление о некоторых общих моментах в понимании правового регулирования. Понятия «право» и «закон», как правило, не различаются и часто употребляются в одном значении. Императив послушания подданных граждан не обострял в научном плане проблему регулирования и данный термин почти не встречается в трудах ученых тех лет. Но в конце XIX в. обострение социальных противоречий побуждает ученых больше внимания уделять социально-психологическим аспектам правового регулирования, и это направление сохраняется в начале XX в.

В связи с этим в 1915 г. И.А. Ильин в работе «Общее учение о праве и государстве» делает акцент на «творящем правосознании», которое служит судьей в споре между правом в объективном смысле (обновление правовых норм) и правил в субъективном смысле (справедливые нормы). Нормальное правосознание воспитывает доверие к праву, и соблюдение приближает его к «естественной» верности¹.

1920–1940-е годы в нашей стране дали новый материал для решения юридических вопросов в плоскости убеждения и принуждения. В 1950–1970-х годах появлялось много книг и статей по проблемам правового регулирования в условиях социализма. Явное преувеличение роли марксистско-ленинской идеологии, с одной стороны, и экономической детерминанты права, с другой, не могут перекрыть полезности научных разработок в этой сфере. С.С. Алексеев в своей монографии «Механизм правового регулирования в социалистическом обществе» в наиболее концентрированном виде обосновал природу правового регулирования². Оно характеризуется как осуществляемое при помощи права и всей совокупности правовых средств юридическое воздействие на общественные отношения. Объективные пределы правового регулирования определяются экономическими и политическими условиями, особенно базисом общества. Происходит упорядочение и закрепление господствующих общественных отношений, содействие развитию новых отношений, охрана и вытеснение устаревших отношений (добавим: по выражению М.И. Калинина).

В механизме правового регулирования С.С. Алексеев выделяет такие элементы, как нормативную основу, нормативные акты, правоотношения, индивидуальные акты, правосознание и правовую культуру. Традиционное убеждение и идеологическое

¹ См.: *Ильин И.А.* Теория права и государства. М.: Зерцало, 2003. С. 213–219.

² См.: *Алексеев С.А.* Механизм правового регулирования в социалистическом обществе. М.: Юридическая литература, 1966.

обоснование правовых норм сочетается с мерами государственного и общественного принуждения. Оно дополняется беглым упоминанием о контактах права с неправовыми формами общественного регулирования. Но остается открытым вопрос о связях и взаимном влиянии названных элементов и об их «перемещениях», о динамике познавательных и процедурных аспектах регулирования. Иначе сохраняется впечатление о хорошей мозаичной картине правовой действительности.

Продолжением исследований проблем правового регулирования явились обобщающие характеристики данного правового феномена. В многотомном труде «Марксистско-ленинская общая теория государства и права» и, в частности, в томе «Социалистическое право» в системном виде обоснованы природа и признаки правового регулирования¹. Оно анализируется как бы «вслед» за анализом сущности, принципов и роли права и представляет собой «более широкую категорию» — совокупность средств правового воздействия. Трех стадиям правового регулирования — регламентирование, действие, реализация — соответствуют три главных элемента — юридические нормы, правоотношения, акты реализации субъективных прав и обязанностей.

Обосновано понятие механизма правового регулирования как системы правовых средств, при помощи которых осуществляется правовое воздействие на общественные отношения. Весьма привлекает выделение социального механизма правового регулирования (правовая информация, правовая установка, социальные последствия действия права, социальная среда) и психологического механизма, позволяющего формировать мотивы поведения, предписываемого или дозволяемого юридическими нормами.

И тем не менее не вполне ясны корреляции между юридическими и неправовыми аспектами правового регулирования, каково место правосознания и правовой культуры в собственно правовом, социальном и психологическом механизмах, играет ли законность роль «итога» или принципа регулирования. Эти вопросы остаются и, к сожалению, не получают надлежащего разрешения и в последующих научных трудах.

В обильной научной литературе последних 20 лет весьма единообразно трактуется природа и содержание правового регулирования. Среди многочисленных трудов наметились три тенденции в характеристике правового регулирования. Во-первых,

¹ Социалистическое право / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Юридическая литература, 1973. С. 85–105.

разграничение понятий «правовое воздействие», охватывающее кроме юридических еще и воспитательные, организационные, профилактические и иные средства правового влияния на поведение; собственно правовое регулирование с традиционными элементами¹.

Во-вторых, рассмотрение помимо сугубо традиционных вопросов теории права таких понятий, как функции права, «правовая жизнь», «публичное и частное право», «юридические коллизии». Но не находится места целостной характеристике правового регулирования, «компенсацией» чего служат, очевидно, помимо отмеченных, главы о реализации права, пробелах в праве, юридических фактах, юридические документы².

В-третьих, определение способов правового регулирования — запрет, дозволение, обязывание — позволяют формировать типы регулирования — общедозволительный, разрешительный, дозвоительно-обязывающий. В механизме правового регулирования выделяются процедурный, информационный и социально-психологический механизмы³.

Можно при этом отметить традиционную «разорванность» элементов правовой сферы и обеднение процесса правового регулирования сугубо статичным подходом.

На переломе эпох в конце 1980-х — начале 1990-х годов меняются подходы к правопониманию. Трактовка права как системы норм, установленных государством и обеспеченных государственным принуждением, объявляется устаревшей. Взамен предлагается строгое различение права как меры свободы и закона, понимание права как самостоятельной ценности приводит к характеристике правового закона как адекватного и полного выражения права в его официальной признанности⁴. Возникают вопросы, а где же реальный источник права? Как оно формируется с учетом социальных, в том числе государственных институтов? Как измерить эффективность форм выражения права? Точных ответов на эти вопросы нет. Между тем даже в высокой абстракции «земные» корни права как регулятора, как

¹ Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. М.: Юрист, 2006. С. 229–234.

² Общая теория государства и права: Академический курс. 3-е изд. Т. 2. М.: Норма, 2007.

³ См.: *Власенко Н.А.* Теория государства и права. М.: Юриспруденция, 2009. С. 230–237.

⁴ См.: *Нерсесянц В.С.* Наш путь к праву: от социализма к цивилизму. М., 1992; *Он же.* Философия права: Краткий учебный курс. М., 2000.

отражателя социальных интересов не исчезают. Борьба за право продолжается...

Либертарная концепция В.С. Нерсесянца получает развитие в трудах его последователей. И одно из направлений «освоения наследства» заключается в обосновании концепции интегрального права, стремящейся сблизить традиционные теории позитивизма и естественного права¹. Авторам кажется, что они на пороге открытия, хотя влияние внешней среды на правообразование давно признавалось в юридической науке, например А.А. Пионтковским в трактовке правоотношений как элемента права в 1950-х годах. Вопрос, видимо, заключается в поиске своеобразного сцепления, соединения разных правовых элементов под влиянием экономических, культурологических и иных факторов.

В статье сотрудника Оксфордского университета Дж. Мэки рассматривается юридическая теория Р. Дворкина, изложенная в его книге «Серьезное отношение к правам». Автор определяет теорию Р. Дворкина как третью, промежуточную наряду с правовым позитивизмом и доктриной естественного права. Сторонники естественного права считают, что оно родилось вместе с человеком и возведено богом, поэтому люди должны ему безусловно подчиняться. Оно обязательно для всей Земли, всех стран и всех времен. Ни один человеческий закон, противоречащий ему, не имеет силы, а те из законов, которые имеют силу и власть, черпают их из этого первоначального права².

Р. Дворкин утверждает, что право включает не только нормы, но и принципы. Их отличие от норм в том, что «норма всегда либо полностью применима, либо совершенно неприменима, в то время как принципы можно различать на основе других критериев». Как считает Р. Дворкин, в любой достаточно развитой правовой системе на вопрос: «Что гласит закон в данном случае?» — всегда существует правильный ответ, который можно в принципе найти, и в этом состоит долг судьи. И далее — судьи даже в самых сложных и противоречивых случаях не имеют «свободы рук», которая допускала бы произвольное решение в пользу любой из сторон.

Р. Дворкин отрицает традиционное для позитивистов отделение права от морали. Таким образом, «третья теория права сочетает описательные и предписательные элементы», почерпнутые

¹ *Философия права в России: история и современность*. М.: Норма, 2009. С. 220–270.

² *Mackie J. The third of law // Philosophy a public affairs*. Princeton, 1977. Vol. 7. N 1. P. 3.

из правового позитивизма и концепции естественного права. В сложных случаях «третья теория» предлагает судьям руководствоваться общими соображениями относительно действующего законодательства и учитывать его положения, не имеющие непосредственного отношения к разбираемому делу.

Автор критикует Р. Дворкина за целостный подход к закону, сближающий его теорию с концепцией естественного права и открывающий дорогу субъективному толкованию правовых принципов. На примере американской истории он показывает, что принципы, заложенные в конституции США, допускают двусмысленное толкование законов. «Третья теория права» оправдывает спекулятивное обращение судей с фактами и законами¹.

В конце XX в. усиливается внимание к мировоззренческим аспектам права и его интеллектуально-нравственному потенциалу. Интересные аспекты идеи права обосновывает английский ученый Денис Ллойд². С одной стороны, анализируются как бы внешние грани права — соотношение с силой, государство, мораль и обычаи и т.п. С другой, в главе 12 «Понятийное мышление в праве» раскрывается внутренняя жизнь права в познавательном аспекте. Право сходно с игрой, но оно оперирует не придуманными правилами, а нормами и понятиями, прямо или символически связанными с конкретными делами и сделками. Право их классифицирует и дает им точные юридические формулировки, рассматривает их в качестве действующих и наделяет юридической силой со всеми последствиями. Таков «перевод» событий обыденной жизни на юридический язык. Преувеличение же роли понятий и принципов может привести к потере эластичности и неспособности адаптироваться к новым социальным условиям. Правовые понятия — это «неполные символы (знаки)», поскольку право — не застывший набор правил и норм, а всеобъемлющий комплекс норм, условий, критериев, правил и принципов, находящийся в процессе постоянного движения.

Идеология либерализма, то забываемая, то воскрешаемая не только в умах людей, но и в социальных, политических и экономических сферах, видное место отводит праву. Прогресс общества связывается с реализацией положений Всеобщей декларации прав человека 1948 г. Ценность, установки и представления являются ключевым, но игнорируемым фактором понимания эволюции общества. Пренебрежение культурой объясняет медленное дви-

¹ Mackie J. Op. cit. N 1. P. 3–16.

² См.: Ллойд Д. Идея права. М.: Югона, 2002. С. 324–342.

жение к демократии. Нужно искать и использовать механизмы влияния культуры на поведение людей¹.

Максима Вольтера «человек свободен, если он должен подчиняться не другому человеку, но закону» получила отчетливое выражение в работах Хайека. По его мнению, именно либерализм разработал концепцию правозаконности, отстаивая свободы против тоталитарных воздействий с помощью законов и их общих правил, и точно описывая ситуации вмешательства госаппарата в деятельность людей. Такое строгое нормативное понимание права и противоречий модели принятия решений в конкретных условиях².

В то же время западные исследователи все в большей степени приходят к убеждению о потере правом своего свойства устойчивого универсального регулятора. Еще в сценариях «Римского клуба» национальному государству и праву отводилась роль «уходящих» со сцены. Новый сценарий мирового развития выводит на авансцену новых героев — наднациональные структуры с новыми методами воздействия³.

Еще более решительные взгляды высказывают немецкие ученые, считая, что спор идет о нормативном самопонимании демократического правового государства. Юрген Хабермас и другие в постполитическом мире считают моделью поведения транснациональное предприятие, ибо мир распадается на множество неупорядоченных самоуправляемых функциональных систем. Граждане свободны от всяких норм прошлого, и нормы становятся средством сокращения расходов предприятия. Место норм занимает «незримая рука» как отражение глобального саморегулирования. И вместо демократического суверенного государства действует «государство частного права»⁴.

И все же неумолимый ход общественных процессов и их очевидное ускорение, усложнение и трансграничность вынуждает исследователей уделять серьезное внимание организации и качеству управления и регулирования. «Атомизм» и рыночное регулирование периодически застилают горизонт развития, но им находится место в общем механизме регулирования в обществе. Джон Гэлбрейт в характеристике нового индустриального

¹ См.: Харрисон Л. Главная истина либерализма. Фонд «Либеральная миссия». М.: Новое издательство, 2008.

² См.: Хайек Ф.А. Дорога к рабству. Фонд «Либеральная миссия». М.: Новое издательство, 2005; *Он же*. Право, законодательство и свобода. М., 2006.

³ Будущее в настоящем. М.: Прогресс, 1984.

⁴ Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории. СПб.: Наука, 2001. С. 225–229.

общества уделяет большое внимание степени управляемости, когда анализирует требования, диктуемые техникой, связи власти и капитала, промышленное планирование, управление спросом, занятость и безработица. Признание изъянов рыночной теории и институционализма сопровождается обоснованием активной роли государства, глобального планирования и крупных корпораций¹.

Вполне объяснимо поэтому и появление такого направления, как экономический анализ права. Ричард Познер объясняет связь экономических процессов и явлений (цена, спрос, издержки) и права путем выяснения зависимостей между распределением прав собственности и экономическими результатами, между уровнем конкуренции и договорными ценами и ценами, вводимыми правительством, режимов утилитаризма и публичного регулирования рынка².

В экономической науке наблюдается своеобразный переход от теории фордизма к концепции регуляционизма³. Теория фордизма, разработанная для объяснения механизма функционирования экономики западных стран на протяжении «славного тридцатилетия», позволила представителям этого направления экономической мысли выйти на некоторые общие моменты институционального развития.

Согласно теории регуляционизма реализуемые конкретным институтом функции не являются всеобщими, априорно заданными. Они зависят от конкретной институциональной среды. «Происхождение институциональных форм связано с драматическими эпизодами истории, структурными кризисами, войнами, открытыми столкновениями между классами или социальными группами. И только позже каждой институциональной форме приходится доказывать свою совместимость с задачами экономического воспроизводства в течение более или менее длительного периода»⁴.

Институты самоуправляются конфликтами между группами и классами. Общественные институты — результат компромиссов при разрешении тех или иных конфликтов. Эти компромиссы принимают форму договоров (контрактов), законов или норм и

¹ См.: Гэлбрейт Дж. Новое индустриальное общество. М.; СПб.: Транскнига, 2004.

² Richard A. Posner. Economic analysis of Law, sixth Edition. N. Y., 2003.

³ См.: Одицова А.В. Французский регуляционизм. Институционные системы — институционные трансформации. М., 2009. С. 45–54.

⁴ Буайе Р. Теория регуляции: Критический анализ / Пер. с франц. Н.Б. Кузнецовой. М.: Наука для общества, российский гос. гуманитарный ун-т, 1997. С. 10.

материализуются в облаченных различной формой власти (надзора, контроля) органах. В отличие от неоклассиков, которые рассматривают общественные институты в качестве ограничителей рыночной экономики, ставящих определенные рамки экономическому росту, регуляционисты выделяют их в качестве закономерностей (регулярностей), представляющих собой скрытые и часто необходимые условия роста.

Эти основополагающие для социальной организации компромиссы называются *институционализированными компромиссами*¹; они соответствуют уже не договорам, а законам. Эти основополагающие для модели регуляции институты в ходе своей реализации часто нуждаются в других, более частных институтах. Иными словами, иерархия институтов.

Отмечается, что в основе экономических институтов лежат не только чисто экономические факторы. На их конкретную форму оказывают влияние факторы политические, национальные, культурные и пр. Когда эти формы достигают определенного уровня согласия и взаимосвязанности, они обеспечивают механизм регуляции всей экономики. Понятие институт отражает все то, что «управляет и регулирует поведение экономических агентов... Не все институциональные нормы действуют непосредственно, а значит — экономические агенты имеют определенное поле для маневра». Таковы обобщения некоторых иностранных научных трудов.

В условиях информационного общества появляются предпосылки для формирования сетевого права². Применение информационных технологий привело к появлению киберпространства, в котором субъекты права посредством информационно-коммуникационных технологий (ИКТ) совершают различные сделки и транзакции, объем которых неуклонно растет. Возникли понятия сетевой экономики, сетевого государства. Сетевому государству должно соответствовать сетевое право. Право такого государства будет регулировать общественные отношения, возникающие в виртуальном пространстве, либо основанные в той или иной степени на использовании виртуального пространства. Необходимость в сетевом праве возникает, поскольку такие общественные отношения могут иметь особенности.

¹ Впервые этот термин ввел Р. Делорм. См.: *Delorme R. L'Etat et l'Economie P.*; Seuil, 1993.

² Реформирование права: зарубежный и российский опыт. Пенза: НИЦ, ПГУ, 2005; *Голоскоков Л.В.* Теория сетевого права. СПб.: Юридический центр-пресс, 2006.

Для перехода от отдельных законов и концепций к сетевому праву нужно найти основу, на которой должны создаваться будущие законы. Такой основой могут быть принципы и методы сетевого права. Общий метод — информационные технологии с правовыми процессами, необходимый для частичной автоматизации некоторых правотворческих и правоприменительных процессов. Его реализации служат сети министерств и ведомств и частные сети, постепенный переход к безналичным электронным расчетам, автоматизация правоисполнительных процессов некоторых важнейших императивных норм публичного права (например, норм об уплате налогов).

Один из частных методов должен обеспечить работу с текстами и базами данных путем более глубокого внедрения в правовые процессы информационных технологий, проведение частично автоматизированного анализа правовых норм. Метод требует введения понятия файловой конструкции нормативно-правового акта. Это означает, что минимально возможному объему законченной смысловой информации любого нормативно-правового акта — сегменту — должен соответствовать файл (в электронном варианте текста). Метод унификации внешнего представления нормативных актов способствует переходу к их публикации с применением единого внешнего формата текста с построчным указанием на полях номера каждой строки текста на данной странице, что в электронном варианте не представляет трудностей. Реализация этих методов обеспечит точное цитирование правовых текстов и автоматизацию процессов правотворчества и правоприменения. Таково мнение Л.В. Голоскокова.

В последние десятилетия появилось много новых работ по проблеме природы и механизма регулирования. Американский профессор А. Огус отмечает, что термин «регулирование» зачастую используется как в правовом, так и в неправовом контексте¹. Это не специальный юридический термин, и иногда он используется для указания на любую форму поведенческого контроля, независимо от его происхождения. Но когда политики и другие ораторы касаются возможного «удушающего» эффекта регулирования и необходимости дерегулирования, они в действительности не имеют в виду такого широкого понимания термина «регулирование». Оно же есть «длительный и сфокусированный контроль, осуществляемый государственным органом над теми

¹ *Ogus A. Regulation: Legal Form and economic theory. Oxford—Portland, Oregon, 2004. P. 1—3.*

видами деятельности, которые высоко ценятся обществом». Удаление на «ценностной деятельности» служит для исключения из концепции регулирования традиционных сфер уголовного права и сосредоточия на судебной системе. «Регулирование» — это по существу политико-экономическая концепция, и как таковая она может быть наилучшим образом осмыслена через соотношение с различными системами экономической организации общества и сопровождающими их правовыми формами.

Правовая система поддерживает указанный порядок, но преимущественно через институты частного права; регулирование, как мы должны его понимать, не играет важной роли. Вторая система — коллективистская проявляется тогда, когда государство устанавливает рамки или поощряет определенную деятельность, которая (это самонадеянно полагать) не будет совершаться без вмешательства государства.

Отмечается, что надо скорректировать воспринимаемые дефиниции для рыночной системы в достижении целей общественного или публичного интереса. Если термин «регулирование» используется для обозначения права, существующего в коллективистской системе, тогда каковы его характеристики и как они соотносятся с характеристиками права при рыночной системе хозяйствования? Во-первых, регулирование содержит идею контроля со стороны кого-то вышестоящего; оно обладает директивной функцией. Для достижения желаемых результатов отдельные лица подчиняются вышестоящим органам — государству — ведут себя определенным образом под угрозой санкций в случае неподчинения. Во-вторых, это *публичное* право в том смысле, что в общем оно необходимо государству для того, чтобы заставить выполнять те обязанности, которые не могут быть предметом частных соглашений. В-третьих, ввиду того, что государство играет особую роль в законотворчестве так же, как и в обеспечении правоприменения, регулирование является обычно *централизованным*.

Весьма примечательно усилившееся внимание международных структур к теории регулирования. О методике ОЭСР мы расскажем ниже, а сейчас сошлемся на популярный лозунг “Better regulation” в Европейском Союзе. Там опубликована брошюра “Better regulation — simply explained”, в которой характеризуются природа и цели регулирования, способы учета интересов граждан, бизнеса и государств — членов ЕС, сочетания уровней решений и снижения документооборота и других излишеств. Полезная простота!

§ 2. В чем смысл теории правового регулирования

Наука развивается... и все же осторожную позицию занимают те юристы, которые пытаются сохранять позитивистские аспекты права и избегать в то же время расширения его понятий. И право трактуется как мера внешней свободы (мера дозволенного и должного поведения) лиц в обществе, установленных обществом и охраняемых государством. По традиции выделяется регулятивная функция права среди других функций, хотя регулятивность есть органическое сущностное свойство права как социального явления. Правосознание рассматривается как субъективная форма реализации регулятивной функции права, а правоотношение — как объективная форма¹. Неясно, что дает такое искусственное разграничение элементов права для анализа реальных процессов правового регулирования.

Важно ответить на вопрос: как формируется правовое воздействие и каковы его источники?

В научной литературе продолжается спор об источниках и формах права. Еще в начале 1950-х годов, будучи студентом юридического факультета МГУ, я слышал о различении источников права в материальном и формальном смысле. И во всех книгах по теории государства и права отмечалась роль базиса в предопределенности права, приоритетное влияние экономических отношений на процесс формирования права². В этом отражалась марксистская формула об экономическом детерминизме общественных отношений, в том числе и правовых. К первым исторически относили «факторы, творящие право» (И.В. Михайловский), «силы, творящие право» (Ж.Л. Бертельс), «источники формирования права, система факторов» (В.О. Лучин, А.В. Мазуров). Право в формальном смысле трактовалось как специфические способы выражения воли господствующего класса. Позднее стали вести речь о формах выражения права, о его структуризации, то сближая, то различая понятие источников и форм права³.

Наряду с этим давно в зарубежной науке и сравнительно недавно в отечественной юридической науке появляются и иные

¹ См.: *Абрамов А.И.* Проблемы реализации регулятивной функции права. М.: NOTABENE, 2005.

² См., например: *Теория государства и права.* М.: Юридическая литература, 1955. С. 357–362.

³ См.: *Марченко М.Н.* Источники права. М.: ТК Велби; Изд-во «Проспект», 2005; *Ершов В.В.* Источники и формы российского права // *Российское правосудие.* 2009. № 6.

трактовки источников права, скорее в их неформальном виде. Видимо, синергетический подход открыл простор для включения в правовые регуляторы и спонтанно возникающие в обществе правила поведения (Ф.А. Хайек, Ж.-Л. Бертельс). Общество вне государственной структуры признается «правотворящим» субъектом, что служит дополнением традиционным государственным формам.

Это позволило в новейших исследованиях рассматривать правовое регулирование как процесс упорядочения общественных отношений при помощи как спонтанно формируемых в обществе норм права, так и правовых предписаний, устанавливаемых государством в нормативных правовых актах. Упорядочение общественных отношений понимается не только как заранее обдуманый процесс управляющего воздействия при помощи правовых предписаний, исходящих от органа власти или управления (т.е. процесс введения в общество каких-либо правовых регуляторов извне (законодательное регулирование), но в первую очередь как социальное взаимодействие членов общества на основе формируемых в нем норм права.

Утверждается, что спонтанно формируемые в обществе правила поведения, по сути, есть нормы права, которые обеспечиваются организованной защитой. Данные нормы носят правовой характер, поскольку являются социально признанной мерой свободы, определяющей содержание и границы прав и обязанностей субъектов, вступающих в общественные отношения, и обеспечиваются организованной защитой (социальной группы, организации, государства). В отличие от норм права, которые специально создает государство для регулирования общественных отношений, «правила справедливого поведения» возникают в обществе спонтанно, не с заранее обдуманным намерением, не конструируются и регулируют общественные отношения независимо от того, санкционированы они государством или нет. Однако, как правило, государство закрепляет указанные нормы права в правовых актах, поскольку эти «выросшие из жизни» правила являются необычайно важными, значимыми для нормального существования общества в целом, в связи с чем требуют правовой охраны и защиты со стороны государства¹.

По нашему мнению, возможно другое концептуальное решение проблемы, исходящее из трактовки правового регулирования

¹ См.: Долгополова М.В. Актуальные проблемы предмета и метода правового регулирования: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2009.

в общем механизме воздействия на общественные процессы. Право не утрачивает свой предмет регулирования, а находит его в окружающей действительности. Должны учитываться объем и границы правового регулирования и другие регуляторы, иначе полюбившаяся многим синергетическая трактовка права как открытой системы в «мире хаоса» приведет к размыванию его специфических граней и ослаблению в конечном счете возможностей не только модельного построения правового регулирования, но и его практического осуществления. Трудно будет оценивать эффективность собственно правового воздействия на общественные процессы.

Итак, целесообразно выделить два основных источника правообразования в материальном смысле: а) экономические, социальные, политические, духовные, материальные и природные процессы в обществе и порождаемые ими отношения. Право должно «уловить» общественные потребности в официальном признании явлений и т.п., в определении их характеристик и отношения к ним, в возможном изменении хода событий. Таковы, к примеру, законы и иные правовые акты в области окружающей среды. «Правовая печать» нужна и другим явлениям в определенные периоды их развития. Например, современное расширение требований технической и эксплуатационной безопасности в виде технических регламентов; б) импульсы правового регулирования с учетом важного значения субъективного, т.е. человеческого фактора. Имеются в виду, во-первых, противоречивые процессы отражения в праве различных социальных интересов, их своего рода укрупнения до степени «общезначимой обязательности». Во-вторых, сложный механизм правообразующей воли как слияния социально-психологического и юридического момента накануне принятия официальных решений в правовой форме. В-третьих, правовая компетентность как условие высокого качества правового регулирования, которое должно соблюдать как уполномоченные лица (депутаты, государственные и муниципальные служащие и др.), так и все граждане. Иначе вместо реальных правовых воздействий будет лишь их иллюзия в виде принятых актов и т.п.

Думается, именно двум вышеназванным источникам правового регулирования должны соответствовать формы права, которые обстоятельно разработаны в юридической литературе, — акты, соглашения (договоры), обычаи, традиции, правила саморегулирования. Более того, тут нужна строгая корреляция, обеспе-

чивающая баланс целей, средств их достижения и результатов регулирования.

Таков сложный путь поиска предмета правового регулирования. А каковы его границы?

Более широкое восприятие правового регулирования как социального процесса нам вполне импонирует¹. Оно позволяет, с одной стороны, преодолевать сугубо автономную трактовку права как регулирующей системы, явно преувеличение его роли, четко представлять место правовых средств в общей системе внешнего нормативного регулирования и саморегулирования как способов внутреннего развития. Это относится к характеристикам любых динамичных систем, но в данном контексте можно лучше понять внешнее воздействие (среды) на правовую систему. Вопрос в том, в каких пределах оно допустимо и какие реакции следуют внутри системы, о чем писалось в 1960–1970-х годах в трудах по научному управлению обществом.

Нормативный способ социального регулирования выступает как авторитетное или властное упорядочение общественных процессов по средствам норм. Норма интегрирует социальное регулирование и придает ему элемент всеобщности, обеспечивается формирующееся стабилизирующее и информационное воздействие на общественные отношения. Субъект регулирования осуществляет на разных стадиях регулятивного процесса создание проекта, выработку норм и их реализацию.

Проведенные научные исследования, о которых было рассказано выше, и многолетнее изучение тенденций развития правовой сферы позволяют дать определение правового регулирования: это институциональный и познавательный механизм установления нормативно-юридических правил поведения (деятельности), обязательных или рекомендательных, их обеспечения и реализации. Исходными элементами такого определения являются, во-первых, цели и предмет правового регулирования, во-вторых, субъекты и объекты регулирования, в-третьих, процесс и стадии регулирования, в-четвертых, способы (методы) регулирования, в-пятых, результаты и новый цикл регулирования.

Попытаемся дать краткие характеристики этих элементов. Целеполагание — исходный пункт, своего рода старт правового регулирования. Оно имеет два аспекта — внешние цели, «задаваемые» общественной системой (политический курс государств,

¹ См. главу IV «Правовое регулирование как социальный процесс» в книге «Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации» (М.: Изд-во РУДН, 2006).

партийные директивы и программы, концепции, уровень и потребности социально-экономического и международного развития), собственно правовые цели, закрепляемые в Конституции, законах и иных нормативных правовых актах. Их устойчивая нормативная ориентация позволяет предвидеть желаемые и возможные этапы правового и социально-экономического развития и переходы в новые правовые состояния. Пока этого нет и преамбулы законов содержат трафаретные формулировки типа «устанавливает правовые основы», «регулирует общественные отношения в сфере» и т.п.

С правовым целеполаганием связано и предвидение результатов правового воздействия на общественные отношения, с реальными переменами в уровне развития экономики и социальной сферы, общественных институтов в сознании и поведении людей. Подробнее об этом будет сказано ниже.

Что является предметом правового регулирования? Бесспорно, речь идет о правовых правилах поведения (деятельности). По своему характеру они могут быть обязательными для исполнителей и рекомендательными, причем и те и другие есть в рамках внутреннего национального права и в рамках международного права. Тем самым мы исходим из понимания теории правового регулирования общего характера, имеющей отношение к двум названным суперправовым системам. И этим наша позиция отличается от взглядов других ученых-юристов.

Правовое регулирование связывает воедино субъектов, которые его непосредственно осуществляют или в нем участвуют, и объектов, тех исполнителей, на которых оно рассчитано. Конечно, круги тех и других в немалой степени могут совпадать. И тем не менее к правотворческим субъектам относятся как уполномоченные государственные и муниципальные органы публичной власти, органы корпоративных структур и общественных объединений, так и граждане, и социальные общности (народ, нация, население, избиратели и т.п.). Статус и реальные роли субъектов и объектов весьма разнообразны и ниже специально их рассмотрим.

Можно заметить, что правовое регулирование представляет собой непрерывно осуществляемый процесс. Как известно, есть стадии правотворчества со своими процедурами и участниками, и только их соблюдение гарантирует установление обоснованных правил поведения и придание им публичной значимости. Обеспечение правил означает наличие структур, институтов и ресурсов, которые создают прочную базу для действенности

правил. Наконец, правоприменение служит практической реализации правовых правил и достижению с их помощью целевых показателей и конечных результатов. Все это вместе взятое образует правовые циклы, отражающие устойчивые или подвижные периоды государственного, социально-экономического и международного развития. Непрерывность регулирования — индикатор его жизнеспособности.

Для обеспечения эффективности правового регулирования нужно правильно определять наборы регуляторов. Неверно или поспешно создаваемые нормы, правила не способствуют устойчивой и последовательной регуляции и многообразной деятельности в ее русле. Но дело не сводится к нормам права, которые традиционно и весьма статично излагаются в книгах по теории права и государства. Регуляторов — больше, и к ним можно относить принципы права, доктрины и концепции, неправовые регуляторы, действующие в общем направлении. И этого мало, поскольку остаются вне поля зрения соотношения и зависимости между регуляторами.

В связи с этим в работе обосновывается понятие юридических корреляций. Напомним, что в условиях Союза ССР проблемы законности сводились к предупреждению и устранению ее нарушений. В стороне оставался вопрос об оценке качества реального воздействия правовых регуляторов на состояние и динамику общественных отношений.

Между тем в рамках нашей концепции становится возможным выявлять, анализировать и оценивать последствия правового регулирования. Наряду с традиционными индикаторами в виде нарушений законов мы используем позитивные показатели их действия и отклонения от нормативной модели, которые могут быть положительными и отрицательными. Законность понимается как мера действия закона и подзаконных актов¹, а отклонение — как расстояние между объемом целевой регуляции и объемом фактической регуляции и деятельности.

Длительное изучение практики правового регулирования свидетельствует о его серьезных ошибках и недостатках и невысоком качестве. Если в условиях Союза ССР налицо было явное преувеличение роли партийных решений и актов исполнительных органов при довольно основательной их подготовке, то в современных условиях бум законодательства не привел к повышению

¹ См. подробно: *Тихомиров Ю.А.* Действие закона. М.: Известия, 1992; *Законность в Российской Федерации.* М.: Контракт, 2008.

качественного уровня правового регулирования в целом. Остались некоторые прежние изъяны и добавились новые.

Во-первых, по-прежнему неудачно определяется предмет регулирования, когда в нем плохо отражены глубинные процессы и тенденции политического и социально-экономического развития. Не всегда обеспечивается связь законов и иных актов с тематическими программами.

Во-вторых, допускается смешение форм правового регулирования, когда вместо закона принимается правительственное решение, а локальные акты явно уступают место ведомственным инструкциям.

В-третьих, недооценивается системный аспект правового регулирования, когда готовятся и принимаются акты вне связи друг с другом, когда неравномерно развиваются отрасли законодательства. В-четвертых, не преодолена практика поспешной и неглубокой подготовки правовых актов без серьезных обоснований, расчетов и прогнозных оценок. Отсюда непрерывный поток поправок, изменений и дополнений, который ставит правоприменителя в трудное положение.

В-пятых, низкая правовая культура разработчиков, экспертов, депутатов и госслужащих приводит к плохой «текстовой» подготовке акта и слабому использованию правил юридической техники.

В-шестых, в условиях нарастающей правовой интеграции России и других государств допускается механическое копирование текстов иностранных законов. А это нередко порождает инородные «правовые тела».

В-седьмых, проектирование правовых актов подчас считается основной задачей правового регулирования. При этом «выпадает» важнейший этап правоприменения и достижения с помощью правовых средств конечных результатов.

Традиционно правовое регулирование отождествляется с правовыми актами и, более того, скорее с самим фактом их принятия. Это заблуждение, поскольку средств правового воздействия много:

- а) правовые акты;
- б) договоры, соглашения;
- в) принципы права;
- г) теории и научные доктрины;
- д) ценность права;
- е) нормы саморегулирования;
- ж) обычаи;
- з) традиции;

и) признанные нормы корпоративных и общественных объединений;

к) технико-юридические нормы;

л) иные регуляторы правовой ориентации — нормы морали, религиозные нормы, общекультурные ценности и т.п.

Регулирование рассчитано на реализацию целей и достижение результатов.

Мы намеренно в столь сжатом виде охарактеризовали существующие недостатки правового регулирования, поскольку такая наглядность убеждает в необходимости введения и использования прочных оценочных ориентиров, своего рода аксиом. В качестве таковых выступают принципы правового регулирования, в которых выражены сущностные признаки этого явления и соблюдение которых служит моделью для практики правового регулирования.

Принцип достоверного и опережающего отражения действительности позволяет правильно использовать аспекты познавательного процесса и обнаруживать явления и события, требующие правового регулирования. Тут важна мера правового опосредования, нахождение которой является трудным делом. Поэтому она определима только с помощью аналитической, статистической и иной информации, прогнозных разработок, путем использования результатов научных исследований и публичных обсуждений.

Смысл этого принципа заключается не столько в пассивном отражении явлений и процессов с помощью правовых средств, сколько в модельном отражении. Напомним слова М.И. Калинина о том, что хорош закон, который не мешает отказываться от старых общественных отношений и способствует формированию новых отношений. Итак, прожектор и зеркало.

Принцип объективного отражения в правовом регулировании всего спектра социальных интересов. Интересы выступают движущей силой правовых действий и решений, и их учет одухотворяет механизм регулирования и связывает его с вышеназванным принципом достоверности. В праве должны отражаться разнообразные интересы, находящиеся между собой в подвижных соотношениях, — всеобщие мировые интересы, национальные интересы, государственные, региональные, корпоративные, профессиональные и частные (личные) интересы. Право по-разному придает им «весы значений», обеспечивает и охраняет¹.

¹ См., например: Правовое обеспечение национальных интересов / Отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров, Ю.П. Орловский. М., 2005.

Принцип непрерывного развития права, выражающийся, во-первых, в обеспечении преемственности нынешнего и последующего этапов¹. Тем самым сохраняются устойчивые свойства правовых регуляторов. Это и стабильные регуляторы, и устойчивые процедуры, и «юридико-интеллектуальные накопления», и юридические традиции, и национально-правовой менталитет.

Во-вторых, речь идет о цикличности развития права в рамках триады «правопонимание—правотворчество—правоприменение», которую нельзя разрывать. В рамках этого максцикла возможны мини-циклы, отражающие либо «застылость» правовых актов, либо обновление отрасли законодательства, либо конфискацию, либо введение новых правозащитных процедур. Меняется и отношение общества, граждан к праву — от поддержки до нигилизма и полного отторжения.

Программы и планы в правовой сфере — оправданы.

Принцип системности правового регулирования означает, во-первых, согласованное или одновременное развитие разных отраслей и институтов законодательства либо принятие крупных системообразующих актов для решения стратегических задач; во-вторых, комплексное сочетание различных способов правового воздействия (норм, процедур, органов); в-третьих, обеспечение баланса публичного и частного права² и соответствующих методов императивно-властного и договорно-дозволительного регулирования.

Приведем примеры бессистемной подготовки и принятия правовых актов. Одобренная 3 марта 2009 г. Методика анализа правовых актов на коррупциогенность «обогнала» принятый в июле 2009 г. Федеральный закон об антикоррупционной экспертизе правовых актов. Шестилетняя разработка проекта федерального закона об административных регламентах или стандартах оказания государственных услуг «обгоняла» базовые акты о статусе исполнительных органов и в итоге была приостановлена. Созданные в 2004 г. государственные корпорации начинали свою жизнь на основе «именных» законов, но в конце 2009 г. появились сигналы об их ненужности и Генеральная прокуратура приступила к оценке расходования ими бюджетных средств.

¹ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в праве и кодификация права // Журнал российского права. 2007. № 7.

² См. подробно: Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М.: ЭКСМО, 2008; Кашанина Т.В. Частное право. М.: ЭКСМО, 2009.

Принцип обоснованного выбора правовых регуляторов путем оценки их вариантов как своего рода юридических формул поведения и деятельности. Их точное определение и облечение в юридически корректную форму, поиск и нахождение наиболее целесообразного сочетания придают правовому регулированию значение программного, регламентирующего, корректирующего, контрольного воздействия на общественные отношения. Соответственно различаются формы воздействия и способы реагирования на них.

Принцип процедурно-регламентных режимов регулирования вводит сложную и многообразную деятельность по анализу ситуаций, выбору предметов регулирования, определению форм правовых актов и видов обеспечивающих институтов в строгое русло. Имеются в виду права и обязанности органов, служащих и граждан, последовательно и режимы их действий, этапы совершения операций и т.п. Такая формализация придает правовому регулированию строго функционально-целевой характер и обеспечивает ориентацию всех его средств на достижение конечных результатов.

Хочется, чтобы изложенные выше принципы не воспринимались как ненужные абстракции, а выступали важнейшим оценочным ориентиром в практической деятельности. Предмет теории правового регулирования составляют отношения, возникающие на всех этапах этого процесса, — от идеи до принятия и реализации правовых решений и оценки эффективности регулирования. Этому служат как традиционные понятия общей теории права и государства и отраслевых наук, так и обоснованные и вводимые нами конструкции. Это границы и объем правового регулирования, это юридические корреляции, это модели правового воздействия, это предотвращение рисков и анализ регулирующего воздействия, это правовые роли участников, это качество правового акта, это механизм правоприменения, это правовая диагностика и мониторинг, это способы оценки отклонений от правовых норм. В соответствии с ними строится изложение проблем в книге.

Отношение к данной теории имеют и другие науки, и в этом ее комплексный характер. Важнейшей составляющей теории правового регулирования является экономическая наука со своими категориями и методами исследования. Применительно к нашей теме отметим три устойчивых постулата — экономика имеет приоритет перед правом как базис перед надстройкой, право способствует формированию экономических отношений,

экономика и право развиваются в режиме взаимодействия. Но и в советские годы ученые отмечали «экономические пределы» для правовых норм и в то же время значительное «поле» экономической деятельности, не требующее детальной правовой регламентации.

В последние годы в экономической науке стали в бóльшей степени учитываться и внеэкономические факторы — право, культура, образование, наука¹.

Приведем подробно некоторые новейшие оценки ученых-экономистов². «...важную роль в экономическом развитии имеют нематериальные активы, такие как институты и ценности, которые крайне трудно скопировать или импортировать. Но они все же меняются со временем, а их продуктивные изменения бывают жизненно необходимы для повышения производительности и создания инновационной экономики.

Понятие культуры многогранно... наибольшее значение имеют те ее составляющие, которые могут влиять на экономические результаты. Во-первых, это креативность или способность человека быть творцом, создателем новых идей, теорий, технологий. Во-вторых, то есть исполнительность, то есть дисциплина, мотивация к добросовестному и ответственному труду.

...на повестку дня выходит необходимость глубинной институциональной трансформации, затрагивающей культурно-ценностное ядро общества. Или надо навсегда смириться с отставанием.

Производительность труда, институты, ценности и мотивации людей связаны сложными и бóльшей частью непрямыми отношениями. В том постоянном, не затихающем в нашей стране споре о том, какие ценности наиболее подходят нашему народу, вопросы производительности в явном виде не обсуждаются, но разговор идет во многом и о них. Ведь производительность невидимыми нитями связана с природой и качеством институтов... Институты же в свою очередь всегда имеют определенные ценностные основания и сами влияют на формирование ценностей.

...Приведенные данные из числа многих доказывают отсутствие существенных отличий в культурных ценностях Европы и

¹ См., например: Модернизация экономики и общественное развитие: В 3 кн. М.: Издат. дом «ГУ–ВШЭ», 2009; Инновационное развитие. Экономика, интеллектуальные ресурсы, управление знаниями. М.: Инфра-М, 2009; Яновский К., Шульгин С. Институты, демократия и экономический рост: тест 180-летнего развития // Экономическая политика. 2008. № 3. Июнь.

² См.: Бессонов В.А., Гимпельсон В.Е., Кузьминов Я.И., Ясин Е.Г. Производительность и факторы долгосрочного развития Российской Федерации. М.: Издат. дом «ГУ–ВШЭ», 2009.

России. Российская ментальность не есть барьер для инноваций и производительности.

Особенность нынешней эпохи состоит в том, что мир вступает в инновационную фазу развития, к которой существующие институты и ценности, а также и структура экономики еще не приспособлены, даже в развитых странах — лидерах инновационной фазы. Этим обстоятельством во многом объясняется и переживаемый сегодня кризис.

Особенность России в этих глобальных процессах состоит в том, что она по многим параметрам (урбанизация, образование, демография) уже является *развитой* страной, а по другим параметрам, в том числе производительности и состоянию институтов — *развивающейся*.

Весьма важный вклад в теорию правового регулирования вносит социологическая наука, позволяющая анализировать спектр социальных действий людей, а ее ветвь — социология права¹. Поведенческий аспект права дает возможность разграничения правомерного и неправомерного поведения (добавим — и промежуточного, нейтрального), выделять такие элементы, как социальный механизм действия права, ценность, установки, отношение к праву, мотивы, решения, конфликты и социальный контроль. Для нашей темы важен юридико-социальный блок, который не изолируется от других, а «сопровождает» все стадии и элементы правового регулирования, «одушевляет» их.

То же самое следует сказать о психологической науке и ее участии в регулятивных процессах. Механизмы восприятия и формирования образов правовых явлений, побуждения или раздражители эмоций вносят свой вклад в понимание всего спектра регулирования.

С правом тесно связана политология, ибо нельзя объективировать право без учета реальной политики и деятельности государства². Политические силы в обществе, как бы их не называли (классы, слои, олигархи, партии, объединения) всегда борются за свои интересы, используя легальные и нелегальные средства. Поэтому правовые акты всех уровней всегда, прямо или косвенно,

¹ Право и социология / Отв. ред. В.П. Казимирчук, Ю.А. Тихомиров. М.: Наука, 1973; Кудрявцев В.Н. Право и поведение; Гревцов Ю.И. Социология права. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2001; Медушевский А.Н. Социология права. М., 2006; Худойкина Т.В. Юридическая социология. Саранск: Изд-во Мордовского ун-та, 2002.

² См.: Дегтярев А.А. Принятие политических решений. М.: Университет «Книжный дом», 2004; Гавриленко В.Г. Политология. Минск: Право и экономика, 2009.

отражают политические интересы в обществе. В свою очередь политические решения часто облекаются в правовые формы, а без таковых выступают либо как импульсы и ориентиры правовых решений и действий, либо как факторы, влияющие и даже определяющие циклы развития права и изменений в механизме правового регулирования.

Политика как выражение демократического диалога в форме выборов и многопартийности — еще один аспект темы¹.

§ 3. Правовое регулирование в фокусе сравнительного анализа

Правовые сферы государств не представляют собой закрытых замкнутых пространств, напротив, они открыты для взаимовлияния в условиях интенсивных экономических, технических, научных, торговых, культурных и иных связей государств. Сравнительное правоведение расширяет свои границы и соответственно возрастает роль международно-правовых регуляторов как интеграторов «правовых обменов». Но всегда приходится отвечать на вопрос: каковы объем и пределы влияния иностранного права?

Интересны различные исторические ответы двух крупнейших юристов XIX в. М.М. Сперанский писал: «Все почти государства... получили богатое наследство: *римские* законы ... прежде нежели родились нужды и случаи, законы к разрешению их были уже готовы, и законы, высоким знанием придуманные, долголетним опытом испытанные и веками утвержденные. Оставалось только их познать и черпать по мере нужд и случаев из глубокого, неиссякаемого их источника. В тех же случаях, где законы римские казались несовместными с духом народа или с обстоятельствами времени, там они заменялись домашними примерами, обычаями и преданиями. Посему в сей части Европы были два обильных источника законодательства: законы римские и обычаи и опыты собственные».

Другая судьба предназначена была Провидением России. Из наследства римского нам ничего не досталось. Законодательство наше должно было все почерпать из собственных своих источников. Подражания, с XVIII в. у нас изредка являющиеся, не делают в сем правиле важного изъятия: они относились к одной

¹ Лапаева В.В. Право и политика: Научные очерки. М.: Российская Академия Правосудия, 2009.

только ветви законов, к учреждениям, и заимствованы были не прямо от римских, но от внутренних германских установлений. Законы гражданские, законы уголовные, законы внутреннего благоустройства и благочиния — все надлежало созидать вновь и из своих собственных материалов.

Отсюда, от сей разности в законных источниках, происходят особенные трудности в порядке нашего законодательства и управления... Когда государство возрастает, когда жизненные силы его в земледелии, в торговле, в промышленности расширяются, то сие одно служит уже неоспоримым доказательством, что в нем есть законы твердые и есть порядок в их исполнении»¹.

Мудрое предостережение против обвального копирования иностранных законов в начале 1990-х годов. Теперь приходится корректировать свои действия, что побуждает вернуться к теории и методологии сравнительного правоведения.

Как бы отвечая ему, Р. Иеринг исходит из сверхисторической преемственности, когда правовая система ушедшего с публичной арены государства продолжает оказывать свое влияние на современные правовые регуляторы. Римское право служит тому примером.

«Три раза Рим диктовал миру законы, — писал в связи с этим Р. Иеринг, — три раза приводил народы к единству: в первый раз, когда римский народ был еще в полной своей силе, — к единству **государства**; во второй раз после того, как этот народ уже исчез, — к единству **церкви**; в третий раз — вследствие усвоения римского права в средние века — к единству **права**; в первый раз внешним принуждением — силою оружия, два другие раза — силою духа»².

Это вневременное шествие мы почувствовали в последние годы и в России. Однако преувеличенная доля внешнего правового заимствования оказалась очевидной и «механические копии» иностранных текстов без анализа глубинных процессов регулирования не вносят творческий вклад в национальные системы.

В начале XX в. в Европе формируется такое научное направление, как сравнительное правоведение, чему во многом способствовало создание в 1920-х годах Международной академии сравнительного права. Полезна международная серия «Introduction» (введение) к национальному праву отдельных стран. Появилось много трудов по компаративистике как общего характера, так и

¹ *Сперанский М.М.* Руководство к познанию законов. СПб.: Наука, 2002. С. 146–147.

² *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. СПб., 1875. С. 1.

применительно к отдельным отраслям и регионам¹. Речь идет не только о сравнении законов и иных актов, но и о влиянии правовых принципов и концепций не только на законодательную, но и на судебную практику². В нашей стране переведен ряд книг по сравнительному праву, появилось немало оригинальных трудов о зарубежной правовой культуре³.

В отечественной юридической науке можно условно выделить четыре этапа сравнительного правоведения. До 1917 г. характерно объективистское описание зарубежного правового опыта, после 1917 г. — критический этап, когда иностранные доктрины и правовая практика подвергались негативной оценке. Третий — 1960–1970 гг. связаны с переводом ряда иностранных книг и первыми отечественными трудами по компаративистике. Четвертый — современный период серьезного внимания к иностранному опыту правового развития и активного поиска крупных правовых решений.

В «правовой картине» мира обнаруживаются общие черты мирового правового развития и специфика законодательства различных государств. Крупные общественные преобразования в России и других странах СНГ исходят из признания верховенства права, приоритета прав и свобод граждан, формирования правового государства, разделения властей, децентрализации управления, свободной экономической деятельности. Формируются демократические принципы правотворчества и правоприменения, новые правовые институты. При некоторой правопреемственности переосмысливаются старые юридические формы и взгляды, создаются новые нормы, отражающие движение этих стран к гражданскому обществу и социально-рыночной экономике. Национальные правовые системы развиваются во все большей взаимосвязи между собой. Усиливается юридико-идеологическое и нормативно-структурное влияние правовых систем иностранных государств и тех общих классических правовых доктрин, которые ранее отвергались.

Законодательство и правовую систему нельзя рассматривать вне их связи с динамичными правовыми массивами межгосударственных объединений и особенно с международным правом.

¹ См., например: *Schlesingers. Comparative Law. Cases — Text — Materials*. Seventh ed. Ugo A. Mattei. Tekmu Ruskova. Antoniogidi, Foundation. Press, 2009.

² *Law Making, law Jinxing, and law shaping* / Ed. by B. S. *Markesinis*. Oxford University Press, 1987. P. 37–41.

³ Голландская правовая культура / Отв. ред. В.В. Бойцова и Л.В. Бойцова. М., 1998.

Такой «правовой треугольник» служит общим правовым пространством, на котором взаимодействуют и сосуществуют разные нормативно-правовые массивы. В их связи есть немало устойчивого и закономерного, есть много противоречивого и случайного. В основе лежат общие интеграционные процессы и укрепляющееся сотрудничество государств в экономической, социальной и иных сферах. При этом очевидна тенденция выделения сферы правового сотрудничества и взаимоотношений, в рамках которой наблюдается взаимопроникновение правовых теорий, учений и взглядов, интенсивный обмен правовой информацией, принятие согласованных или сходных актов и норм.

Устойчивую позицию долгие годы занимает Международная академия сравнительного права. Проводимые один раз в четыре года конгрессы отражают интерес компаративистов мира как к традиционным, так и к новым правовым темам.

Примечательно: и в прошлые годы, и сейчас во всех учебниках по теории государства и права выделяются главы об основных правовых системах современности. Их содержание раскрывается через понятие «правовая семья», которое охватывает совокупность национальных правовых систем со сходными источниками права, понятиями, отраслями, нравственно-религиозными корнями. В другом определении правовая система предстает как обусловленный объективными закономерностями целостный комплекс взаимозависимых и согласованных специальных и общих правовых средств правового воздействия на общественные отношения. Но во всех случаях содержательное сравнение остается вне поля зрения, поскольку трактовка теории права дается параллельно с характеристикой иностранных правовых систем.

За последние полтора десятилетия появились специальные труды по сравнительному правоведению, различающиеся преимущественно по одному критерию — это научный метод или научная дисциплина. В них рассматриваются вопросы истории, методологии и функций сравнительного правоведения, критерии и виды правовых систем, причем уровнем сравнения является либо национальная система в целом, либо ее отрасль. Не без нашего влияния вводится анализ соотношения национального и международного права¹. «Набор» правовых систем примерно одинаковый, хотя в некоторых трудах сохраняется интерес к социалистической семье и постсоветским правовым системам.

¹ См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. М.: Юристъ, 2000; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение: Учебник для вузов. Общая часть. М.: Зерцало, 2006.

Заметно «насыщение» предмета философскими и культурологическими аспектами¹.

Отметим главное — за последнее десятилетие произошел переход от постановки общих вопросов к более предметному сравнительному анализу — в отраслях права, страноведческий обзор, институциональный принцип. И это обогащает кладовую науки². Появились новые журналы — «Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения», «Ежегодник сравнительного правоведения», «Энциклопедия сравнительного правоведения» (Киев), Сборник статей (Киев)³.

Развитие исследований в области сравнительного правоведения — отрадное явление. Но в ней слишком узко трактуется понятие «правовая система». Явно не хватает инструментально-методического аспекта, когда были бы разработаны средства анализа, сравнения, оценки, представлены выводы изучения и практические предложения. К тому же акцент на сопоставление преимущественно законов оставляет в тени другие явления правовой жизни. Ведь правоведение не синоним права, и оно охватывает все источники права, государственные и иные институты, юридические учреждения, правоприменение, юридическое образование и науку.

Исходя из этого, автор в своей книге «Курс сравнительного правоведения» предложил более широкий спектр исследуемых элементов правовой системы и ввел нормы международных организаций и межгосударственных объединений как своего рода общий знаменатель, как критерий, как ускоритель сближения национальных правовых систем⁴.

В другой работе использована схема построения книг издательства «Wolters Kluwer», когда рассматриваются юридические и институциональные элементы, способы сравнения, сближения, гармонизации и унификации норм разных правовых систем, причем анализ развития публичного и частного права и охватываемых

¹ Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика. Философские, теоретические и методологические проблемы. Киев: Знание, 2005.

² См.: Киселов И.Я. Сравнительное трудовое право: Учебник. М.: Проспект, 2005; Основные институты гражданского права зарубежных стран / Отв. ред. В.В. Залесский. М.: Норма, 2000; Малиновский А. А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. М.: Международные отношения, 2002; Административное право зарубежных стран: Учебник. М.: Спарк, 2003; Институты конституционного права зарубежных стран. М., 2004; Саидов А. Х. Национальные парламенты мира. М.: Wolters Kluwer, 2005.

³ Порив нялоне правознавство. Сбірник статей. Сугасний стан І перспективи розвитку. Київ, 2009.

⁴ См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М.: Бек, 1996.

ими отраслей российского права дается в сопоставлении с соответствующими отраслями иностранного права¹. Этим достигается более строгое предметно-инструментальное сравнение.

Продолжая развивать свою концепцию, полагаю целесообразным видоизменить некоторые понятия в рамках сравнительного правоведения. Сохраняя в качестве базового объекта понятие «правовая система», считаю возможным, во-первых, отказаться от отождествления ее с понятием «правовая семья», имеющим устойчивые историко-культурологические корни. Во-вторых, расширить круг объектов изучения за счет отнесения к ним четырех видов макроправовых систем — национальной правовой системы, правовой семьи, правовой системы межгосударственных объединений и системы международного права. Происходит смена векторов притяжения — наряду с «парными» сравнениями возрастает роль «многочленных сравнений». В таком виде можно вести речь о современной правовой карте мира, где видны границы и пересечения систем.

Таков макроуровень сравнительно-правового анализа. Второй его блок составляют: а) нормы; б) законы и иные правовые акты; в) правовые институты; г) подотрасли законодательства; д) отрасли законодательства; е) правовые массивы; ж) системы законодательства; з) предметы и методы правового регулирования; и) юридические понятия и термины; к) юридическая техника. Третий блок — ситуационно-целевой, когда для транснациональных проектов и т. п. изыскиваются новые правовые решения. В четвертом блоке или круге сравнения можно выделить: а) правовые концепции; б) правосознание; в) правовую культуру; г) правомерное и неправомерное поведение. Пятый блок охватывает: а) юридическое образование; б) юридическую профессию. Шестой блок включает государственные и общественные институты, опосредуемые правом.

Сравнительно-правовой анализ нельзя ограничивать нормами и институтами, поскольку их внешнее сходство и различие заманчивы лишь для поверхностного взгляда. Мировоззренческий источник кроется в природе и уровне правосознания, образах права, в нравственно-религиозных представлениях. Исследования показали значение этих вопросов², и их надо учитывать при

¹ См.: Тихомиров Ю.А., Талалина Э.В. Введение в российское право. М.: Городец, 2003.

² См.: Курильски-Огивэн Ш., Арутюнян М.Ю., Здравомыслова О.М. Образы права в России и Франции. М., 1995; Лафитский В.И. Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней. М., 2003.

оценке влияний «внешних» иностранных концепций и теорий на сознание и правовое поведение граждан другого государства. Именно правовые семьи являются хранилищем таких идей, взглядов и ценностей.

Интересы и суверенные права государств не должны ограничиваться под напором глобализации, ибо каждое из них само определяет области сотрудничества и области соперничества¹. Вступая в союзы и иные объединения, государства приобретают дополнительные возможности реализовывать свои интересы — как национальные, так и общие². Договоры и соглашения о сотрудничестве прокладывают путь для сближения правовых актов и институтов.

Более высокой формой взаимодействия государств являются договоры о союзах — таможенные, торговые, военные и т.п., которые допускают создание соответствующих структур и унификацию правовых норм. Распространенной формой международного сотрудничества является международная организация.

Среди международных структур все больший удельный вес приобретают межгосударственные объединения. Это — более высокая степень государственно-правовой интеграции. Для нее характерны: а) общие историко-социальные судьбы государств; б) географическая близость; в) отражение в структуре системы национально-государственных институтов и их жесткое взаимодействие; г) строгая «связанность» национальных правовых актов императивными актами межгосударственных объединений; д) наличие специальных процедур разрешения споров между государствами-членами. Объединения такого рода признаны конституциями ряда государств, в том числе Конституцией РФ (ст. 79).

Вступая в международные и межгосударственные объединения, государства берут на себя обязательства по приведению национального законодательства в соответствие с их нормами и по признанию обязательности их реализации в ходе дальнейшей деятельности. Так было со вступлением России и других стран в Совет Европы и принятием ими соответствующих программ корректировки законодательных актов. Подобные императивы реализовать сложно, и поэтому ведется большая подготовительная работа.

¹ См.: Мергелов М. Внешняя политика должна быть национальной; *Караганов С.* Критическая масса // Российская газета. 2006. 5 мая.

² Глобализация и законодательство (очерки) / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, А.С. Пиголкин. М.: Городец, 2004. С. 69–132.

Наряду с публично-правовой интеграцией отчетливо выявляется тенденция частноправового характера. Их обоснованно считают субъектами субправа¹, поскольку они раздвигают границы отражения корпоративных интересов. Всемирный банк, МВФ и экономические объединения национальных бизнес-структур активно влияют на национальную и международную политику и на принятие решений государственными органами и международными структурами. В то же время американская модель глобального административного права включает международные экономические и транснациональные организации, в «сетях» которых действуют все участники — государственные и иные организации. Их глобальные нормы и стандарты ограничивают действие национальных норм, без каких-либо квазипарламентских или ратификационных процедур. Не ущемляют ли эти функциональные связи суверенитет государств?

Казалось бы, интеграционные процессы находятся в сферах влияния разных международных структур, и каждая из них занята своими делами. Однако это не так. Острые политические и экономические противоречия негативно влияют на устойчивость институтов международно-правовой регуляции. Труднее решаются общие вопросы, рвутся договоренности, бездействуют одни и активно проявляют себя другие институты. Государства нередко считают себя не связанными заключенными международными обязательствами и ищут политические, экономические и военные выгоды с помощью перемены курсов.

Обостряется противоборство при решении конкретных задач, при этом национальные интересы нередко приносятся в ущерб корпоративным интересам, а международные — государственным. Транснациональные корпорации и компании ведущих стран при заключении и расторжении договоров — производственных, торговых, технологических, ресурсных — нередко жестко «давят» и угрожают партнерам. «Усмотрение» отдельных стран иногда служит поводом для жесткой оценки внутренних институтов других государств. Некоторые законы США о свободе и демократии в России, об объеме торговых отношений легализуют такую дискриминацию.

Давление международных и государственных структур с угрозами бойкота и санкций наносит ущерб национальным и между-

¹ Law and Contemporary problems. The emergence of global administrative Law. Vol. 68. Summer/School of Law Duke university autumn 2005. Durham, North Carolina.

народным интересам. Жесткие требования ВТО к России затрудняют мягкое вхождение нашей страны в сферы ее действия.

Вместе с тем выявляется проблема дублирования и несогласованности стандартов разных межгосударственных объединений по некоторым предметам регулирования. Таковы нормы ряда модельных законов, соглашений о тарифах, о ценах. Подобные юридические коллизии надо заблаговременно предотвращать, а при их возникновении использовать легальные процедуры. Столь же важно своевременно и в полном объеме выполнять обязательства государств — членов межгосударственных объединений.

В научном плане представляются актуальными следующие проблемы:

а) обеспечение стабильности национальных интересов и суверенных прав государств; преодоление «российского ученичества» и разработка вклада России в мировую правовую кладовую;

б) расширение исследований меняющегося соотношения международного и национального права, особенно в условиях трансформации представлений о праве всеобщем, общем, региональном, об объемах суверенных полномочий государств и полномочий, переданных ими межгосударственным структурам;

в) обоснование высокой роли общеправовых принципов международного сотрудничества и норм межгосударственной деятельности;

г) углубление анализа различных форм, правовых режимов и институтов межгосударственной интеграции с учетом динамики внутренней, региональной и международной обстановки;

д) систематическое изучение механизмов взаимодействия органов государств и институтов межгосударственных объединений.

Как отмечалось выше, анализ в рамках сравнительного правоведения во многом предопределяется его функциями. Они «задают» целевую ориентацию и программу изучения, сопоставления, оценки и подготовки выводов и предложений. Речь идет не об одномоментном взгляде, а о сложном познавательно-аналитическом процессе.

При этом правовые различия неодинаковы по своей природе и с точки зрения возможностей их преодоления. Можно вести речь о временных и долгосрочных различиях и о различиях, не устраняемых даже в отдаленном будущем.

Правовые различия могут быть:

а) сущностными — например, некоторые догматы мусульманского права, в частности принцип Конституции Ирана «признание Страшного суда»;

б) теоретическими — например, преобладание во французском публичном праве понятия публичных услуг¹;

в) разными по построению отраслей права — например, в Германии среди источников трудового права нет трудового кодекса², в США преобладают процессуальные нормы в административном праве;

г) неодинаковыми формами кодификации — например, во Франции кодексы включают и незаконодательные нормы, на Украине сосуществуют гражданский и хозяйственный кодексы;

д) отражением специфики конкретных правовых институтов и норм, правовых решений — например, в экологическом праве Германии делается акцент на стимулирование, в Уголовном кодексе Швеции предусмотрен электронный контроль за осужденным не строже чем на два месяца тюремного заключения;

е) выраженными в особенностях юридической техники и построения законов;

ж) разнотемповыми нововведениями — например, в Украине уже принят Кодекс административного судопроизводства, в Казахстане действует Закон «Об административных процедурах», в Беларуси развивается административная юстиция. Россия лишь планирует новшества;

з) контрастными государственными институтами.

Применительно к выявлению и оценке правовых различий и их преодолению кроме познавательных аспектов есть и деятельностный аспект. В зависимости от целей, которые ставят перед собой государства, темпов и уровней их политического, экономического и социального развития, от характера международных отношений формируются правовые связи с другими государствами. И соответственно модифицируются отрасли национального законодательства. Военно-политическое сотрудничество (пакты, союзы и т. п.) «подталкивает» к видоизменению некоторых норм и институтов конституционного и административного права. Ускоренная и масштабная экономическая интеграция побуждает быстрее идентифицировать законодательство о компаниях, транспорте, таможенном деле, технические правила и регламенты и т.п. Другие отрасли развиваются в прежнем русле с небольшими изменениями либо ждут «своего часа».

¹ См.: *Талалина Э.В., Газье А.* О публичном праве (на примере Франции и России) // *Право и государство: теория и практика.* 2006. № 2.

² См.: *Жалинский А., Рёрхт А.* Введение в немецкое право. М.: Спарк, 2001. С. 544–546.

Весьма показательна информация о законодательных актах иностранных государств (по данным «Журнала зарубежного законодательства и сравнительного правоведения» № 1–4 за 2008 г.; № 1, 2 за 2009 г.).

Экономическая сфера

Австрия

Закон о защите прав потребителей, Закон о патентных поверенных, Закон о внешней торговле, Закон об инвестиционных фондах, Закон об энергетическом хозяйстве, Закон об облегчении финансирования предпринимателей путем выдачи гарантий, предоставляемых Austria Wirtschaftsservice GmbH, Закон о поддержке экспорта, Закон о преемственности предприятий, Закон о банковском деле.

Бельгия

Закон о регулировании экономической и индивидуальной деятельности в области вооружений, Закон о мерах, направленных на содействие финансовой стабильности и введении, в частности, государственных гарантий относительно выданных кредитов и других операций, осуществляемых в рамках финансовой стабильности, Закон об экономическом подъеме.

Великобритания

Закон «О банковском деле», Закон «Об ассигнованиях», Закон «О финансах», Закон «О национальном страховании вкладов», Закон «О банках», Закон «О бездействующих банках и жилищно-строительных кооперативах», Закон «О консолидированном фонде», Закон «О банковской системе».

Германия

Закон о финансовом управлении, Закон о борьбе со злоупотреблениями ценами в сфере энергосбережения, Закон о модернизации надзорной структуры Федерального ведомства по надзору на рынке финансовых услуг, Закон о налоговых консультациях, Закон о поддержке возобновляемых источников энергии, Закон об уменьшении рисков, связанных с инвестированием, Закон о поддержке вложений в проекты (предприятия) с повышенным риском, Закон об энергетическом хозяйстве, Закон о внешнеэкономической деятельности.

Франция

Закон различных положений, применяемых в общем праве в экономической и финансовых областях, Закон о финансировании социальной безопасности, Закон о развитии конкуренции в сфере обслуживания потребителей, Закон о платежеспособности, Закон о партнерских контрактах, Закон о модернизации экономики.

Швейцария

Федеральный закон о биржах и торговле ценными бумагами, Федеральный закон о мерах по улучшению федерального финансирования, Федеральный закон о патентах на изобретения.

Охарактеризуем прежде всего термины, используемые в процессе сравнения национальных законодательств:

1. Сравнительно-правовой метод — способ анализа правовых явлений.

2. Правовые различия — правовые нормы, акты и институты, не совпадающие по целям, природе и субъектам в сферах их действия. Могут быть быстроустраняемыми, трудноустраняемыми, непреодолимыми.

3. Сближение законодательств различных стран — курс государств на согласование принципов правового регулирования на основе норм международного права, определение этапов и совместных мер по развитию национальных законодательств. Выработка общих правовых позиций.

4. Гармонизация законодательств — способ обеспечения единства в многообразии. Согласование концепций и программ правового развития. Выработка общих нормативных понятий и оценок. Упорядоченность правовых действий.

5. Унификация законодательств — метод, с помощью которого государства осуществляют единообразное регулирование правовых отношений. Выражается в создании единообразных актов и норм, заменяющих или действующих субсидиарно с национальными нормами.

6. Имплементация — исполнение государством международно-правовых норм путем их включения в национальную правовую систему. Фактическая реализация международных обязательств на внутригосударственном уровне.

7. Адаптация — процесс приведения национальных актов к общим принципам и стандартам.

8. Стандарт — технико-юридическая норма, обязательная для применения при совершении действий технико-экономического и иного характера.

9. Синхронизация — сближение национальных правовых систем, формирование правовой системы международного союза, координация деятельности по созданию аналогичных или сходных правовых норм.

10. Юридическая инвентаризация — учет и обзор действующих правовых актов.

Теперь рассмотрим методы анализа закона иностранного государства. К ним относятся: 1) цель анализа и критерии выбора и оценки закона; 2) оценка принадлежности закона к той или иной правовой семье, межгосударственному объединению; 3) влияние общей правовой доктрины на концепцию закона; 4) определение предмета законодательного регулирования (вид и объем общественных отношений) и структуры закона; 5) определение места закона в подотрасли, отрасли, системе иностранного законодательства, соотношение с другими правовыми актами; 6) изучение специфики нормативных понятий и терминов, используемых в законе; 7) установление способов регулирования статуса юридических и физических лиц, их прав, обязанностей, взаимоотношений и ответственности; 8) общее и особенное в способах юридической техники (видов норм, их структуры, отсылок и ссылок и т.п.); 9) характер и виды средств обеспечения действия закона (гарантия, контроль, суд и др.); 10) оценка степени различий или сходства с аналогичным законом России или другого государства.

Для исследования государственных институтов (органов) зарубежных стран необходимо обратиться к следующим объектам изучения: 1) характеристика конституционного статуса института; 2) выявление законов, которые устанавливают статус института; 3) порядок образования института; 4) каким образом определена компетенция органа и группы осуществляемых им функций (полномочий); 5) в каких отношениях находится государственный орган: а) с президентскими, парламентскими и управленческими институтами; б) с судебными органами; в) с местным самоуправлением. В каких формах обеспечивается демократическое участие граждан.

Приведем перечень способов преодоления юридических различий и сближения национальных законодательств.

I. Программные средства

1. Программы сближения национальных законодательств (по тематике, сферам и т.п.). 2. Программы гармонизации правовых принципов и институтов. 3. Договоры о правовом сотрудничестве. 4. Соглашения о правовой помощи. 5. Совместные и координируемые юридические действия и меры. 6. Общее признание и согласованная ратификация международных актов. 7. Легальное признание общего правового пространства (концепции, договоры). 8. Процедуры согласования подготовки и принятия национальных правовых актов.

II. Нормативные средства

1. Словарь нормативных понятий, терминов (гlossарий). 2. Модельные законодательные и иные акты (межгосударственных объединений, международных и экономических организаций). 3. Типовые проекты актов. 4. Имплементация норм международных договоров и т.п. 5. Единые стандарты (экологической безопасности и т.п.). 6. Единообразные нормы (обслуживания и т.п.). 7. Унификация — введение единых норм, актов и т.п. 8. Общий или распространенный юридический режим (инвестирования, налогообложения, создания юридических лиц и т.п.). 9. Признаваемый равный объем прав субъектов (инвесторов, предпринимателей и др.). 10. Выравнивание уровней правового обеспечения (пенсий и т.п.). 11. Признание юридических документов (дипломов об образовании и др.). 12. Введение упрощенного порядка (приобретения гражданства и т.п.). 13. Равная юридическая защита субъектов. 14. Равнообязательные юридические требования. 15. Допускаемые правовые льготы и стимулы. 16. Распространение санкций.

Критериями оценки сопоставляемых объектов сравнительно-правового анализа могут быть:

а) степень достижения с помощью правовых средств целей, установленных в интеграционных программах и решениях;

б) объективное отражение меры общего и особенного в национальном законодательстве каждого государства, их правовой инфраструктуры;

в) правильное применение из всего «набора» правовых средств тех способов сближения национальных законодательств, которые точно соответствуют готовности государств действовать на согласованной основе и реальному уровню развития экономических, социальных и политических отношений между ними; '

г) обеспечение согласованности актов и рекомендаций интеграционных органов;

д) соблюдение правил юридической техники при отборе, оценке и корректировке правовых актов.

И все же сохранение национально-правовых потенциалов остается важной задачей, которые должны обогащаться не только за счет изучения «текстовых источников», но и в большей степени путем анализа правоприменения и результатов регулирования.

Поиск сходств, отличий, заимствований, функциональных эквивалентов, эволюций и течений в однородных и различных правовых системах требует больших усилий¹.

¹ См.: *Леже Р.* Великие правовые системы современности. 2-е изд., перераб. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 278–288.



Глава 2

ГРАНИЦЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ: УСТОЙЧИВОСТЬ И ИЗМЕНЧИВОСТЬ

§ 1. Картина нормативного регулирования в обществе

Ученые и политические деятели отмечают важную роль норм, правил поведения, обеспечивающих совместную деятельность людей и подчинение их авторитету господствующей воли. Нормы порождаются людьми, общественными слоями, группами, классами и служат регулятором общественных отношений. Объективная обусловленность норм есть главное условие их возникновения и развития. Она определяет «лицо» социального регулирования как имманентно присущего обществу способа самоорганизации, воздействия общества на происходящие процессы.

Общество как сложная социальная система нуждается в определенном объединении деятельности людей. Это достигается путем создания и обеспечения такой модели общественного поведения, которая отражает существование человека в рамках социальных общностей, многообразные взаимодействия человека с общественными группами, взаимоотношения слоев, классов, наций, личности и общества в целом. В процессе своеобразного «саморегулирования» человек исходит из принятых социальных норм, руководствуется ими. Как элемент социальной общности он участвует в их выработке, в признании их как стандартов поведения. Сознательно-волевое поведение индивидуума часто исходит в той или иной степени из действия усвоенных и оцененных им социальных норм.

Нормативное регулирование выступает поэтому в качестве важнейшей формы регулирования общественных отношений. Его роль существенным образом возрастает в современных условиях, поскольку широкое участие личности и масс в общественных процессах требует глубокого усвоения и использования социальных норм как стимулов активной общественно полезной деятельности, как критериев правильного сочетания интересов общества, государства и личности. Общество и государство заинтересованы во всемерном использовании нормативного регулирования для

управления общественными и государственными делами. Глубина и размах управленческой деятельности становятся качественно иными. Социальные нормы, обеспечивающие нормативное регулирование, — составная часть механизма социального управления.

Благодаря нормативному регулированию обеспечивается выражение социальных интересов, та степень сочетания публичного и частного, которая способствует раскрытию творческих способностей человека и его гармоническому развитию и на этой основе — творческого потенциала общества. Но нормативное регулирование характеризуется целостностью и согласованностью развития всех его частей, всех способов нормативного воздействия. Ведь неизбежны противоположные интересы.

Для регулирования поведения людей необходимо создать социальные нормы. Природа их выяснена достаточно. И тем не менее ощущается потребность в углублении знаний в данной области, прежде всего в понимании характера и пределов регулятивного воздействия этих норм с учетом разной степени опосредования их людьми.

Всякая норма есть прежде всего правило должного и возможного поведения; она рассчитана на неопределенное число типичных проявлений общественного поведения и носит общий характер. Социальные нормы безличны, в них всегда содержится устанавливаемая или признаваемая социальная ценность, мера, критерий оценки действий людей. Нормы служат средством социального контроля за деятельностью людей со стороны общества, государства, органов и организаций, коллективов.

Социальные нормы, являющиеся условием и средством нормативного регулирования, весьма многообразны по содержанию и видам. В науке существуют различные критерии классификации норм. В одних работах говорится о нормах политических, правовых, этических, организационных, корпоративных, технических, а также об обычаях, традициях, нормах внешней культуры, правилах общежития. В других — о нормах морали, права, внешней культуры, обычаях и традициях, нормах общественных организаций, организационных правилах, политических нормах, социально-технических нормах. В третьих — классификация строится по способу формирования и мерам, обеспечивающим проведение норм в жизнь: нормы права, нормы морали, нормы общественных организаций и обычаи.

Как видно, сложившиеся классификации достаточно полно отражают многообразие социальных норм. Уточняя эти классифи-

кации, хотелось бы отметить два обстоятельства. Одно связано с более точной характеристикой способов возникновения, создания этих норм. Ведь правовым нормам как продуктам деятельности государства и нормам общественных организаций свойственны своеобразные субъекты — структуры, отражающие, формирующие и выражающие волю и интересы социальных общностей.

Для норм морали, обычаев, традиций характерно то, что они не являются прямым результатом действия институтов власти и складываются в процессе общественного развития как производное от «саморегуляции» поведения, деятельности индивидов, групп, слоев, наций. Это в полной мере нормы-саморегуляторы, осознанные и применяемые в качестве стимулов поведения, в них содержатся оценки альтернатив его вариантов. Вполне естественно, что власть и ее институты небезразличны к этой категории норм.

Общество и государство способствуют становлению и упрочению норм саморегуляции, вырабатываемых непосредственно гражданами и служащими основой их сознательной и активной деятельности, и ограничивают действие антисоциальных норм.

Однако не все граждане одинаково относятся к соблюдению социальных норм, случаются многочисленные отступления от содержащихся в них правил. Чаще всего нарушение одного вида норм означает одновременно и нарушение другого вида норм; отступление от многих норм морали не соответствует и нормам права, и наоборот. Встречаются и «ложные приоритеты», когда предпочтение искусственно отдается нормам морали, традициям, обычаям в ущерб, например, нормам закона, которые по этой причине реализуются не полностью.

Все это делает вполне обоснованной постановку вопроса о системе социальных норм. Только комплексная оценка норм необходима для социально-нормативного регулирования.

Нормативная система в свою очередь включает несколько взаимосвязанных частей. Понимание их учеными неодинаково. Некоторые авторы все части рассматривают как подсистемы с той или иной степенью их организованности; другие считают системность признаком лишь правовых норм. Первая точка зрения нам представляется более обоснованной, поскольку позволяет глубже понять истоки, назначение и своеобразное сцепление всех видов социальных норм. Ведь нормы общественных организаций, например на выходе своей системы, особенно ярко выявляют общерегулятивные, социально-политические качества.

Политические нормы, влияя на остальные, придают действию всех норм политической характер.

Системное рассмотрение социальных норм в обществе дает возможность правильно оценить их внутренние и внешние связи, процесс взаимодействия. Такой метод тем более важен, что довольно распространен подход к оценке их развития по принципу усиления роли одних норм за счет сужения сферы действия других, например норм морали за счет норм права. Анализ процессов общественного развития убеждает в том, что более отчетливо проявляется тенденция к усилению взаимодействия различных социальных норм. Это взаимодействие выражается в трех основных формах: воздействия на определенную область общественных отношений в ходе решения крупной социальной задачи, воздействия на тот или иной процесс развития и в форме своеобразного слияния различных норм. Последнее подтверждается тем, что ряду норм Конституции России присущи одновременно содержание и структура норм права и морали.

Проблема социальной нормы имеет громадное теоретико-познавательное и политическое значение. Примечательно с этой точки зрения, что на философских конгрессах при обсуждении вопроса о нормах и их обосновываемости речь по существу шла не о системе социальных норм, включающей и нормы права, а преимущественно о нормах морали. Такой подход отражает господствующие в зарубежной философской науке представления, в частности, о свойственном позитивизму разрыве сущего и должного. Обсуждение вопроса о природе норм позволило сделать вывод о том, что истинными (правильными) являются нормы, способствующие единству и прогрессивному развитию той или иной человеческой общности, обеспечивающие духовный рост и расцвет личности. Широко обсуждались проблемы норм на конгрессах Международной ассоциации политических наук. Здесь рассматривались и аспекты политико-нормативной теории, и законодательный процесс как средство принятия государственных решений, и вопросы права и политики.

В оценках социальных норм со стороны буржуазных ученых отчетливо наблюдается стремление найти «равнодействующую», которая обеспечивала бы их устойчивость. Например, в книге «Господство права», изданной в США в 1961 г., содержится утверждение, что человеческое общество подчиняется трем главным силам: религии, устанавливающей универсальные принципы порядка, соглашения или повиновения, обычая как выражению опыта, знаний, общественного мнения и закону в

качестве средства социального контроля (в этом смысле ему присущи выражение власти, свойство компетентно формулировать всеобщие правила, метод информирования граждан о них, техника применения и санкции). Подчеркивается, что все три социальных регулятора связаны между собой и в совокупности дают человеку всеобщие ценности — правду, добро и право, идею справедливости. Поэтому и право должно дать выражение тем ценностям, которые требуются человеческой природе. В этой позитивистской концепции, как видно, все нормы объявляются равнозначными, к тому же вне связи с политической властью и социальными интересами.

Важное место в системе социальных норм занимает право. Правовые нормы представляют собой наиболее структурированную подсистему и в яркой форме выражают политическую ориентацию всей системы социально-нормативного регулирования. Право, непосредственным образом связанное с политической властью и ее институтами, является «опорной конструкцией» всей системы социальных норм, ибо на него приходится основная часть нормативного регулирования современных процессов и общественных отношений.

Не отвергая ряда достоинств нормативной трактовки, многие ученые-юристы пытаются расширить рамки социального действия права, включая в его определение не только нормы, но и правоотношения, и правосознание, отражение социально-психологических аспектов.

Социальная ценность права заключается не только в его специфически юридических свойствах — нормативности, формальной определенности, общеобязательности, но и в том, что право выступает как комплекс юридически гарантированных возможностей свободного выбора решений и действий субъектов общественных отношений, как система закрепленных законом субъективных прав граждан и организаций, обеспечивающих их творческую самодеятельность. Первичная ценность права состоит в достижении определенных социальных целей и идеалов, в выражении социальных интересов с помощью присущих ему качеств.

По нашему мнению, сердцевину понятия права составляет категория социализированной воли, выражающая устремленность народа, его готовность регулировать в своих интересах общественные отношения. Далее в определении нужно отметить характер и методы правового регулирования, воздействия, наконец, инструменты, формы ориентированного общественного

поведения. В первую очередь к ним относятся, конечно, нормы, но совокупность норм не исчерпывает содержание права. Это также правовые принципы, имеющие очевидный нормативно-ориентирующий смысл. Тем самым складывается система государственно-нормативного регулирования.

§ 2. Циклы правового развития

О праве говорят и пишут почти все, и оно вознесено на вершину нашей общественной мысли. Но в реальности право воспринимается и действует иначе — противоречиво и непоследовательно. Обилие правовых актов подчас создает иллюзии решения задач общества и государства и не отражает реальных периодов их развития. Да и правовые процессы остаются вне поля зрения, хотя правовой марафон — это не только старт, но и длинный путь к финишу.

И в юридической литературе эти явления исследованы далеко не в полной мере. Увлечение трактовкой закономерностей развития социалистического права как его восхождения в прошлые десятилетия сменилось рассмотрением скорее статичных состояний права — принципы, правоотношения, юридические факты, ответственность и т.п., без анализа реальных тенденций его развития¹.

В ходе развития беспрерывно возникают юридические ситуации. Это случайно сложившаяся в определенных условиях места и времени единая, целостная, относительно стабильная совокупность обстоятельств, которая подлежит определенному правовому разрешению, носит предположительный характер, характеризуется повторяемостью и конфликтностью. Юридическая ситуация носит качество сущего, в ней проявляется переход правовой возможности в правовую действительность. Юридическая ситуация всегда случайна с точки зрения реальной действительности и не всегда нужна с позиции права, а конкретная юридическая ситуация воплощает в себе как начала случайности, так и необходимости. Юридическая ситуация, изначально выступая явлением правовой действительности, стремится к организованности и посредством своего разрешения переходит в разряд элементов правовой системы, выполняя при этом функцию отражения

¹ См., например: Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. 2-е изд. М.: Юрист, 2006; Скурко Е.В. Принципы права в современном нормативном правоприменении. М.: Юстицинформ, 2008.

результата правового воздействия, приобретая свойство организованной, системно-структурной целостности, располагаясь в правовой системе в компоненте «реализация права». Неправовая, т.е. ошибочно разрешенная юридическая ситуация не может стать элементом правовой системы.

Юридические ситуации можно подразделять на следующие виды: правовые и неправовые, оспоренные и неоспоренные, разрешенные и неразрешенные, однородные и неоднородные, нормативные и казусные, судебные и несудебные, ординарные и неординарные.

Признаки юридической ситуации:

- ***разрешимость.*** Данный признак является сущностной характеристикой правовой ситуации, которая закладывает основу для ее понимания, описания и установления связанных с ней закономерностей. Разрешимость предполагает, что объективно требующие права жизненные ситуации должны получить именно правовое разрешение, обязательность разрешения юридической ситуации (императив невозможности отказа от ее разрешения), субъективно-ценностное отношение правоприменителя к юридической ситуации;
- ***определенность.*** Юридическая ситуация стремится к определенности, т.е. к однозначному разрешению, и должна быть закреплена в определенной правовой форме. Определенность предполагает также стабильность оценки юридической ситуации, невозможность произвольного изменения определенным образом разрешенных юридических ситуаций, что гарантируется законной силой правоприменительного решения;
- ***предположительный характер.*** Ретроспективность юридической ситуации обуславливает возможную неполноту сведений о реально происходивших в прошлом действиях и событиях (ввиду объективной невозможности их достоверного установления или сокрытия информации). В целях достижения определенности в разрешении юридической ситуации используются специальные правовые средства, в частности правовые презумпции, фикции и преюдиции;
- ***повторяемость.*** Право основано на поиске типичных моделей поведения, специфика правового мышления состоит в отбрасывании юридически незначимого, что с неизбежностью влечет выделение данного признака. Также повторяемость проявляется в существовании однородных юридических ситуаций, которые по своим сущностным характеристикам схожи до степени достаточности вынесения аналогичных решений;

— **конфликтность** юридической ситуации проявляется в столкновении интересов ее участников в ходе «борьбы за право», в постоянном противоречии факта и права, в конкуренции между правовыми предписаниями¹.

По нашему мнению, циклический подход к развитию права позволяет отказаться от механистического отношения к нему и упрощенных оценок, с одной стороны, от сугубо «текстового» восприятия права как набора сменяющих друг друга правовых актов, — с другой. С его помощью появляется возможность вскрыть, понять и осознанно влиять на все стадии жизни права как публичного², так и частного. Видеть их связи и взаимопереходы, обнаруживать скрытые грани права. Речь идет:

а) о правопонимании, правосознании, идеях, теориях и образах права;

б) проектировании права, о прогнозировании, программах и стратегиях, планах развития законодательства и правового обеспечения;

в) правотворчестве, о регламентированных стадиях разработки проектов законов и иных правовых актов, их обсуждении, принятии и вступлении в силу;

г) правоприменении, включая каналы управленческой и судебной деятельности, практику социальных учреждений и бизнес-структур, динамику отношения граждан к праву;

д) контрольно-оценочном механизме, включающем правовой мониторинг и анализ информации о действии норм и институтов, их эффективности, коллизионных ситуациях и спорах, выявлении отклонений от правовых моделей и их коррекцию.

Как видно, названные периоды возникновения, развития и изменения права представляют собой суперциклы, каждый из которых охватывает мини-циклы временного, тематического и функционального характера. Каждый цикл характеризуется тем или иным правовым состоянием. Нормальные, стабильные, отклоняющиеся, конфликтные, признанные, революционные, переходные правовые состояния отнюдь не всегда иллюстрируют плавный путь «восхождения права», что характерно для научных оценок в некоторых книгах по теории права и государства.

Повороты и зигзаги правового развития — налицо. И тут особое внимание следует уделить анализу правопреемственности

¹ См.: Шипунов Иван Викторович. Юридическая ситуация как общетеоретическая категория: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Омск, 2009.

² См.: Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М.: ЭКСМО, 2008. С.33–135, 431–444.

как фактору правовой стабильности общества и государства. К сожалению, лишь в гражданском праве тщательно разработан механизм правопреемственности, чего не скажешь о публичном праве. Отсюда либо максималистские сломы прежних правовых систем либо механическое «перетаскивание» старых норм в новую эпоху либо копирование иностранных норм. Сохранение правовых принципов и базовых законов может и должно сочетаться с модернизацией институтов и отдельных правовых блоков и законов. Но выбор меры сохранения и изменений должен быть не субъективным, а исторически обусловленным. Тогда концепции, модели, акты и институты будут развиваться с опережением событий. Учитывая многообразие аспектов, рассмотрим лишь некоторые из них.

Что такое цикл развития права?

Это относительно устойчивый временной и содержательный период развития правовой сферы, характеризующийся постепенными и последовательными действиями субъектов права по достижению стратегических целей. Тут уместно говорить, во-первых, о целеполагании, «задаваемом» правом. Оно определяет новые статусы субъектов, новые характеристики объектов регулирования (сфер, отраслей и т.п.). Во-вторых, о юридическом времени правовых циклов, когда наблюдается сохранение стабильного правового курса и правопреемственности правовых актов, институтов и т.п. Реализуются общие принципы права, конституционные принципы, нормы и институты, совершаются типичные и массовые правомерные действия.

В-третьих, происходят отклонения от установленных целей, принятых концепций и юридических моделей. Допускаются нарушения законности. Зарождаются и появляются новые «правовые элементы», которые со временем могут привести к обновлению и смене правовых циклов.

Показателями служат изменения концепций, правовой политики, соотношения законов и подзаконных актов и иных регуляторов (например, корпоративных норм), в уровне деятельности органов публичной власти, социальных и экономических организаций с точки зрения закона, наконец, уровня правосознания и поведения граждан, их отношения к праву и официальным, и иным институтам.

В развитии и смене ситуаций есть и «моменты покоя». К ним условно можно отнести правовое состояние. Это обусловленная социально-культурными условиями жизнедеятельности общества разновидность социального состояния, представляющая

собой способ юридического бытия субъектов, объектов или общественных отношений в определенный момент времени и в определенном пространстве, закрепленный в законодательстве. Ее черты: является общим понятием правоведения, содержание которого шире аналогичных понятий отраслевых юридических наук; выступает в форме фундаментального теоретического понятия теории права и играет методологическую роль по отношению к отраслевым юридическим наукам; дает возможность воссоздать реальную картину правовой действительности, раскрыть ее существенные свойства, выявить особенности права по сравнению с другими общественными явлениями; отражает не только сугубо теоретические, но и практические потребности; способствует объединению правовых знаний, разработанных в отраслевых юридических науках, и тем самым содействует целостности познавательной деятельности во всех областях юридической науки; может быть перенесена на другие области знания.

Базовой классификацией правовых состояний субъектов является их деление на правовые состояния-свойства и правовые состояния-отношения. Правовое состояние-свойство — это предусмотренное нормами права обстоятельство, носящее длительный характер и отображающее физиологические или психологические изменения в организме человека, уровень материальной обеспеченности либо иные социальные свойства субъекта. Правовое состояние-отношение — это специфическое правоотношение, обладающее сложным внутренним строением, стабильным содержанием, а также длительным периодом существования¹.

Динамика правовых состояний порождается комплексом факторов объективного и субъективного характера.

Это культурные изменения в экономике и социальной сфере, в международных отношениях, это выборы, перевороты, когда меняется государственный курс, это программы и концепции развития страны и регионов, это серьезные отклонения от политических и экономических решений, ошибки в реализации права. Поэтому и ситуации, и состояния могут быть повторяющимися, нормальными, неясными, переходными, кризисными и критическими. Отсюда и разные правовые воздействия — поддерживающие действующие состояния, корректирующие и юридические режимы, преобразовательные и т.п. Используемые однородные отраслевые правовые средства или комплексные

¹ См.: Новикова Ю.С. Правовое состояние как категория права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005.

нормы разных отраслей, включая международные, способствуют изменению статуса субъектов и их роли, функций, восполнению ресурсов, обновлению управленческих, хозяйственных и социальных связей. Учитываются ожидания общества, с одной стороны, и готовность общества или его части к переменам или консервации отношений.

И здесь для нашей темы важен вопрос о правовом состоянии. Это понятие уже получило научное освещение в философской и юридической литературе на основе формулы древнегреческих мыслителей о переходе одного состояния в другое, о способе проявления бытия в конкретных условиях в определенный момент времени. Тут главное — момент устойчивости явления в процессе развития. Правовое состояние фиксирует момент стабильности в развитии юридических объектов и субъектов в некоторый момент развития, при определенных условиях обусловленный уровнем развития общества и его сфер. В законодательстве закрепляются общеправовые, межотраслевые и отраслевые состояния¹. И все же. Это, скорее, динамическая мера оценки всех явлений правовой сферы, а не отдельный элемент правовой системы.

Важно подчеркнуть: в пределах циклов правового развития возникают, проявляются и изменяются разные правовые состояния. Меняется отношение к праву и уровень законности, одни институты применяются последовательно, а другие — пассивны. Такое происходит, например, в отношении норм о предпринимательстве. Наблюдается подчас временная активность органов прокуратуры и антимонопольной службы, сменяющаяся «правовой рутинной». Циклы правового бездействия — явление нашей жизни.

Циклы, естественно, неодинаковы по своему характеру и содержанию, по реальному удельному весу разных правовых элементов и влиянию в обществе на происходящие процессы. Одни из них могут развиваться ритмично, эволюционным путем, меняющим отдельные правовые характеристики в рамках «юридического времени». Другие являются критическими и кризисными, приводя к переходным периодам и качественно другим циклам. Наблюдается оттеснение и противоборство циклов. Вопрос в том, как сочетаются эти циклы, удастся ли их предвидеть и к ним готовиться. Увы, далеко не всегда.

Примечательно, что правовые циклы могут охватывать весь спектр правовой сферы и тогда она меняется существенным или

¹ См. подробно: *Парфенов А.А.* Правовое состояние. М.: Юрист, 2007.

коренным образом. Таковы были исторические смены циклов развития права в начале 1920-х годов и в конце 1980-х — начале 1990-х годов в нашей стране в связи со сменой общественной формации. Менялась базовая концепция права, система законодательства и юридические институты. Акцент на права человека и рыночную экономику пробудил интерес к публичному и частному праву, а отсюда и соответствующие законы, научные разработки, правовые взгляды.

Все это подводит к более широкому пониманию циклов, когда правовые циклы «встраиваются» в общие циклы развития общества либо подвергаются их сильному воздействию. История и современность убедительно свидетельствуют о таких политических курсах, как смена типа и формы власти, устройства власти, режимов, включая выборные и иные механизмы. Смены экономических курсов означают иные приоритеты в развитии форм собственности, статусов юридических лиц и граждан. Экономические реформы приводят к трансформации экономических отношений. На протяжении 1990—2008 гг. неоднократно менялись их ориентиры и соответственно ГК, законы о предприятиях и акционерных обществах и т.п. Социальные реформы повлияли на перестройку законодательства и о здравоохранении, образовании, где акцент был сделан на механизме оказания социальных и иных публичных услуг¹. Наконец, кто возьмется отрицать влияние международно-правовой среды, когда ее отчуждение в прошлые десятилетия сменилось полным признанием приоритетом международных принципов и стандартов. Критический тон в сравнительном правоведении сменился признанием его роли и даже чрезмерным копированием иностранных образцов. Эти циклы влияли на внутренние правовые циклы в нашей стране.

Тем самым становится очевидным вывод: правовые циклы имеют относительно самостоятельный и производный характер от социально-экономических циклов в обществе.

Но нередко меняются циклы развития отдельных правовых элементов. Так, в сфере планирования наблюдалось универсальное государственное планирование (1917—1987), сужение объема централизованного планирования (1987—1991), отказ от государственных планов (1991—2000) и вновь возрождение плановых начал в виде перехода к долгосрочным стратегиям и целевым комплексным программам и концепциям. Показателен и опыт совнархозов 1920—1930-х, 1950-х годов и воссоздание тер-

¹ Публичные услуги и право / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М.: Норма, 2007.

риториальных механизмов управления в современных условиях. Федеральные округа, территориальные структуры федеральных институтов и т.п. — вот иллюстрации.

Периодически возникновение курса на децентрализацию сопровождалось усилением роли многих органов и соответствующими изменениями законодательства. Другой аспект — попытки расширения прав предприятий 1950-х годов и 1980-х годов привели в конечном счете к новому типу коммерческих и некоммерческих организаций, унитарным предприятиям и автономным учреждениям, саморегулируемым организациям. Корпоративное право, лишь посвящено «производное» от государства и его законов, право СРО, право социальных учреждений, муниципальное право — вот вехи этой эволюции.

Для понимания динамики правовых состояний надо учитывать влияние разных факторов. Объективные факторы воздействия на право — экономические, социальные, политические, международные, природные и т.п. — сочетаются с факторами развития самой правовой системы, ее внутренними процессами и зависимостями. Причем и те и другие действуют как в позитивном смысле, влияя на право в соответствии с его принципами и курсом правовой политики, так и негативно, препятствуя им, разрушая русло правового развития. Проведение анализа позволяет обнаружить подвижное соотношение разных факторов и их разновекторное влияние на развитие права. Без этого трудно моделировать, создавать и реализовывать правовые нормы и механизмы.

Полезна ли здесь синергетика? Да, безусловно. Ее применение позволяет учитывать сочетание порядка и хаоса, нелинейность, неравновесность, информационный обмен со средой¹. Широкий спектр факторов влияния на право повышает эффект саморегулирования в общественной среде. Хотя и в прошлые годы управление обществом рассматривалось как сознательное и стихийное, но с явным перевесом в пользу первого. Другой критерий для анализа циклов права—время. В историческом смысле оно отражает объективный ход процессов и существования явлений и общепринятые способы измерения. Вводя понятие «юридическое время», мы более строго определяем рамки жизни правовых явлений и границы их изменений. Это касается и временных, и подвижных, и устойчивых сроков принятия и реализации правовых актов, начала деятельности государственных и иных структур,

¹ См.: Грунина В.А. Синергетические основы правового регулирования: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006.

приобретения юридическими лицами и гражданами «статусных состояний» и их изменений и т.п. Ошибки в определении юридического времени весьма ощутимы.

В иностранной науке есть и другие трактовки импульсов правового развития. Н. Луман (ФРГ), один из наиболее известных представителей современной западной социологии права, анализирует изменения в правовой системе, вызванные политическим вмешательством в условиях государственного интервенционизма¹. Политические злоупотребления правом как средством социальной инженерии изменяют его внутреннюю структуру, особенно внутренний баланс нормативной закрытости и когнитивной открытости правовой системы, приводят к перегрузке «самовоспроизводства» в саморегулирующейся системе.

Ведь теория общества как функционально дифференцированной социальной системы позволяет рассматривать право в качестве одной из его функциональных подсистем. Система (подсистема) функционирует, воспроизводя протекающие в ней процессы, независимо от влияния естественной и социальной среды.

Правовая система — это саморегулирующаяся система. В области законотворчества она подвержена политическому контролю, но только право способно изменить право. Лишь изменение юридических норм, происходящее внутри правовой системы, становится изменением права. Это не отрицает внешнего влияния, в частности со стороны политической системы. Но правовая система воспроизводит себя только правовыми событиями.

... Поскольку правовая система обладает нормативно закрытой структурой, то процедура воспроизводства права осуществляется как процесс циркуляции: «Решения юридически действительны лишь тогда, когда они основаны на нормативных правилах, поскольку нормативные правила действительны лишь тогда, когда они реализуются в решениях».

Как отмечают ученые, переходный период в развитии права — специфическое правовое явление. Его сущность выражается в совокупности таких основных признаков, как активное взаимодействие временных координат (прошлого, настоящего и будущего), неопределенность временных рамок, формирование нового правового мышления, активизация правотворчества, нестабильность законодательства. Переходный период складывается

¹ См. аннотацию: Самовоспроизводство права и его пределы // Правовая мысль XX века. М., 2002 (Н. Луман).

ся из анализа состояния правовой надстройки, ее демонтажа и правового строительства.

Преемственность как способ развития права представляет собой историческую связь этапов развития, которая является: а) связью диалектической, потому что обусловлена диалектическими законами отрицания отрицания, единства и борьбы противоположностей, перехода количественных изменений в качественные; б) связью временной, так как соединяет три временных координаты права — прошлое, настоящее и будущее; в) связью генетической, так как каждый последующий этап в развитии права обусловлен предыдущим; г) связью объективной — ее существование не зависит от усмотрения законодателя.

Отмечается, что преемственность в праве имеет следующие функции: а) передачи правового наследства; б) прогрессивного развития права; в) информационной; г) познавательной. Наследство в области права представляет собой совокупность связей, отношений и результатов деятельности человека в правовой сфере на протяжении всех прошлых исторических эпох, подлежащих критической переработке и пересмотру, развитию и использованию в соответствии с объективными критериями правового прогресса. Оно является базовой категорией по отношению преемственности¹.

Вспомним строки С. Есенина:

«Еще закон не отвердел,
страна шумит, как непогода.
Шагнула дерзко за предел
Нас отравившая свобода».

Они написаны в 1920-х годах, когда ломались старые и создавались новые формы жизни.

Процессы общественного развития протекают неоднолинейно, и им присуща своего рода цикличность. Речь идет о периодах стабилизации, подъема, кризисов, переходных состояниях экономики и социальной сферы. Такие процессы происходят в нашей стране за последние десятилетия. Поэтому нынешний финансово-экономический кризис представляет собой один из периодов общего развития, не прерывающий движение к намеченным целям. Долгосрочная концепция социально-экономического

¹ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период. Общетеоретические вопросы: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Омск, 2009.

развития России до 2020 г. служит устойчивой основой нашей деятельности.

И тем не менее кризис заставляет меняться разные стороны общественной жизни. Не остается без изменений и наше законодательство, причем оно, как и прежде, играет в этот период активную роль. Его изменения носят конструктивный характер и происходят в соответствии с принципами права и устройства правовой системы.

Во-первых, потребовалось гибкое регулирование финансовой деятельности и оказание государственной помощи банкам и предприятиям. Приняты специальные Федеральные законы «О дополнительных мерах по поддержке финансовой системы Российской Федерации», «О дополнительных мерах для укрепления стабильности банковской системы в период до 31 декабря 2011 года». Внесены изменения в Бюджетный кодекс, в частности, предусмотрено создание резервных фондов в субъектах Российской Федерации. Принят новый Федеральный закон «Об аудиторской деятельности», способствующий повышению качества независимой проверки бухгалтерской (финансовой) отчетности.

Следуя прежним курсом либерализации экономики и всемерной поддержки бизнеса, государство одновременно усиливает регулирование отдельных секторов. В соответствии с новыми антикризисными задачами перестраивается деятельность государственных органов и организаций, бизнес-структур. Режим экономии средств и строгого контроля за их расходом сочетается с активным использованием всех ресурсов и особенно инновационных проектов.

Нормы Гражданского, Бюджетного и Налогового кодексов позволяют государству оказать помощь стратегическим и градообразующим предприятиям кредитами, в том числе под государственные гарантии, привлечением к реализации госзаказов, участием в их капиталах (выкуп части акций или облигаций). Поддерживается малый и средний бизнес. Предусмотрены и налоговые рассрочки. Предоставляются субсидии бюджетам субъектов РФ из федерального бюджета на возмещение сельхозпроизводителям части затрат на уплату процентов по кредитам.

Это временные меры, рассчитанные на поддержание экономики до начала стабилизационного периода. Не исключено, что некоторые из них «приживутся» подольше.

Во-вторых, осуществляются эффективные меры по обеспечению социальной сферы и занятости населения, способствующие

укреплению гарантий трудовых прав граждан и неукоснительному выполнению работодателями своих обязанностей. Расширяются оперативные полномочия Правительства Российской Федерации.

Принятые законодательные и правительственные решения способствуют укреплению гарантий трудовых прав граждан в этот сложный период. Речь идет о расширении доступной информации о рабочих вакансиях, об эффективной помощи служб занятости в открытии собственного дела, при переезде в другую местность, в повышении квалификации или получении новой специальности. Из федерального бюджета субъектам Российской Федерации выделены субсидии для дополнительных мероприятий в этой области. И это требует от региональных и местных органов активной деятельности.

Не менее важно поддержать и «удержать» правовые стандарты обслуживания граждан в сфере медицины, образования, ЖКХ. И дело тут не только в финансовых средствах, но и в качестве работы персонала, использовании новых технологий, наконец, в стабильном внимании к оказанию всех услуг гражданам.

В-третьих, потребовалось практическое расширение сфер мониторинга, охватывающих как наблюдение и получение оперативной информации о реальных переменах в промышленности, строительстве, социальной сфере, так и степени реализации законов и иных нормативных правовых актов. Так, Минздравсоцразвития ввело дополнительный мониторинг занятости работников в разных сферах, Счетная Палата Российской Федерации — установила виды более краткой и оперативной информации об использовании банками и предприятиями выделенных кредитов.

Усиливается государственный контроль, и это сочетается с повышением ответственности государственных и муниципальных служащих за правильное и своевременное решение вопросов на основе закона.

В этих мерах отражается общий устойчивый курс развития законодательства на усиление государственной поддержки экономических субъектов с одновременным укреплением гарантий их самостоятельности. В соответствии с конституционными принципами вводятся дополнительные гарантии прав граждан на труд и социальное обеспечение. Иными словами, используются гибкие ресурсы законодательства, его активная регулирующая, охранительная и компенсаторная функции в обществе. Укрепляется законность в стране.

Теперь важно гибко сочетать временные правовые меры с обеспечением стабильности законодательства, не допуская «изъятий» и отступлений без всяких оговорок. В этом заключается залог уменьшения негативных последствий финансово-экономического кризиса и повышения позитивной роли закона в жизни нашего общества. И Совет Федерации призван активно влиять на этот процесс.

§ 3. Перераспределение правотворческих мандатов

Напомним об известной аксиоме: субъектам властных функций и полномочий принадлежат права и принятие правовых решений. Ее применение позволяет понять динамику субъектов права, поскольку в ходе политического, социально-экономического развития часто возникает потребность в изменении круга субъектов, выполняющих те или иные функции и соответственно правомочных на разработку и принятие правовых актов и документов. Если меняется объем функций властного субъекта, то меняется и его «правовое лицо», уровень, объем и методы правового регулирования. Опыт нашей страны и других стран об этом наглядно свидетельствует.

В концентрированном виде можно выделить несколько типичных процессов перераспределения правотворческих мандатов:

а) изменение уровней централизации и децентрализации в системе власти и управления влекут изменения в объеме законодательных и иных полномочий Федерации и ее субъектов — в России, последовательную передачу прав на нижние уровни (децентрализация во Франции на основе законов и декретов);

б) деконцентрация полномочий внутри системы управления может происходить по вертикали и горизонтали, когда расширяются права министерств за счет некоторых полномочий Правительства;

в) крупная перестройка властных структур приводит к перераспределению полномочий между государственными органами и иными структурами. Так было в СССР в конце 1950-х годов, когда управление физкультурой и спортом было легально передано общественным организациям. Такой же процесс происходит в отношениях между органами государственной власти и органами местного самоуправления;

г) происходят перемены на границах международного и национального права. Такие возможности предусмотрены во многих

конституциях европейских государств и в ст. 79 Конституции РФ;

д) постоянно меняются рубежи между публичным и частным правом, причем такие «рокировки», в отличие от шахматных правил, происходят в обе стороны с учетом реальных изменений в управлении, экономике и т.п. Процесс отказа от жесткого государственного управления с начала 1990-х годов привел к расцвету корпоративной деятельности и соответственно механизмов корпоративного управления и права, законодательства. Первое десятилетие XXI в. ознаменовалось некоторым усилением централизованных форм регулирования, особенно в условиях финансово-экономического кризиса. Были расширены формы господдержки банков, предприятий, авиационной и судостроительной промышленности, введены способы госрегулирования цен на базовые лекарства.

Особенно существенные перемены происходят в сфере правового регулирования экономики, где широкая самостоятельность акционерных обществ и саморегулируемых организаций приводит к увеличению удельного веса корпоративных норм. Специалисты в области гражданского права называют договорные, сделочные и локальные нормы субнормативными регуляторами в качестве правил, ограниченных определенным кругом лиц¹. Мы именуем такой процесс экономическим саморегулированием, гарантированным законом. Рассмотрим вопрос более подробно.

Экономика — сложное явление, для воздействия на которое применяются разные способы. Государственное регулирование в виде нормативно-правовых установлений, оперативного управления и контроля сочетается с самостоятельностью субъектов экономической деятельности, использующих преимущественно финансово-экономические способы регулирования собственной деятельности. Рыночную регуляцию, преимущественно стихийную подчас трудно предвидеть во всех проявлениях, но ее «чарующему влиянию» трудно противостоять. Нелегко поэтому найти баланс оптимального сочетания разных способов регулирования экономической деятельности².

Саморегулирование является самостоятельной и инициативной деятельностью субъектов для достижения своих целей в соответствии с нормативными правовыми актами.

¹ См.: Родионова О.М. Гражданско-правовое регулирование: система актов и их действия. Саранск, 2007. С. 18–20.

² См.: Тихомиров Ю.А. Управление на основе права. М.: Формула права, 2007.

В Концепции долгосрочного социально-экономического развития страны на период до 2020 г. решение многих задач связывается именно с развитием и использованием начал экономического саморегулирования. Обеспечение свободы предпринимательства во многом связано именно с этим, причем в решающей степени оно зависит от эффективного использования правовых средств. Общее нормативное регулирование, сочетаемое с нормативами, стандартами, процедурами деятельности и т.п., с гарантиями прав предпринимателей, способствует успешному выбору ими оптимальных экономических решений. Доминантой становится самостоятельная регуляция собственной деятельности.

Мы рассматриваем проблемы экономического саморегулирования, пытаясь охватить этим понятием различные организационно-правовые формы экономической деятельности субъектов права. Кратко к основным характеристикам правового механизма экономического саморегулирования можно отнести:

а) законодательное установление статусов участников экономических отношений и определение в соответствии с этим в их уставах (положениях) основных нормативных требований;

б) деятельность субъектов экономической деятельности в «своем» интересе, сочетаемом с публичным интересом;

в) наличие достаточной компетенции (полномочий) субъектов экономической деятельности, собственной финансово-экономической базы;

г) обеспечение широкой самостоятельности субъектов в управлении собственными делами, в организации самоуправления;

д) высокий удельный вес локального нормотворчества;

е) признание самоответственности субъектов за выполнение публичных и договорных обязательств;

ж) публичная отчетность о своей деятельности.

Наличие общих признаков правового механизма экономического саморегулирования позволяет обнаружить их по сути дела во всех видах организаций, причем реальный удельный вес каждого из признаков, с одной стороны, и соотношение этих признаков с признаками публично-правового регулирования, — с другой, неодинаково для разных организаций. Наибольший удельный вес первых наблюдается в организации и деятельности акционерных обществ, кооперативов, саморегулируемых организаций, некоммерческих организаций, далее — по убывающей — в автономных учреждениях, унитарных предприятиях. Своеобразные комбинации признаков находим в механизмах государственно-частного партнерства, управления целевыми программами.

Наиболее ярко саморегулирование проявляется в широкой сфере управления делами экономической организации. Известно, что управление в акционерном обществе организовано следующим образом¹. Согласно ст. 103 ГК РФ и соответствующим нормам ФЗ «Об акционерных обществах» высшим органом управления является общее собрание акционеров, к исключительной компетенции которого отнесены изменения устава, избрание членов совета директоров (наблюдательного совета), образование исполнительных органов, утверждение годовых отчетов, бухгалтерских балансов и т.п. Регламенты проведения собраний и деятельность органов общества предусматривают порядок принятия решений, которые являются окончательными и не требуют какого-либо утверждения.

Столь же широка компетенция саморегулируемой организации, которая разрабатывает и утверждает стандарты и правила предпринимательской или профессиональной деятельности как требования к осуществлению предпринимательской или профессиональной деятельности, обязательные для выполнения всеми членами саморегулируемой организации. Стандарты и правила саморегулируемой организации должны предусматривать меры дисциплинарного воздействия в отношении членов саморегулируемой организации за нарушение требований стандартов и правил саморегулируемой организации, а также информационную открытость. Стандарты и правила должны соответствовать федеральным законам и принятым в соответствии с ними иным нормативным правовым актам. Саморегулируемая организация от своего имени и в интересах своих членов вправе обратиться в суд с заявлением о признании недействующим не соответствующего федеральному закону нормативного правового акта, обязанность соблюдения которого возлагается на членов саморегулируемой организации.

Таковы нормы Федерального закона «О саморегулируемых организациях», дополнением которых служат положения новой главы 6¹ Градостроительного кодекса. Статья 55⁵ специально посвящена документам саморегулируемой организации в области строительства и проектирования. Правила, стандарты, требования и выдача свидетельств, правила контроля, документы о мерах дисциплинарного воздействия свидетельствуют о широкой нормотворческой и нормоприменительной деятельности СРО в рамках своего структурного сообщества.

¹ См.: Могилевский С.Д., Самойлов И.А. Корпорации в России. М.: Дело, 2007. С. 155–297.

Примечательно, что начала экономического саморегулирования «заложены» и в других структурах. Такovy нормы Федерального закона «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях», посвященные принятию ими программ деятельности, заключению большого количества договоров¹ и т.п. Согласно Федеральному закону «Об автономных учреждениях» для такой новой организационно-правовой формы деятельности характерны не только традиционные акты типа приказов (ст. 13), но и решения учредителя (ст. 9), рекомендации и предложения, заключения, решения наблюдательного совета (ст. 11). Эти акты отражают бóльшую самостоятельность автономного учреждения в использовании имущества, совершение крупных сделок (ст. 3, 14).

Не менее показательны «самоуправленческие» нормы Федерального закона «О некоммерческих организациях». Так, фондом признается не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная гражданами и (или) юридическими лицами на основе добровольных имущественных взносов и преследующая социальные, благотворительные, культурные, образовательные или иные общественно полезные цели. Имущество, переданное фонду его учредителями (учредителем), является собственностью фонда.

Попечительский совет фонда осуществляет надзор за деятельностью фонда, принятием другими органами фонда решений и обеспечением их исполнения, использованием средств фонда, соблюдением фондом законодательства. Попечительский совет фонда осуществляет свою деятельность на общественных началах.

Государственной корпорацией признается не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная Российской Федерацией на основе имущественного взноса и созданная для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций. Государственная корпорация создается на основании федерального закона. Имущество, переданное государственной корпорации Российской Федерацией, является собственностью государственной корпорации.

В законе, предусматривающем создание государственной корпорации, определяются цели ее деятельности, порядок управления ее деятельностью (в том числе органы управления госу-

¹ Договоры в предпринимательской деятельности / Отв. ред. Е.А. Павлодский, Т.Л. Левшина. М.: Статут, 2008.

дарственной корпорации и порядок их формирования, порядок назначения должностных лиц государственной корпорации и их освобождения) и порядок использования имущества государственной корпорации в случае ее ликвидации.

В последнее время получает широкое распространение такая форма взаимодействия государства и предпринимательского сообщества, как государственно-частное партнерство. В интересующем нас плане отметим лишь управленческие аспекты. Паритетный или уполномоченный орган для управления партнерством «дополняется» вспомогательными структурами. Так, в соответствии с постановлением Правительства Москвы от 24 июня 2008 г. «О плане действий по развитию частно-государственного партнерства в городе Москве на 2008–2011 годы» создан Экспертно-консультационный совет по развитию механизмов частно-государственного партнерства в городе Москве. Его рекомендации обогащают партнерские решения.

Естественно, для механизма экономического саморегулирования первостепенное значение имеет финансово-экономическая самостоятельность субъектов. Согласно уставам имущество и финансовые средства бизнес-структур являются их собственностью и ими распоряжаются самостоятельно в собственных интересах. Уставный капитал, размер долей, самостоятельный баланс или смета, программы развития, выбор договорных партнеров, приобретение от своего имени и осуществление имущественных и неимущественных прав, финансовые расчеты, ответственность по своим обязательствам — таковы векторы самостоятельности, таковы экономические способы самохозяйствования.

Во многом это достигается благодаря использованию таких финансово-экономических инструментов, как кредиты, наличие трудовых ресурсов, шкала налогообложения и гибкое налоговое администрирование, цены, технические регламенты, создание инновационных продуктов, причем во внутрикорпоративных делах субъекты весьма самостоятельны, например в установлении схем оплаты труда. И важно правильно сочетать «внешние» регуляторы с внутренними для обеспечения экономической корреляции и соответственно правовой корреляции, когда выбор правовых средств предопределяется характером решаемой экономической задачи.

Понятно, что это не допускает полную автономизацию участников рыночных отношений. Все они действуют в соответствии с законодательством и по общим правилам, иначе экономический организм страны распался бы на отдельные части. Его целостно-

сти служат правовые способы взаимодействия бизнес-структур с органами публичной власти¹, программы и способы финансовой, имущественной, информационной, консультативной поддержки бизнес-структур. Таковы, к примеру, положения ст. 12–25 Федерального закона «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации».

В названных отношениях нужно строго соблюдать права и законные интересы предпринимателей и не вводить и не использовать для их ограничения административные барьеры. К сожалению, на практике таковых немало в виде запрашивания ненужных документов, вымогательств, давлений и т.п. Преодоление административных барьеров служит гарантией экономической саморегуляции.

Но в условиях финансово-экономического кризиса не обойтись без государственной поддержки бизнеса. И Правительство РФ в последнее время предприняло ряд мер в этом отношении. Это снижение налога на прибыль, это льготный порядок уплаты налогов, это прямое участие государства в капитале компаний за счет выкупа части их акций или облигаций, это солидарная ответственность государства и акционеров за повышение капитализации компаний, это кредитование социально значимых предприятий реального сектора через уполномоченные банки под гарантии Правительства.

И тем не менее надо признать: локальное нормотворчество расширяет свои рамки. Возрастает его удельный вес. Отсюда высокие требования к его качеству, выражающиеся в строгом определении системы общих и специальных локальных актов, установлении процедур их подготовки и принятия, способов и критериев оценки эффективности. И отрадно, что в практике ряда банков применяется метод определения «уровней компетенции». В акционерных обществах существуют правила принятия внутренних актов, регламенты рассмотрения и принятия решений на собраниях акционеров. Особо выделим «корпоративное саморегулирование» в виде хартий, социальных кодексов, представляющих собой пример нормативных самообязательств.

Вообще мастерству локального нормотворчества надо учиться. Речь идет о постоянном поиске правильного соотношения централизации и децентрализации, государственного регулирования и саморегулирования, законов и подзаконных актов «сверху» и локальных актов. Для этого кроме полезных опытом отдельных

¹ Власть, закон, бизнес. М., 2005.

предприятий и организаций необходимы и более крупные решения. В законодательных и правительственных актах нужны более точные юридические характеристики выводов и содержания локальных актов, нормативных и нормативно-технических документов, стандартов, правил и т.п. Это позволит преодолеть недооценку и хаотичность в их создании и использовании, упорядочить весь нормативный и документальный массив, включая электронные документы. Экономическое саморегулирование получит прочную нормативно-правовую базу.

§ 4. Поиск меры регламентации

Любопытно, что еще в середине XIX в. в американской газете «Глоуб» был принят девиз «Мир слишком управляем». Ралф Эмерсон пояснял это тем, что недопустим никакой контроль там, где человек сам управляет собой. Иначе происходит недовольство граждан правительством.

Но мир шел своей дорогой. Давно замечена способность человека реагировать на неожиданные и новые ситуации принятием решения. И это правильно, но вопрос заключается в том, не поддаемся мы иллюзии: решение как волевой или письменный акт означает разрешение проблемы по существу. В реальной жизни ее следствием является неукротимый поток документации, правовых актов, отражающий растущий объем регламентации. Уменьшение объема с помощью электронного документооборота, конечно, дает положительные результаты. Но, скорее всего, это количественные показатели: уменьшение числа бумаг, трудозатрат на их подготовку и передачу, сокращение времени движения документов. Важен же и качественный критерий, когда мы объективно оцениваем ресурсы права и не пытаемся их преувеличивать или преуменьшать.

Ученые давно пытаются решить эту задачу. В.В. Лазарев связывает решение любой проблемы с вопросом об эффективности права. Эффективность правосознания? Законодательства? Правареализационных актов?¹

Во всяком случае вопрос не может стоять так, что в интересах социально-экономического, культурного и политического развития следует обязательно наращивать и уплотнять нормативно-

¹ Лазарев В.В. К вопросу о социологических средствах выявления эффективности права // Ценности и образы права. М., 2007. № 4.

правовое регулирование. Скорее наоборот: иногда плодотворнее исключить мелочную регламентацию деятельности адресатов права.

Проблема пределов регулирования поведения людей с помощью норм законов и иных нормативных актов — это одновременно и проблема вмешательства государства, всех его органов в общественную жизнь. Определяющее значение имеет характер регулируемых отношений. Есть отношения, которые не допускают правового регулирования вообще; допускают такое регулирование, но оно нежелательно; допускают, оно желательно, но в определенных пределах; и допускают, оно желательно и в полном объеме.

Возможности государственного управления не беспредельны, а чрезмерная перегрузка большим числом задач и функций ведет к снижению уровня их выполнения. Неоправданное повышение «меры управляемости» в той или иной степени происходит за счет соответствующего ограничения самостоятельности и самостоятельности людей и их объединений.

Данная проблема интересует и зарубежных ученых. На состоявшемся в 2002 г. в Госуниверситете — Высшая школа экономики российско-французском семинаре «Качество регламентации» автор участвовал в обсуждении и поэтому считает возможным привести положения доклада Ги Сивьеда «Упрощение регламентирующей документации». Было отмечено, что регламентирующая документация становится все более сложной (например, во Франции количество страниц «Журналь Офисьель» (“Journal Officiel”) за 15 лет удвоилось. Объем Кодекса законов о труде за 15 лет увеличился на 35%, документация по налогообложению за 10 лет увеличилась на одну треть). Подобная тенденция объясняется: просьбами наших **сограждан**; потребностью в правовой обеспеченности, требование равенства, необходимость признания индивидуальных ситуаций и т.д.; сложностью государств: создание единой Европы, глобализация, децентрализация и т.д.; растущими проблемами, связанными с социальной, научной, финансовой областями, охраной окружающей среды и т.д.

Сложность регламентирующей документации имеет ряд дополнительных отрицательных аспектов для граждан, ибо связана с определенными затратами (трата времени, обращения к советникам и адвокатам и т.д.), для органов государственной власти она затрудняет принятие некоторых решений (проблема выбора правильного решения из множества существующих правил); является источником неравенства (благоприятствует тем, кто располагает

возможностями узнать или оптимизировать регламентацию); служит источником правовой необеспеченности, приводит к дефициту доверия по отношению к государству (слишком большое количество законов уменьшает их эффективность, подвергаются критике функционеры, которые уже не в состоянии разъяснять правовую ситуацию пользователям и т.д.).

Необходимо находить решения, которые шли бы по двум направлениям:

1) ввести в основу нормотворческой деятельности принципы упрощения, которые бы учитывались при создании или пересмотре регламентации;

2) бороться с одним из порочных, но менее всего осознаваемых последствий нормативной инфляции, заключающейся в стоимости регламентирующих текстов.

Надо убедиться, что внедрение не создаст трудностей. В прошлом часто пользовались процедурой «цепочек упрощений». Речь шла о том, чтобы принять максимум срочных мер, не оценивая возникающие при этом проблемы по их применению. Однако следует понять, что лекарство не нанесет вреда самому больному (пример: новый упрощенный механизм сбора НДС, упразднение марки на техпаспорт и т.д.).

Автор приводит принципы, которые следует соблюдать при разработке законопроектов, регламентов, циркуляров:

1) принцип **пропорциональности** определяется как отсутствие препятствий, являющихся нелогичными, излишними или чрезмерными по отношению к поставленной цели;

2) принцип **доверия к поведению пользователей**. Он побуждает устанавливать правила, в случае, если их характер таков, что они будут соблюдаться спонтанно практически большинством пользователей, и заставляет применять жесткие уголовные санкции или привлекать к ответственности то небольшое меньшинство, которое эти правила соблюдать не будет;

3) принцип **справедливости и адаптации**, способствующий разработке правил, которые, в случае, если единообразное применение всех их пунктов невозможно, сами предусматривают допустимость отклонения от некоторых положений на основании четко прописанных механизмов (см. Предложение).

Пример комитета по спорам, связанным с налогами, таможенной и валютным обменом, либо с налоговыми инструкциями (Закон, ст. 80 А);

4) принцип **взаимосвязанности правил**, согласно которому при принятии нового правила следует изменить любую уже суще-

ствующую норму, формулировка и цели которой не соответствуют вновь принимаемому правилу;

5) принцип **минимальной стабильности** правила во времени, связанный с принципом периодического пересмотра норм (например, каждые 30 лет);

6) принцип **отсутствия чрезмерного бремени** для пользователей в отношении доступа, понимания, применения ими какой-либо нормы (сравнить принцип доступности, признанный Конституционным Советом).

Последние десятилетия характерны тенденцией дерегулирования. Ученые-экономисты отмечают изменение подходов к государственному регулированию: формализацию процесса принятия регулирующих решений и **дерегулирование**. Деревулирование затронуло преимущественно экономические регуляции в таких секторах, как воздушный и морской транспорт, телекоммуникации, электроэнергетика и банковский сектор, в то время как социальные регуляции, напротив, умножились в количестве, хотя их характеристики (равно как и процедуры принятия) существенно менялись.

Даются два объяснения дерегулирования. Во-первых, в его основе лежат технологические изменения в отраслях, ранее характеризовавшихся наличием провалов рынка, которые привели к изменениям в типе рынка (возникновение мобильной телефонии). Во-вторых, с развитием знаний появились более эффективные институциональные альтернативы, способные решать схожие задачи компенсации провалов рынка.

В США базовая работа, положившая начало данному направлению исследования государственного регулирования экономики, была опубликована Дж. Стиглером в 1971 г. Основная идея — регуляции разрабатываются, вводятся и применяются прежде всего для предоставления выгод различным отраслям (секторам) экономики. Правительство может предоставлять им субсидии или предотвращать вход в нее конкурентов, устанавливая единый уровень цен с большей легкостью, чем это сделал бы картель, или же сдерживать производство продуктов-заменителей, поощряя производство комплементарной продукции (например, субсидируя строительство и развитие аэропортов, косвенно поддерживая тем самым авиакомпании).

Возможность получения различных выгод отраслями экономики создает спрос на регуляции. Вместе с тем особенности политического процесса принятия решений дают возможность политикам откликаться на такой спрос, обеспечивая себе будущую поддержку

со стороны отрасли, получившей желаемое регулирование. Тем самым отрасли используют заинтересованность политиков в избирательной поддержке в своих собственных интересах. Такая трактовка процесса государственного регулирования базируется на понимании политического процесса как функционировании политического рынка, игроками на котором выступают не только политики, но и различные группы интересов.

У читателя не должно сложиться впечатления о преимущественно прикладном характере решений о переменах в методах регулирования. Нет, речь идет об устойчивых тенденциях процессов, протекающих как в рамках национальной правовой системы, так и за ее пределами. Одним из подтверждений служит нарастающий объем влияния международно-правовых норм, нередко в концентрированном виде отражающих лучшие национально-правовые образцы. Государства во все большей степени втягиваются в круг деятельности международных структур и допускают своего рода совмещенное регулирование в одних сферах, и преимущественно международные нормы и модельные акты — в других.

Еще одна закономерность — устойчивое влияние обычаев, традиций и многие виды их деятельности. Стремительный рывок Китая за последние десятилетия в немалой степени объясняется многовековой приверженностью страны к конфуцианской идеологии — послушание, признание и обучение. Поэтому реформы покоились на прочной «корневой системе ценностей», что не позволяло обрывать преемственность в развитии.

Итак, вывод: выбор меры регламентации должен тщательно учитывать специфику страны и мировой опыт.

Глава 3

ПРАВОВЫЕ РОЛИ УЧАСТНИКОВ

§ 1. «Многоликость» государства

В конце XIX — начале XX в. дискуссии о соотношении права и государства развивались в нескольких направлениях. Европейская доктрина правового государства сочеталась с англо-американской доктриной верховенства, господство права. Г. Кельзен писал: «Никогда не бывает (да и не может быть), чтобы государство, существующее до права, сначала создавало право, а потом ему подчинялось. Не государство подчиняется созданному им праву, но право регулирует поведение людей, в особенности направленное на создание права, и таким образом подчиняет себе людей. О самообязывании государства можно говорить лишь в том смысле, что обязанности и права, приписываемые государству как лицу, установлены тем же правопорядком, персонификацию которого представляет собой государство как лицо». Есть «относительно централизованный правопорядок, в соответствии с которым отправление правосудия и управление основывается на законах (т.е. на общих правовых нормах), принимаемых избранным народом парламентом с участием или без участия главы государства; члены правительства ответственны за свои акты, суды независимы...»¹.

Примечательно, что Б.А. Кистяковский в статье «Реальность объективного права» (1916), признавал разное понятие права (государственно-повелительное, социологическое, психологическое, нормативное), на первое место ставит государственно-организационное определение². Советская доктрина в течение многих лет отдавала приоритет государству в существовании права, но в последние два десятилетия право стали признавать абсолютной ценностью. По словам В.В. Лапаевой, в своих трудах

¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. переводов / Пер. С.В. Лязова. Вып. 2. М., 1988. С. 146.

² См.: Кистяковский Б.А. Реальность объективного права // Правоведение. 1996. № 4.

В.С. Нерсесянц не отрицал связь этих явлений, но государством как таковым признавал лишь ту публичную власть, которая является институциональной формой свободы людей в их общественных отношениях. Ему возражал В.М. Сырых, видя практическую опасность противопоставления позитивных и правовых законов. Споры продолжаются в рамках концепций публичной власти и правового государства¹.

Ф. Хайек в своих исследованиях по проблемам экономики, права и свободы рассматривает концепцию стихийного порядка и эволюции общественных институтов как продукт человеческой деятельности. Есть опасность придания большего значения предсказуемым, а не возможным последствиям действий. Современное развитие права направлялось, по его мнению, ложной теорией «экономической необходимости» и абстрактных идей власти. Закон не должен создавать возможность стихийного порядка и быть инструментом упорядочения и организации, направлять индивида на выполнение конкретных задач. От правил справедливого поведения наблюдается переход в целевые правила организации и происходит трансформация частного права в публичное с помощью социального законодательства². Такова доктрина либерализма.

Весьма примечательно, что 12 октября 2009 г. в Стокгольме Королевская шведская академия наук объявила лауреатов Нобелевской премии по экономике. Ими стали американские ученые Элино́р Остро́м и Оливер Уильямсон. Оба лауреата награждены за исследования в области управления на уровне отдельных структур.

Остром изучала, как может работать коллективная собственность, Уильямсон корпоративное управление. Их труды, говорится в сообщении Королевской академии наук, создали основу для динамичных исследований управления экономикой.

В своих работах Элино́р Остро́м показала, как можно эффективно управлять общественной собственностью. Она выступила против обычной точки зрения, что такая собственность плохо управляема и поэтому должна либо управляться централизованно, либо быть приватизирована. Остром доказала, что ассоциации зачастую управляют общественными ресурсами не менее эф-

¹ Труды Института государства и права Российской академии наук. 2009. № 3; Актуальные проблемы государства и права. М., 2009.

² См.: Хайек Ф.А. Право, законодательство и свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Пер. с англ. М.: ИРИСЭН, 2006.

фактивно, чем государство или частные компании. И зачастую преимущество надо отдавать именно им.

Работы Оливера Уильямсона из Калифорнийского университета в Беркли выделили за исследования в области корпоративного управления. Он разработал теорию, согласно которой отдельные компании рассматриваются как институты управления — каждая с индивидуальным подходом к решению конфликтов интересов.

Уильямсон, замечает Ясин, считается классиком неoinституциональной теории. Главная идея такого подхода заключается в том, что развитие экономики принципиально зависит от состояния институтов в государстве¹. И это подтверждает нашу позицию о новой роли организационно-управленческого фактора в развитии всех уровней правового регулирования.

Это вынуждает нас подробнее рассмотреть вопрос о природе и устройстве государства как сложной социальной системы, позволит лучше понять грани его соотношения с правом.

О природе государства написано множество работ и в них есть общие и специфические подходы. Попробуем дать собственное определение государства — это публичная система управления делами общества для обеспечения его интересов на основе права². Такое определение конкретизируется в конституциях государств с помощью характеристик их конституционных признаков. Применительно к России речь идет о демократическом федеративном правовом социальном государстве с республиканской формой правления (ст. 1, 7). К сожалению, до сих пор в трактовке государства преобладает элементный подход, что приводит к преувеличенной оценке роли одного элемента — публичной власти и недооценке других элементов и, естественно, к утрате их системных связей и взаимных влияний.

Между тем государство как сложнейшая публичная система состоит из нескольких элементов. Это граждане (народ, нация, население), это публичная (государственная) власть, это территория и ее границы, это государственные ресурсы (налоги, бюджет, собственность), это установление правового порядка, это официальное представительство в мировом сообществе. Каждый элемент представляет собой своего рода подсистему со своими составными частями. Связи между элементами — устойчивые и подвижные, и их забвение чревато государственными ошибками. Эти ошибки обнаруживаются в ходе развития государства, когда накапливаются

¹ Российская газета. 2009. 13 окт.

² См.: Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М.: ЭКСМО, 2008.

изменения и меняются построение и компетенция государственных институтов, политические курсы и режимы. Совершаются государственные перевороты. Проводятся реформы...

Вполне естественным кажется вопрос — какова в каждом случае мера изменений в государстве, которое «представляет» страну. А страна — это граждане, территория, ресурсы, культура, наука, традиции... Эти элементы государства — устойчивы и меняются медленно. Значительно большие перемены происходят с такими элементами, как публичная власть и правовой порядок ввиду их очевидной политизированности. И тем не менее надо учитывать такой феномен, как континуитет, сохранение устойчивой преемственности государственно-страноведческого характера. Динамику государства следует отражать с помощью шкалы государственных состояний, которые формируются как объективно, так и в результате действий государства по достижению его целей. Речь идет об устойчивых, стагнирующих, конфликтных процессах, прогрессирующих, переходных состояниях. Их измерению могла бы послужить система индикаторов.

Государственные реформы призваны обеспечивать целенаправленные перемены в государстве¹. С помощью стратегии реформ — их целей и задач, этапов, системы последовательно осуществляемых мер, достижения результатов — можно обеспечивать модернизацию государства. Реформы последних лет в России охватили многие стороны жизни. Не все они строго концептуальны и последовательно реализуемы. Судебная, федеральная и административная реформы могли быть лучше согласованы между собой.

Изменение соотношения государства и гражданского общества — долговременная цель. Ее достижение требует последовательного решения ряда стратегических задач. Общество заинтересовано в том, чтобы эффективное и демократическое государство выражало реальные публичные интересы и выполняло важнейшие общественные дела — установление законодательных правил, безопасность, оборона, экология, публичные услуги и социальные гарантии, обеспечение условий устойчивого развития экономики, образования, науки, культуры и здравоохранение. Находить подвижную «меру» государственного регулирования в необозримом океане общественных дел и позволит эффективно выполнять государственные дела.

¹ Административная реформа в России / Отв. ред. С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева. М., 2006.

В начале 1990-х годов страна, преодолевая наследство «огосударствления» общественной жизни, находилась под влиянием курса на резкое уменьшение роли государства и ограничение его вмешательства в экономику и иные сферы. Наконец, приходит осознание социально-полезной деятельности государства. Речь идет о гибком балансе учредительных, легализующих, регулирующих, распорядительных и контрольных функций в разных сферах жизни общества. Цели и основные дела государства определяются в конституциях, законах, посланиях Президента, концепциях развития отдельных сфер общества. Зная их, можно обоснованно определять компетенцию государственных органов и «наборы» публичных (социальных) услуг, предоставляемых гражданам и юридическим лицам. Должно происходить «операциональное» дробление функций государства.

В ходе административной реформы к началу 2004 г. был проведен анализ 4 тыс. функций федеральных госорганов из 5 тыс. Более 800 признано избыточными, 350 — дублирующими, более 500 требуют сокращения масштабов исполнения. Признано необходимым, в частности, существенно уменьшить объем лицензирования, отказаться от части функций технической инвентаризации, техосмотра автотранспортных средств, регистрации, оценки, сертификации. Большие надежды связываются с развитием саморегулируемых организаций. Но вопрос в том, готовы ли они к выполнению публичных функций, не будет ли здесь процветать сугубо корпоративный интерес, не исчезнут ли нужные для общества функции в случае реорганизации и упразднения саморегулируемых организаций. Ведь они действуют на основе норм ГК и вольны поступать как угодно.

Многолетний опыт убедительно свидетельствует о малой эффективности изменений только отдельных органов и структур. При таких перестройках утрачивается понимание целостности государства и его структуры, с одной стороны, теряется ориентация на стратегические цели и задачи государства — с другой. Настало время измерять своего рода степень институциональной обеспеченности государства, имея в виду соответствие действующих институтов их конституционным параметрам, полноту обеспеченности функций государства, наличие или отсутствие отдельных институтов. Следовало бы учитывать при этом две главные исходные позиции: концепции развития государства и его цели, функции и задачи в разных сферах общественной жизни; системность организационно-функциональных изменений,

имея в виду их связи как элементов структуры государства. Без этого намечаемые перемены будут иметь частный и локальный характер, как, впрочем, нередко и бывает.

Продолжение федеральной реформы потребует дальнейшего совершенствования федеративных отношений и соответствующих институтов. Полновесное применение и правильное толкование ст. 71–73 Конституции РФ связано с упорядочением разграничения и сочетания предметов ведения Федерации и ее субъектов как объектов государственного воздействия. Ведь речь идет о государственных делах двоякого рода — на федеральном уровне и уровне субъектов РФ. И здесь реализацию известных законов об общих принципах организации государственных органов субъектов РФ и местного самоуправления следует сочетать с корректировкой тематических законов (бюджетного, налогового кодексов, об образовании и др.), с последовательным «операциональным делением» предметов ведения в подзаконных актах, в положениях об органах исполнительной власти.

По-прежнему актуален вопрос о субъектах РФ. Дело сводится не только к основаниям и процедурам их укрупнения и сохранения прежних актов, органов, средств. Федеральные округа пока больше выступают в качестве административно-координационных центров и перегружены территориальными органами федеральных структур. Сближение их с ассоциациями экономического взаимодействия субъектов РФ позволило бы улучшить экономическую координацию регионов. Глубокая проработка критериев административно-территориального деления и приведение классификации населенных пунктов и территорий в соответствие с современным уровнем развития — в повестке дня.

Потребуется активизировать формы взаимодействия центра и регионов и последних между собой. Институт представительства субъектов РФ и их органов на федеральном уровне требует совершенствования.

Естественно, должна совершенствоваться, организация публичной власти. Она может происходить, прежде всего путем укрепления единства власти и взаимодействия ее ветвей, нового соотношения между централизацией, децентрализацией и деконцентрацией. Крупные перемены происходят в системе исполнительной власти в результате административной реформы. С учетом функций государства сформирована новая система федеральных министерств, агентств и служб для осуществления государственного управления, регулирования и контроля в сферах

(отраслях). Такая система специализированных органов требует четкого определения их статусов и взаимоотношений между собой и с региональными органами и организациями. В будущей повестке дня — перемены в системе управления на всех уровнях.

Следует обратить особое внимание на новые отношения власти с экономическими структурами. Если в условиях огосударствления сфер общественной жизни отраслевое управление в основном совпадало с отраслями экономики, то теперь формируется своего рода схема корпоративного управления и регулирования. Объединение предприятий разных форм собственности по принципу однородности и комплексности циклов производства (типа холдингов, ассоциаций, ФПГ) выдвигает их на передний план. Функциональное и организационное взаимодействие с ними органов власти на основе представительства, договорных и иных отношений, соучастия в подготовке и обсуждении целевых программ и проектов актов требует новых структурных и правовых решений¹.

Предстоит продолжить реализацию мер в рамках судебной реформы. Имеются в виду концепция специализированных судов и формирование административных судов (проект ФКЗ одобрен в первом чтении) и административного судопроизводства (подготовлен проект Кодекса административного судопроизводства). Разграничение юрисдикции судов остается актуальной проблемой. Обеспечение эффективности правосудия предполагает повышение квалификационного уровня судей. Обеспечение реальной доступности правосудия потребует искоренения коррупции и других злоупотреблений и судебных ошибок. Пока же по данным службы «Ромир — мониторинг» 58% опрошенных считают суд малоэффективным, а 17% вообще в него не верят. По материалам исследований в ГУ—ВШЭ 12,7% предпринимателей в случаях хозяйственных споров обращаются в другие органы, в СМИ — 1,7%, прибегают к помощи частных лиц — 4,4%. С исками в суд обращаются 57,5%.

С теоретической точки зрения актуален вопрос о природе статусов государственных институтов. Их правовое положение включает комплекс элементов (цели, образование, состав, компетенция, структура, процедуры), и причем «выпадения» отдельных из них нельзя допускать. Используются конституционные нормы и законы, статутные законы и положения об органах, тематические законы и иные акты. Но сочетание их не может

¹ Власть, закон, бизнес. М., 2005.

удовлетворить, ибо допускаются коллизии и правовые пробелы. Не менее важно провести анализ фактических «смещений» от нормативно установленного статуса, имеющих как позитивные, так и негативные причины и проявления. Забвение данного явления приводит к разрастанию коррупции и «теневого права» и снижению эффективности государственного управления.

Мало внимания уделяется анализу динамики централизации и децентрализации. Между тем именно это явление существенным образом влияет на изменения в экономике, социальной и иных сферах. Разные цели и векторы федеральной, административной, муниципальной, социальных реформ сходятся в одном — они влияют прежде всего на статусы субъектов этих отношений и их связи между собой. Особенно частым изменением подвергаются полномочия органов исполнительной власти разных уровней. Вопрос заключается в том, насколько оправдана мера стабильности и изменчивости их компетенции и в какой степени им соответствуют структурные перемены. Пока здесь возникает немало противоречий.

Курс на централизацию выражается в последние годы в разных формах. Во-первых, в концентрации законодательной деятельности на федеральном уровне, в детализации и регламентировании вопросов в законах по предметам совместного ведения и слабой процедуре учета интересов субъектов РФ. Во-вторых, в передаче целого ряда полномочий органов государственной власти субъектов РФ на федеральный уровень. В-третьих, в концентрации функций государства в базовых отраслях экономики — нефтяной, газовой, авиапромышленности и др. В-четвертых, в сохранении чрезмерного ведомственного регулирования по линии федеральных органов исполнительной власти. В-пятых, в замене прямых выборов губернаторов и президентов субъектов РФ избранием их по представлению Президента РФ.

В то же время происходят некоторые процессы децентрализации. В субъектах Федерации интенсивно развивается социальное законодательство. Им передается целый ряд полномочий путем изменения федеральных законов и финансовые ресурсы для выполнения этих полномочий. Расширяются рамки самостоятельного принятия решений.

Проблема заключается в том, что централистские и децентралистские тенденции то быстро проявляются, то гаснут. Правовые и управленческие «рокировки» происходят непрерывно, чему свидетельством служат известный Федеральный закон № 122 (август 2004 г.) и Федеральный закон № 199 (31 декабря 2005 г.)

с разными целевыми ориентациями. Поэтому нужна долговременная стратегия действий в этой сфере.

Изменение общественного строя в России и эволюция концепций государственной власти привели к существенным изменениям в трактовке ее природы и структуры. Как известно, в условиях советского государства монизм власти выражался в воплощении суверенитета народа как его единственного источника. Своего рода нерасчленность данного явления и понятия означала такие свойства власти, как союз рабочего класса и крестьянства, как воля народа, суверенность, партийность, единство, интернационализм. Их обеспечивали материальная, классовая и политическая основы государственной власти. Тема личности рассматривалась скорее на фоне власти¹, а властеотношения трактовались преимущественно в односторонне-императивном смысле.

В современных условиях важнейшим конституционным принципом является признание человека, его прав и свобод высшей ценностью и их непосредственное действие, определяющее смысл, содержание и применение законов и деятельность государственных и муниципальных органов. Власть получила новое измерение — личностное, персонифицированное, ее базовой ориентацией стала деятельность по обеспечению прав и законных интересов граждан. Народный источник власти, по-прежнему признаваемый базисным, сочетается с ее обязательствами перед каждым человеком, гражданином. Эти обязательства становятся императивом для всех органов публичной власти. Неслучайно в новейших научных трудах акцент делается на отношениях между властью и личностью².

Больше того, тема человека, личности, а не только гражданина перемещается и в сферу международно-правового регулирования. И теперь она находится в центре внимания и национальных и международных структур, государственных и общественных. Законодательные, исполнительные и судебные органы решение проблем человека считают главным фокусом своей деятельности³.

¹ См.: *Лепешкин А.И.* Курс советского государственного права. Т. I. М.: Госюриздат, 1961. С. 245–439, 453–457.

² Становление гражданского общества в России. Личность, самоуправление, власть. Воронеж: Изд-во Воронежского госуниверситета, 2002; *Бондарь Н.С.* Гражданин и публичная власть. М.: Норма, 2004; *Гражданин, закон, публичная власть.* М., 2005.

³ См., например: Конституционное право в России: дела и решения: Учебное пособие. М., 2002; Европейский Суд по правам человека и Российская Федерация. Постановления и решения, вынесенные до 1 марта 2004 г. М.: Норма, 2005.

Для понимания и формирования новых отношений между гражданином и властью важно определить типологию правовых статусов граждан. В ее основе лежат публичные и частные интересы, выражаемые сторонами этих отношений, и социальные роли, которые они играют. В этом смысле государство может выступать в качестве: а) универсальной политической организации — ассоциации, с активным участием граждан в ее развитии и функционировании; б) правового регулятора общественных отношений с участием граждан; в) гаранта обеспечения прав и законных интересов граждан.

Граждане, обладая конституционным статусом, реализуют его с помощью специальных правовых статусов. Их виды и содержание определяются важнейшими отраслевыми законами, что позволяет вести речь о профессиональном статусе (в рамках Трудового кодекса), о предпринимательском статусе (в рамках ГК), об образовательном, медицинском, научном и иных статусах (в рамках соответствующих законов, о статусе налогоплательщика, потребителя услуг). Каждый предметно-отраслевой статус предполагает закрепление конкретных прав и обязанностей за гражданином и соответствующих публичных обязанностей и ответственность государственных и муниципальных органов и их служащих за обеспечение реализации прав и законных интересов людей. Соответственно должны формироваться поведение и правомерные действия участников отношений.

Названные статусы далеко не всегда правильно оформлены в юридическом смысле, когда отсутствуют процедуры оказания публичных, социальных услуг и т.п. Нормативные дефекты недопустимы. Не менее важно учитывать механизм развития и функционирования неформального «теневого» права¹. На практике легальные институты часто заменяются корыстными договоренностями, коррупциогенными действиями, или обеспечиваются последними при сохранении внешнеюридической оболочки. Социологические исследования убеждают в достоверности таких ситуаций². Нарушение законности означает реальный разрыв «правовой связанности» с чиновниками и иными гражданами.

Необходимо комплексное обеспечение отношений между гражданами и властями, когда они не сводятся к какой-либо односторонней их характеристике. Между тем подобное явление

¹ См. подробно: *Тихомиров Ю.А.* Право официальное и неформальное // Журнал российского права. 2005. № 5.

² Развитие спроса на правовое регулирование корпоративного управления в частном секторе. М., 2003. С. 323–325.

можно было наблюдать в условиях советского государства, когда акцент на гражданственности людей служил их политической ориентации, а акцент на деятельности их как трудящихся выражал приоритетные ценности «власти тружеников». В настоящее время два названных акцента заменены новой доминантой — «потребитель» или «клиент», что опять сужает трактовку общего и специальных правовых статусов граждан. Преодоление подобных подходов дает возможность предотвращать деформации отношений между гражданами и властями. Условно их можно обозначить как «нигилистические», «узкопотребительские», «бюрократические», «авторитарные», «коррупционные» и т.п. благодаря соответствующей роли и позиции одной из сторон, побуждающих или вынуждающих другую сторону действовать адекватно. Нарушения законности становятся неизбежными. Труднее формировать строго-легальные и гуманистические отношения.

При этом проблему реализации прав граждан не нужно сводить к сугубо индивидуальным формам. Групповые и ассоциативные каналы, наконец, общественные настроения и потребности в целом должны быть ориентиром деятельности всех публичных институтов.

Нельзя рассматривать и анализировать публичную власть только в качестве абстрактного понятия, не «овеществленного» в структурах и реальных правовых и неправовых действиях. Это понятие охватывает власть государства, и осуществляющие ее государственные органы, муниципальную власть, институты прямой демократии, политические партии и иные объединения и структуры, которые выполняют легально возложенные или переданные им некоторые публичные 10 функции. Такое понимание давно сложилось в научной литературе, посвященной политической системе и мы его разделяем и ныне.

Естественно, задачи и функции институтов публичной власти неодинаковы в разных сферах и применительно к населению в целом, его слоям и гражданам. Различаются и непрерывно меняются оценки и отношение граждан к их деятельности, и рейтинги свидетельствуют то о росте авторитета института президента, то парламента, то армии, то церкви, СМИ и других социальных институтов. Индикаторы общественного мнения весьма полезны.

Реализация статусов властных структур и граждан связана, естественно, с возникновением между ними правоотношений. Для первых властеотношения могут быть разделены на несколько групп по критерию субъекта-адресата. Вполне очевидно,

что отношения между органами публичной власти отличаются от их отношений с населением в целом и с разными слоями и отдельными гражданами. Столь же бесспорны неодинаковые встречные импульсы от граждан к органам публичной власти. В обоих случаях при неизменности объема правоотношений реальный характер и содержание властеотношений с участием граждан могут отличаться от нормативной модели. Вступают в действие различные факторы — экономические, социальные, политические и др., а также теневые неформальные регуляторы, о чем говорилось выше.

Направленность и содержание таких властеотношений, как свидетельствует анализ общественной практики, зависят: а) от правовых оснований их возникновения; б) от совпадения ценностей, целей и мотивов представителей властных структур и населения и соответствующих действий. Таковы отношения послушания и исполнения правовых решений, их поддержки, инициативных обращений и стимулирования; в) конфликтные властеотношения выражаются в несовпадении взглядов и позиций сторон и соответственно в действиях типа отчуждения, протестов и открытого противоборства. Подобные действия завершаются изменением публичного поведения власти и граждан и использованием либо первой, либо второй модели.

Приведенные характеристики государства позволяют лучше понять его роль в правовом регулировании. Думается, государство играет тут много ролей: оно выступает познающим субъектом, который не должен отставать от динамики процессов, субъектом, формирующим формально-определенные обязательные правила и допускающим и поддерживающим жизнь других норм (корпоративных, муниципальных, традиций и обычаев), субъектом, обязанным реализовывать правовые принципы и нормы, субъектом, охраняющим право. Не все, однако, роли «играются» хорошо и с успехом на публичной сцене, и государство нередко «уступает» престижу и роли права в глазах общества.

Одна из причин заключается в неодинаковой степени «связанности правом» государственных органов. Органы действуют на всех этапах процесса правового регулирования и можно наблюдать то нехватку информации для принятия правовых решений, то игнорирование законов и чрезмерное административное усмотрение, то прямое нарушение законности, то злоупотребления и коррупцию. Генеральная цель развития состоит в устранении этих недостатков и обеспечении государству роли организатора правообразования и правоприменения.

§ 2. Интересы в праве: согласование и противоборство

Все общественные явления и процессы связаны с деятельностью людей. Их организации и структуры всегда действуют в определенных интересах. И законы, и правовые акты одухотворены различными социальными интересами. Что такое интерес? По латыни *interest* — иметь значение. Философы объясняют интерес как причину действий индивидов, социальных общностей, определяющую их социальное поведение. Будучи направлены не столько на предметы удовлетворения потребности, сколько на социальные институты и нормы, от которых зависят их распределение. Поэтому интерес всегда отражает сопоставление, состязательность, борьбу и сотрудничество между людьми. Служит побудительным стимулом их действий¹.

А что такое интерес в праве, можно ли отождествить его с правовым интересом, интерес в праве — это проявление отношения к нему как феномену, это оценка действий и решений в сфере, регулируемой правом. В нем выражаются притязания, с одной стороны, правовая и иная оценка явлений, действий в правовой сфере. Интерес выступает побудителем, своего рода ценностью и установкой действовать или не действовать.

Проявляясь в собственно правовой сфере, интерес становится признанным правом, им обеспеченным и охраняемым. Чаще всего для этого используются нормы-цели и нормы-принципы, правовые презумпции, нормы-приоритеты. Но и внеправовые проявления интереса весьма ощутимы и значимы для всей правовой сферы.

В юридической науке анализу интереса всегда уделялось серьезное внимание. Марксистская формула о праве как воле господствующего класса, возведенной в закон, долгие годы акцентировала внимание на жестком нормативно-императивном выражении интереса определенного субъекта — гегемона. Рудольф Иеринг, напротив, считал, что в своем праве каждый защищает закон, а вместе с законом и общественный порядок. Борьба за право есть долг каждого правообладателя по отношению к самому себе и обществу. И вот классическое определение — право есть законно защищаемый интерес².

Советские ученые-юристы в меньшей степени следовали этому положению, очевидно, ввиду постулированной монолитности общества и не дифференцированными социальными интересами.

¹ Философский словарь. М.: Республика, 2001. С. 212.

² См.: *Иеринг Р.* Борьба за право. М., 1874.

Волевое начало в праве сочеталось с таким концентрированным интересом как интерес государства, общества. И традиционная трактовка права как системы общеобязательных норм, регулирующих общественные отношения в целях построения социализма и коммунизма была вполне объяснимой. Интерес как бы предполагался, но не выступал двигателем процессов, в том числе и правовых.

В современном мире расширяется спектр социальных интересов, начиная от международного и конституционного признания высокого значения прав и свобод человека и гражданина, увеличение общего количества участников экономических, социальных и политических отношений и соответствующих структур и кончая глобальными публичными интересами сохранения мира и жизни на земле. Но адекватно возрастает и удельный вес конфликтов интересов и соответственно роль инструментов их преодоления и достижения согласия. Право располагает набором средств, которые весьма специфичны применительно к отражению публичных и частных интересов.

Как известно, эти интересы послужили много веков назад основой для различия публичного и частного права с присущими им объектами и методами регулирования и обеспечивающими институтами. В современный период меняется содержание и масштаб интересов и их соотношение между собой.

В публичном праве субъект действует преимущественно для выражения и обеспечения не своего, а публичного интереса. Этому служит наделение субъекта публичными функциями и властными полномочиями, отступление от которых или извращение их противоречат природе публичного интереса. Как общего интереса, обеспечивающего и частные интересы. В разных отраслях семьи публичного права применяются различные способы признания обеспечения и охраны публичных интересов.

В конституционном праве получили нормативное признание интересы общества, народа, нации и народности, государства, населения и территории. Очевидно их значение как первичных критериев правообразования и любой деятельности, хотя на практике немало отклонений.

Для конституционного права характерны, во-первых, признание и гарантирование верховенства интересов народа, наций и населения, во-вторых, соответствующие формирования компетенций государственных институтов, в-третьих, приоритетная защита интересов общества и государства в таких сферах как

конституционный строй, безопасность, оборона, охрана окружающей среды, в-четвертых, регулирование порядка участия России в делах межгосударственных объединений и международных организаций. Этому служат институты и законы, посвященные решению указанных конституционных задач, причем их эффективность достигается и благодаря правильному разграничению предметов ведения между Федерацией и ее субъектами согласно ст. 71, 72 и 73 Конституции РФ. Здесь еще предстоят серьезные решения.

Важным каналом выражения публичных интересов служит местное самоуправление. В ст. 12 и 130–133 Конституции РФ и ст. 2, 3 и 6 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» оно охарактеризовано как признаваемая и гарантируемая конституцией и законами самостоятельная и под свою ответственность деятельность населения по решению вопросов местного значения, исходя из интересов местного населения.

Защите публичных и частных интересов посвящены Уголовный кодекс и Кодекс об административных правонарушениях. Первые даже приоритетны, но устойчивость институтов, которые их обеспечивают, тоже предмет защиты.

В административном праве публичный интерес выражен весьма определенно. Государственные служащие призваны добросовестно исполнять должностные обязанности, действовать строго в рамках компетенции органа, быть независимыми от каких-либо влияний. Госорганы должны неукоснительно выполнять свои публичные функции и соотносить с их характером ведомственные интересы, которые не должны им противопоставляться. Обеспечение служения гражданскому обществу — цель проводимой административной реформы и реформы госслужбы.

И все же общие интересы как интересы национальной экономики, как интересы безопасности страны нередко недооцениваются. Неслучайно один из членов Совета Федерации посетовал, что при подготовке проектов законов часто оценивается их соответствие только гражданскому и налоговому кодексам, а не интересам укрепления национальной безопасности в разных сферах¹.

Публичный интерес более полно отражается и в тех отраслях и институтах публичного права, где налицо «смешанные» нормы и акты.

¹ Российская газета. 2002. 5 нояб.

Трудовой кодекс построен на основе согласования интересов сторон трудовых отношений и интересов государства. Основные принципы правового регулирования трудовых отношений исходят из установления прочных государственных гарантий трудовых прав граждан. Социальное партнерство содействует согласованным действиям работников и их объединений, работодателей и государства в решении социальных и экономических задач. Реализация же этих принципов весьма противоречива, поскольку граждане и юридические лица нередко игнорируют общественный интерес.

Земельный кодекс признает и защищает публичный интерес с помощью различных положений и институтов. Это такие принципы, как учет значения земли как основы жизни и деятельности человека, как важнейшего компонента окружающей среды (ст. 1), это режимы использования государственной собственности Федерации и ее субъектов, муниципальной собственности на земли, это защита прав на земельные участки всех собственников, пользователей и др. (ст. 59–64), это государственный, муниципальный и общественный контроль за соблюдением земельного законодательства (ст. 71–73), это публичный сервитут на земельный участок (ст. 23 и 48).

Законодательные акты в сфере экологии исходят из необходимости соблюдения публичных интересов как условия реализации конституционного права каждого на благоприятную экологическую среду. В Федеральном законе «Об охране окружающей среды» целью правового регулирования признано удовлетворение потребностей нынешнего и будущих поколений и укрепление правопорядка в данной сфере. Этому служат институты управления в области охраны окружающей среды, установление общих нормативных требований, а также государственного мониторинга и контроля (ст. 63–69).

Весьма выразительной является правовая конструкция интересов, используемая в прежней редакции Градостроительного кодекса. Статья 3 посвящена государственным, общественным и частным интересам в области градостроительной деятельности. Первое — это интересы Федерации и ее субъектов, второе — это интересы населения городских и сельских поселений, других муниципальных образований, третье — это интересы граждан и юридических лиц. И вот гарантия — интересы обеспечиваются посредством выполнения требований нормативных правовых актов, государственных градостроительных нормативов и правил,

реализации специальной документации путем контроля и деятельности государственных и муниципальных органов.

В сфере частного права ключевым является вопрос об обеспечении и защите прав и законных интересов граждан и юридических лиц. Их законный интерес признается и защищается правом и служит легальной основой их деятельности для реализации своего статуса и достижения уставных целей. Таков смысл ст. 1 Гражданского кодекса о приобретении и осуществлении гражданских прав своей волей и в своем интересе, ст. 9 и 10 — об осуществлении гражданских прав, ст. 14 — о самозащите гражданских прав. Защищены правом и групповые, корпоративные интересы.

Семейный кодекс и иные законы, включая и акты ярко выраженного публичного характера, гарантируют реализацию личных интересов.

В сфере частного права выражение публичных интересов призвано гарантировать права и законные интересы граждан и юридических лиц. Это достигается благодаря наличию в Гражданском кодексе ряда институтов публичного характера. Статья 1 ГК допускает ограничение гражданских прав федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, безопасности государства.

Публичный договор служит обеспечению публичными услугами коммерческой организацией всех, кто к ней обратиться (ст. 426). Публичный конкурс предназначен для достижения общественно полезных целей (ст. 1057). Институт поставки товаров для государственных нужд регулирует основания поставки, заключения и исполнения государственного контракта и др. (ст. 525–534). Специальные федеральные законы и законы субъектов РФ регулируют более подробно порядок удовлетворения государственных, общественных и муниципальных нужд. И это вполне себя оправдывает с точки зрения обеспечения высоких общественных интересов. Сказанное относится и к затянувшейся процедуре национализации.

Модной тенденцией последних десятилетий является глобализация и усиление взаимозависимости государств. В современном мире появились общие потребности сохранения безопасности, природной среды, развития сотрудничества в сфере экономики и торговли, культуры и науки, а значит и новые публичные интересы. В то же время признание и обеспечение прав человека

получили значимость как новое проявление всеобщего интереса. Они — универсальны и признаются сложной системой международно-правового регулирования. В сочетании с конституционными принципами многих государств обеспечивается приоритет одобренных международных норм перед национальными.

Вместе с тем международное право признает устойчивость внутригосударственных норм, закрепляющих национальный публичный интерес. Свидетельством является правило публичной оговорки. В третьей части ГК установлено, что норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами раздела IV ГК, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) — ст. 1193.

Наше государство с помощью права защищает свои экономические интересы во внешнеэкономической и внешнеторговой деятельности. Напомним о специальных законах и иных актах в данной сфере.

Рассмотрим теперь правовые формы выражения интересов. Они служат как адекватному отражению интересов, так и обеспечению правильного соотношения между публичными и частными интересами, к этим формам относятся: а) нормативные дефиниции интересов; б) непосредственное закрепление приоритетов интересов; в) опосредованное установление соотношения интересов в виде разной юридической силы правовых актов и различных значений компетенций субъектов права; г) закрепление определенной последовательности юридических действий, использование временных факторов юридических действий — сроков и т.п.; д) использование способов учета общественного мнения и позиций разных субъектов права; е) применение разных средств отражения публичных и частных интересов в отраслях законодательства, о чем шла речь выше.

Наличие широкого спектра социальных интересов предполагает систематические усилия, действия по их согласованию. Это поиск не только компромиссов, но и выработка глубокого понимания публичных и частных интересов, их приоритетов в решении тех или иных задач. Используемые средства весьма разнообразны и дают положительный результат только при их системном применении, в связи друг с другом. Это и переговоры, и выработка согласованных позиций, и приоритетные комиссии, и согласительные процедуры, и договоры, соглашения о взаимо-

действию субъектов права, примирительные процедуры (и службы по урегулированию трудовых споров), и институт социального партнерства, и самозащита гражданских прав.

Все это позволяет правильно использовать интерес как фактор правообразования. Субъекты права, играя разные социальные роли, всегда выражают свои притязания на принятие, изменение и отмену законов и иных правовых актов. Их побудительной основой могут быть как правильно понятые социальные интересы, так и «подмена» интересов, их своего рода замена узкогрупповыми или эгоистическими интересами. Давление, лоббизм и т.п. в законодательном процессе ведут к подмене в законе общих публичных интересов другими взглядами и позициями. Это обнаруживается в концепции и нормах законов, «выгодных» и «удобных» для разных субъектов правоотношений¹.

В связи с этим столь существенны способы объективной оценки интересов прямых и косвенных участников законодательства. Ведь легальный публичный и частный интересы служат критерием оценки необходимости и обоснованности закона.

Роль интереса в процессе правоприменения, реализации законов становится еще более выразительной. И здесь особенно отчетливо государственные институты и суд выступают охранителями права. Так, согласно ст. 2 ГПК задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций и ее субъектов, муниципальных образований.

В то же время позиции и взгляды правоприменителей нередко расходятся при неодинаковом толковании содержания норм, трактовки объема их действия, прав и обязанностей участников правоотношений. По-разному оценивается и роль государственных и иных структур. В результате право формальное бездействует и с ним конкурирует право неформальное, теневое. Предпочтения, сговор, взятки, давление и т.п. изменяют правовую динамику. Интересы такого рода становятся факторами отклонения действующих лиц от норм правового поведения.

Участники общественных отношений активны в отстаивании своих позиций. В их основе лежат разные интересы — частные, корпоративные, региональные, государственные, общества в

¹ Весьма показательно в этом плане приложение 1 «Реальные и мнимые цели комментируемого закона». См.: Тосунян Г.А., Викулин А.Ю. Комментарий к федеральному закону «О реструктуризации кредитных организаций». М., 2000. С. 676–681.

целом. Вопрос заключается в том, чем и как они порождаются, кто является их носителем, каково сочетание интересов. Практика дает на него противоречивые ответы, причем плюрализм интересов нередко смещает в сторону реальные дела. А это разные дела, которые важны и для общества, и для государства, и для региона.

К тому же нужно учитывать тенденцию динамичного «перемещения дел». То, что вчера находилось в орбите публичного управления (например, руководство предприятиями), ныне перешло в сферу корпоративного самоуправления. Нельзя, разумеется, без серьезных расчетов дробить, акционировать и приватизировать крупные объекты в угоду групповым интересам. Не по этой ли причине у нас почти свернута авиапромышленность.

И локальные вопросы могут приобретать — временно или постоянно — более универсальное значение. Таковы вопросы охраны природы, борьбы с терроризмом и др. Значит, наблюдение и анализ перемен в сферах жизни требуют изменений способов их регулирования в рамках стратегических программ и на основе законодательных решений.

Сложные процессы происходят в сфере федеративных отношений. Поспешное распределение объектов собственности более десяти лет назад и произвольное определение компетенции федерального центра и регионов породило острые противоречия. Региональные интересы стали преобладать над общегосударственными. И сейчас приходится упорядочить разграничение предметов ведения и полномочий между госорганами федерального и регионального уровней, предстоит четко определить объекты и способы воздействия на экономику, социальные процессы. Строго установить объем компетенции и ресурсов (материальных, информационных и кадровых) для ее выполнения. Добиться ответственности за бездействие и ошибки. Весьма непростыми остаются взаимоотношения между госорганами и местным самоуправлением.

Противоборство интересов резко отражается в отношениях между госструктурами и экономическими субъектами. Оно выражается и в преувеличенной самостоятельности и без ответственности последних за ведение корпоративных дел, и в слабых механизмах корпоративного управления, в низком уровне государственного управления, и в бессистемности государственного контроля. Экономические структуры нередко предают забвению государственные интересы. Нарушают экологические и иные нормы, используют свое корпоративное влияние для принятия

властями «выгодных» решений, «разъедают» позиции чиновников. Олигархи — фавориты — опасное явление.

Гораздо полезнее — и власти, и бизнесу — согласованно решать общие экономические и социальные дела. Заметим, что конвенции МОТ ориентируют на сотрудничество на уровне предприятия, в отраслевом и национальном масштабе.

Граждане выражают свой интерес в разных сферах и ждут понимания и поддержки властей. Закон и суд формально на их стороне, фактически же так бывает не всегда. Но и граждане нередко свой личный интерес лишают гражданского содержания и то безразличны к делам предприятия, то обходят правила, то грубо нарушают законы. А ведь в них выражен укрупненно-общий интерес. Их участие в общих делах очень полезно, но здесь сдвигов нет.

Резюмируя, можно отметить четыре основных противоречия между интересами с точки зрения права. Во-первых, преобладание публичного интереса, огосударствление и подавление частного интереса. Во-вторых, преувеличенная оценка частного интереса и забвение публичного интереса. В-третьих, давление негативного неправового интереса. В-четвертых, позитивное давление интереса, непризнанного правом.

Отмеченное противоборство интересов отягощается внутренними противоречиями интересов в рамках, например публичного интереса. Здесь приходится наблюдать конфликты интересов в системе госслужбы, на что было обращено внимание в Указе Президента РФ от 12 августа 2002 г., которым утверждены «Общие принципы служебного поведения государственных служащих», и в президентской программе по реформированию госслужбы ведомственный интерес и питаемое им ведомственное правотворчество по-прежнему ломает законность, конфликт компетенций в механизме разделения властей и в системе исполнительной власти является очень болезненным. Внутри федеральные конфликты интересов, обостряемые интересами большого бизнеса, весьма пагубны.

Радиус конфликтов интересов таков, что охватывает противоречия интересов международных и межгосударственных структур и национальных государств¹. Отсюда коллизии их норм, отражающие то чрезмерное давление, то игнорирование международных норм, то забвение национальных актов.

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Глобализация: взаимовлияние внутреннего и международного права // Журнал российского права. 2002. № 11.

Непринятие мер по предотвращению и преодолению конфликта интересов приводит ко многим потерям. Ослабляются государственные институты. Уменьшается роль закона и увеличивается объем нарушений законности. Происходит деформация правосознания и отчуждение граждан от власти. Возрастают экономические и иные угрозы безопасности страны.

Устранению отмеченных негативных явлений и процессов могут способствовать следующие меры. Во-первых, более полное и точное отражение в праве всего спектра социальных интересов, равно как и в деятельности государственных и иных структур. Во-вторых, введение демократических процедур учета общественного мнения и установление административных процедур. В-третьих, усиление правовоспитательной деятельности и формирование гуманистического правосознания. В-четвертых, большое внимание в юридической науке к исследованию вопросов выявления и использования публичных и частных интересов. Таковы авторские оптимистические пожелания.

Попытки найти «мост» между реальностью и правом приводят Ю. Хабермаса к утверждению о праве как категории социальной медитации между фактами и нормами морали и нормами права, к поиску пространства личной и публичной автономии. Оно образуется на стыке естественного и позитивного права¹, но не обезличенно, а в фокусе интересов.

Проблема интересов долгие годы разрабатывалась в философии, социологии, политологии, других науках. В юридической науке изучались преимущественно публичные и частные интересы, аспекты их отражения в законодательстве и механизмы правовой защиты законных интересов. Примечательно, что национальные интересы Российского государства исследовались традиционно юристами-международниками, и лишь в последнее десятилетие особое внимание им начинают уделять и юристы, занимающиеся внутригосударственными проблемами. И все же пока рассматриваются политические и отчасти экономические аспекты национальных интересов. Но и по этим вопросам комплексных исследований не существует. Другие стороны национальных интересов, их выражение в законодательстве, приоритеты законодательства в обеспечении национальных интересов до сих пор остаются в тени.

¹ *Jürgen Habermas*. *Between Facts and Norms*. Cambridge: Polity Press, 1997, 1998, 2004.

Другое обстоятельство отражает острую актуализацию вопросов правового обеспечения национальных интересов. Укрепление единства государства и его территориальной целостности, преодоление сепаратизма и борьба с коррупцией, гарантии прав и свобод граждан в контексте обеспечения интересов общества и государства — таковы своего рода внутренние аспекты роли права в выражении национальных интересов. Укрепление мощи нашего государства и гарантий его суверенитета, повышение роли нашей страны в мировом сообществе и в решении крупных задач глобализации, пресечение посягательств на безопасность государства и граждан — таков международный императив правового обеспечения национальных интересов.

§ 3. Правовое поведение: природа, выбор вариантов

При всей значимости и гибкости правовых регуляторов их наличие служит лишь застывшим стартом для юридического марафона. Использование регуляторов зависит от движения людей и функционирования общественных институтов которые одушевляют их. Бесспорно: ключ ко всему правовому пространству дает механизм поведения людей. Оно определяется разными условиями бытия и сознания, в чем можно убедиться прежде всего на исторических примерах.

В Индии и Китае, равно как и в других странах, где господствуют буддизм и конфуцианство, поведение человека определяется во многом традициями и нравочучениями. Привычка к послушанию отражает следование императивам добродетели, дружбы и доброты, и поэтому роль «немного» общественного мнения там намного выше, чем в европейских странах. И эти постулаты как бы переносятся в правила управления. Хорошо управлять государством — это долг и тогда народ подражает правителям¹.

В воспоминаниях и размышлениях В. Овчинникова, который много лет работал в Китае, содержатся ценные наблюдения по этому поводу². Он пишет: оглядываясь на 30 лет реформ, китайцы называют четыре элемента формулы своего успеха.

Во-первых, начинать не с ломки политической системы, а с повышения эффективности экономики. Ибо в переходный период особенно нужна сильная центральная власть, располагающая надежными рычагами управления.

¹ Будда. Конфуций. Жизнь и учение. М.: Искусство, 1995.

² Российская газета. 2009. 29 сент.

Во-вторых, начинать не с города, а с села. Чтобы как можно скорее накормить и одеть большинство населения, потеснить бедность, минимизировать социальную цену перехода к рынку, дать миллионам людей возможность на себе ощутить пользу от этого.

В-третьих, не спешить с приватизацией государственных предприятий, особенно естественных монополий. Вместо этого сделать упор на привлечение иностранного капитала в особые экономические зоны.

В-четвертых, максимально использовать регулируемую роль государства, дабы не опускаться чрезмерной поляризации общества. Это включает различные меры по сокращению трехкратного разрыва в доходах 500 млн горожан и 800 млн крестьян.

Известный немецкий социолог Макс Вебер исходной позицией своей концепции считал социальные действия как результат расчленения общественных процессов. Любой участник действий — государство, общность, орган, индивид — совершает такие действия, и поэтому главным для М. Вебера является их правомерность, легитимность, легальное восприятие людьми на основе авторитета прав и привычного, авторитета вождя, лидера, господства в силу веры в обязательность, легальность установления и деловой компетентности. Речь идет о подчинении, оговоренном выполнении рациональных правил. Афоризм власти «господство есть шанс встретить повиновение определенному приказу» отражает взаимное ожидание участников отношений¹.

В XX в. и до сих пор весьма популярной теорией является бихевиоризм (от англ. behaviors — поведение). Ее предметом считается не сознание, а поведение как совокупность двигательных и сводимых к ним словесных и эмоциональных ответов как реакций на внешние воздействия среды. В США бихевиоризм объединяет психологию, социологию и антропологию. В дальнейшем схема «стимул-реакция» была дополнена промежуточными переменными (познавательные и побудительные факторы). В СССР течение бихевиоризма подвергалось критике за позитивизм, отрываемый от социально-экономических истоков поведения, но в последние годы интерес к нему в нашей стране вовсе угас.

В нашей стране в 1960-х годах развернулись исследования в сфере социологии права и общественного поведения. Два полярных полюса — правомерное и неправомое поведение — охватывают в основном весь поведенческий спектр. Правомерное

¹ См. подробно: *Кравченко Е.* Вебер Макс. М.: Весь мир, 2002.

поведение характеризуется как деятельность личности в сфере социально-правового регулирования, основанная на сознательном выполнении требований норм права, которое выражается в их соблюдении, исполнении и использовании¹, — таково типичное определение данного феномена. Соответственно выводятся четыре образца правомерного поведения — социально-активное, положительное (привычное), конформистское (пассивное) и маргинальное (пограничное) основанное на страхе, расчетах и т.п.²

Более широкая трактовка проблемы дана В.Н. Кудрявцевым, который провел классификацию видов правомерного поведения по субъектам, целям и результатам действий. По его мнению, граница между правомерным и противоправным поведением проходит там, где начинается невыполнение своих обязанностей³.

Новое направление в исследованиях социологии права в поведенческом аспекте связано с именем В.П. Казимирчука. Изданный под его руководством и непосредственным участии цикл научных работ — «Право и социология» (1973), «Личность и уважение к закону. Социологический аспект» (1979), другие книги и статьи по проблемам социального действия права. В них глубоко разработаны вопросы ценностей и установки, правовой информации и социального контроля, юридические конфликты и общественное мнение⁴.

В 1980-х годах в стране появляются научные труды, посвященные проблемам социальных отклонений.

Примечательно, что поведенческие роли людей в немалой степени отражают и порождаются их правовым статусом. «Нормативная» ориентация и своего рода «заданность» влияют на их стремление, на очевидные и скрытые предпочтения. Поэтому и общегражданский статус на основе норм Конституции и конституционных законов, и отраслевые статусы граждан в соответствии с трудовым, гражданским, образовательным, земельным и иным законодательством смещаются в той или иной степени со своей нормативной оси. Вектор смещения сигнализирует либо об изъянах норм либо об акцентах поведения людей. И в любом случае на это надо реагировать.

¹ См.: *Оксмытный В.В.* Правомерное поведение личности. Киев: Наукова Думка, 1985. С. 74.

² Там же. С. 99.

³ См.: *Кудрявцев В.Н.* Право и поведение. М., 1978.

⁴ Ценности и образы права / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Ю.А. Тихомиров. М., 2007.

Особо следует подчеркнуть: поведение людей в правовой сфере в немалой степени зависит от их нравственно-духовных ценностей. Недооценка их в последние годы привела к явному ослаблению роли человеческого фактора в развитии общества и возвеличиванию материально-денежных стимулов поведения. Между тем признание или отторжение нравственных ценностей во многом порождает типы поведения — от положительных до резко негативных, столь актуален по этой причине акцент на нравственных законах вообще и нравственных законах в экономике, в частности. К первым относятся зависимость уровня развития институтов от уровня нравственности, усилия всего общества, по укреплению нравственности, высокий уровень элиты общества, поддержание в человеке «вечных истин» приоритет дел и заботы о людях и др. Вторая группа охватывает специфические законы нравственного развития экономики, первостепенная роль труда, высокие нравственно-духовные критерии формирования элиты, развития позитивных форм взаимодействия людей, ориентация на бесконфликтное развитие¹.

Упрочению правовых и духовно-нравственных основ поведения людей служат не эпизодические, а системные механизмы общества. Формирование гуманного уклада жизни с обеспечением высокой преобразовательной роли культуры и образования должно происходить с учетом правового фактора. Реализация Федерального закона «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» открывает широкий доступ к праву. А в нем не должны преобладать функционально-технологические аспекты в ущерб социально-психологическим и институтам общественного мнения, публичных обсуждений проектов решений и реального участия граждан в управлении государственными и общественными делами. Тогда активно-правомерное поведение будет явственно выражать себя на всех стадиях правового регулирования — от зарождения правовых идей, концепций и правовых актов до их реализации.

И все же поведение людей и предсказуемо, и инвариантно. В монографии «Социальные отклонения. Введение в общую теорию»² дан анализ понятия и признаков социального откло-

¹ См.: Румянцева Е.Е. Нравственные законы экономики. М.: Инфра-М, 2009.

² Кудрявцев В.Н., Нерсесянц В.С., Кудрявцев Ю.В. Социальные отклонения. Введение в общую теорию. М.: Юридическая литература, 1984.

нения. Приведем подробно положения ...Социальная норма и социальные отклонения — два полюса на одной и той же оси социально значимого поведения индивидов, социальных групп, классов и других социальных общностей.

Нормативное поведение (т.е. такое, которое соответствует норме), а также социальное отклонение (нарушение этой нормы) — не единственные виды поведения, в том числе и имеющего общественное значение. Многие поступки не подпадают под нормы и вместе с тем не являются отклонениями от них — просто потому, что они лежат в сфере отношений, не урегулированных определенными нормами.

Если социальную норму принять за эталон поступка, то отклонения от этого эталона могут происходить в самых разных направлениях. Поступок может не соответствовать социальной норме по объективным или по субъективным признакам; по целям и мотивам; по прямым или косвенным результатам. Он может быть новаторским или консервативным, полезным или вредным, случайным или типичным; число характеристик отклонений от нормы может быть многократно увеличено.

...Отклонение от социальной нормы — понятие более сложное и многоплановое, чем, например, понятие правонарушения, которое ограничено известными признаками объекта, субъекта, объективной и субъективной сторон и, как правило, относится к единичному случаю — конкретному поступку (реже — к серии точно определенных действий). При отклонении же от социальной нормы речь идет о самых разнообразных формах поведения (деятельности), по разным параметрам не укладывающихся в действующие стандарты.

Отклонения от социальных норм, несмотря на большое разнообразие, имеют некоторые *общие причины*, поддерживающие их существование, а подчас ведущие к их росту и распространению. Хотя все эти причины в своем конкретном проявлении могут быть различны, а порой и противоположны в разных общественно-экономических формациях, по своей сути они сводятся к объективным и субъективным противоречиям общественного развития, которые нарушают взаимодействие личности с социальной средой и ведут к формам поведения индивидов (или деятельности социальных групп), не согласующимся с существующей нормативной системой. Иными словами, можно сказать, что основной причиной социальных отклонений явля-

ется противоречие между требованиями нормативной системы и интересами действующих субъектов. А это противоречие в своей основе носит социальный характер.

При всем разнообразии *последствий* негативных социальных отклонений их суть одна: вред, ущерб, причиняемый интересам того класса, социальной группы или общества, которые установили и используют соответствующую систему нормативного регулирования. При социализме социально-негативное поведение приносит вред всему народу, отрицательно влияет на развитие личности, препятствует поступательному движению общества.

Социально-негативное поведение представляет собой относительно распространенное явление, поэтому оно предполагает, как правило, разработку и осуществление организованных форм борьбы с ним. Социальная значимость отклонений от существующих норм учитывается в процессе правотворчества, а также в общественной практике применения правовых и моральных санкций.

В целом для социальных отклонений как общественного явления характерны следующие черты:

одинаковая направленность отклонений, встречающихся у сходных групп (слоев) населения в более или менее одинаковых условиях;

близость или единство причин, в силу действия которых они возникают и выражаются вовне;

определенная повторяемость, устойчивость указанных явлений во временном и территориальном разрезах.

...Итак, социальные отклонения можно определить как *такие нарушения социальных норм, которые характеризуются определенной массовостью, устойчивостью и распространенностью при сходных социальных условиях.*

Приведенные научные разработки дают основание для более полной поведенческой типологии в правовой сфере общества:

- а) привычное (повторяющееся) поведение;
- б) пассивное (безучастное) поведение;
- в) соблюдение некоторых правовых норм под страхом санкций, осуждения;
- г) активное поведение, охватывающее основной правовой спектр;
- д) нигилистическое поведение, отрицающее роль права;
- е) преувеличенная роль саморегулирования;
- ж) поведение, нарушающее закон и иные правовые акты;

з) поведение, формально допустимое, но противоправное по цели и смыслу;

и) критическое и оппозиционное поведение;

к) поведение противоборствующих с действующим правом;

л) маргинальное поведение, переходное от типа к типу.

Конечно, приведенная классификация типов поведения людей в правовой сфере весьма подвижна и условна. В разных ситуациях и применительно к различным сторонам жизни поведение людей может иметь неодинаковое «правовое содержание». И в этом можно убедиться на материалах социологических исследований, проведенных в Российской академии государственной службы при Президенте РФ¹.

**Оценки исполнения федеральных законов
(в % от количества опрошенных)**

Варианты ответа	Год					
	1998	1999	2000	2001	2003	2006
Законы, регулирующие экономику						
В основном исполняются	5,5	4,4	18,6	21,9	17,4	24,6
В основном не исполняются	73,4	80,0	52,0	49,8	50,7	34,3
Затруднились ответить	21,1	15,6	29,4	28,3	31,9	41,1
Законы, гарантирующие защиту социальных прав						
В основном исполняются	7,2	6,0	24,8	22,6	22,4	36,9
В основном не исполняются	80,8	84,0	54,3	57,3	56,0	34,2
Затруднились ответить	12,0	10,0	20,9	20,1	21,6	28,9

**Массовость общественного доверия институтам и структурам
государственной власти (в % от количества опрошенных)**

Институты и структуры власти	2001 г.	2002 г.	2003 г.	2005 г.
Президент России	69,0	71,2	69,9	65,5
Федеральное правительство	32,4	32,0	33,1	32,4
Государственная Дума	17,5	21,2	21,6	25,3
Суды	16,0	26,7	28,3	45,2
Прокуратура	15,8	25,4	29,3	44,1
Органы безопасности (ФСБ)	30,4	36,2	42,8	39,9
Органы внутренних дел	17,3	20,0	21,3	30,0

¹ Социология власти. 2007. М.: Изд-во РАГС, 2007. С. 40–53.

**Оценки степени открытости решений и действий органов
государственной власти в разные периоды отечественной истории
(в % от числа опрошенного в 2005 г. населения и экспертов)**

Институты и структуры власти	Население		Эксперты	
	Высокие оценки	Низкие оценки	Высокие оценки	Низкие оценки
В советские времена, когда во главе страны был Л.И. Брежнев	9,0	43,1	10,8	47,8
В годы, когда во главе страны был М.С. Горбачев	6,3	37,3	9,4	36,5
В годы, когда во главе страны был Б.Н. Ельцин	4,0	45,4	6,9	47,8
В годы президентства В.В. Путин	18,8	24,7	22,7	17,7

**Индикаторы социально-психологического отчуждения населения
от власти (в % от количества опрошенных)**

Варианты ответа	Население		Эксперты 2005 г.
	1990 г.	2005 г.	
Рядовые граждане не могут ничего сказать о том, что делают власти	38,0	43,0	27,1
Действия властей так запутаны, что рядовые граждане не в состоянии понять, что происходит	61,0	53,9	56,2
Власти мало заботятся о простых гражданах	71,0	78,8	46,3

**Реакция граждан на действия властей в повседневной жизни
(в % от количества опрошенных)**

Варианты ответа	Население		Эксперты 2005 г.
	2002 г.	2005 г.	
Обычно одобряют, поддерживают действия властей	10,7	8,7	7,9
Обычно вынуждены приспособливаться	41,0	46,9	65,5
Стараются держаться в стороне от властей	28,9	27,2	13,8
Относятся к властям с неприязнью, когда возможно, противодействуют им	6,5	7,2	6,9
Затруднились ответить	12,9	10,0	5,9

Реформы	Население		Эксперты	
	2003 г.	2005 г.	2003 г.	2005 г.
Образования	71,0	71,0	53,5	55,7
Жилищно-коммунальная	70,7	71,0	40,0	39,9
Пенсионная	70,4	68,8	42,0	45,3
Административная	72,9	77,5	38,5	28,1

Немало опрошенных затруднились определить уровень своего понимания реформ, что также является показателем их неосведомленности.

Суждения о выборе пути развития России (в % от количества опрошенных)

Варианты ответа	1999 г.	2005 г.
Следует развивать капитализм с присущей ему экономикой	40,7	42,3
Следует искать новые подходы строительства социализма	58,4	53,2
Затруднились ответить	0,9	4,5

Социальная идентичность населения

Оценки факторов обеспечения социального положения и престижа человека в обществе (в % от количества опрошенных)

Факторы	1987 г.	2003 г.	2006 г.
Владение материальными или другими ценностями	35,8	45,6	50,7
Связи с полезными людьми, блат — в опросе 1987 г.	24,1		
Доступ к рычагам власти — в опросах 2003 г. и 2004–2006 гг.		38,1	35,4
Социальное положение семьи, родственные связи	24,4	23,6	25,0
Личные достижения в образовании, профессиональной подготовке и др.	29,0	23,2	20,9
Авторитет, определяемый служебным положением	нет данных	21,2	21,0
Личные качества человека (ум, здоровье, внешний вид и др.)	58,5	16,0	18,2

**Массовость общественного доверия политическим партиям и блокам
(в % от количества опрошенных)**

Политические партии и блоки	2001 г.	2005 г.	2006 г.
«Единая Россия»	35,3	24,0	32,1
КПРФ	21,9	9,7	8,1
«Родина»	—	8,2	—
КПРФ и другие партии левой оппозиции	—	16,1	
«Справедливая Россия» (Партия жизни, объединившаяся с Партией пенсионеров и партией «Родина»)	—	—	7,4
ЛДПР	8,1	6,5	6,5
Партии правой оппозиции власти (Союз правых сил, «Яблоко» и др.)		5,7	3,9
Другие	—	0,8	0,7
Ни одна из партий не заслуживает доверия	30,1	30,3	26,2
Затруднились ответить	19,5	18,5	20,0

Сумма ответов не равна 100%, так как по методике опроса можно было выбрать несколько вариантов.

**Отношение респондентов к личному участию в деятельности
политических партий (в % от количества опрошенных)**

Варианты ответа	2003 г.	2006 г.
Являюсь членом партии	1,8	3,8
Не вхожу в партию, но участвую в некоторых мероприятиях	4,6	6,5
Участвую в предвыборной борьбе на стороне одной из партий	2,3	4,9
Совсем не участвую в деятельности партий	72,1	71,4
Не хочу об этом говорить	19,2	13,4

§ 4. Правообразующая воля

Для правопонимания в XIX–XX вв. во многом было характерной трактовка права как инструмента управления государственными делами, как способа воздействия на общественные отношения, на сознание и поведение масс, обеспеченного государственным принуждением. Отсюда вполне очевидное повеление—команда и

послушание—исполнение, порождающие соответствующие взгляды, представления, эмоции и действия людей. Напомним, что в отечественной юридической литературе в конце XIX — начале XX в. весьма распространено было положение о государственном воздействии, основанном на осознании своей зависимости от власти (Чичерин, Коркунов и др.).

В психологической теории Л. Петражицкого, не утратившей своей актуальности и в наше время, различались двоякого рода переживания людей как реакция на действие прав. Переживание в связи с позитивным правом отражает его внешнее воздействие на индивид, а в связи с интуитивным правом переживание является следствием внутреннего убеждения индивида, и потому оно было подвижно и приспособляемо к конкретным ситуациям.

Вполне объяснимо поэтому особое внимание Л. Петражицкого к теории общей воли. Наличие массового правового шаблона — веления одних в адрес других, чаще всего связано с такой фикцией, как признание воли известных лиц в государстве как бы волей всей совокупности граждан. Хотя прямое участие всех людей в ее формировании и выражении практически невозможно обеспечить. Не меняют дела такие понятия коллективной единицы, как «воля общения» или «воля общественного союза». Главное в том, признают ли все члены общества такой императив. Не лучше ли утверждения Совиньи и Пухты о проявлении национального народного духа, который должен «уловить» законодатель¹.

Марксистско-ленинские характеристики природы права буржуазного и права социалистического с его «мерилами» равного и неравного в отношении людей усилены акцентом на связь права с властью. И тут применяется категория воли как социально-психологической пружины властных велений. Господствующие индивиды придают своей воле всеобщее выражение в виде государственной воли, в виде закона².

«А что такое Закон? Выражение воли классов, которые одержали победу и держат в своих руках государственную власть»³. И далее «...Воля, если она государственная, должна быть выражена как закон, установленный властью...»⁴. И вполне понятны поэтому классические объяснения природы правотворчества в научной литературе 1940–1980-х годов как способа выражения

¹ См.: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства. СПб., 2000. С. 3–16, 232–246.

² См.: *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 3. С. 322–323.

³ *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 16. С. 306.

⁴ Там же. Т. 32. С. 340.

интересов и воли трудящихся масс (всего народа). Интересы рабочего класса, а позднее всего народа объективируются в государственной воле¹. Отсюда очевидная поддержка правовых решений в обществе, подчас единодушная и формальная.

В последние 20 лет в понимании импульсов права сделан акцент на его «арбитражной» миссии, когда право отражает согласие, договоренность, гармонию интересов и подчинение общим принципам права, которые облагораживают «земное» право. Но реальная практика по-прежнему убеждает в жизнеспособности волевого фактора права, правообразующей воли. Сильная воля порождает правовые акты и дает применение иным формам права в соответствии с интересами лиц, групп, слоев, наций и породе. Ею преодолевается сопротивление в обществе правовым новеллам и достигается послушание, пусть и мнимое. Слабая воля может порождать правовые решения, но они остаются декларативными и плохо реализуются. «Встречное» волевое движение недовольных людей и оппозиции уменьшает потенциал правовых официальных решений.

В чем же дело? Попробуем разобраться и начнем с вопроса о содержании правообразующей воли. Воля служит переводу источников права (экономических, социальных, духовных и др.) в реальные правовые регуляторы. Воля формирует тот нормативный концентрат, который ложится в основу прежде всего законов и иных правовых актов. Именно в ней выражены интересы структур и социальных слоев, управомоченных принимать правовые акты и «одушевлять» другие формы права. Это стремление урегулировать отношения и решить проблемы, это готовность и способность к преодолению пассивности и противодействия со стороны других структур и слоев, это готовность реализовать усилия и подчинить деятельность достижению результатов (предвидимых в праве).

Отсюда понятны сложность и противоречие процесса формирования и выражения правообразующей воли. Имеются в виду процедуры, этапы, публичные объявления о намерениях правового регулирования, использования собственных аргументов и желаний слышать оппонентов, сторонников и экспертов. Тогда возможны известные действия по созданию общеобязательных правил поведения.

Многогранность правового регулирования не измеряется, однако, волей, выражаемой в государственных и иных властных

¹ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Юридическая литература, 1973. С. 9–26.

актов. Признание разных форм права позволяет обнаружить в их основе другие волеизъявления, а именно волю, формирующую саморегулирование. Акты местного самоуправления, акты общественных объединений, акты саморегулируемых организаций являются результатом либо добровольного «уставного саморегулирования», либо норм, создаваемых профессиональными и корпоративными объединениями в прядке мандата и согласия их членов на добровольное соблюдение. Во Франции широко развита практика передачи регламентных полномочий субъектам частного права на условиях и в порядке, предусмотренном законом (например, Кодексом социального страхования). И в международно-правовых отношениях все чаще применяются добровольно принимаемые и исполняемые кодексы хорошего управления, поведения государственных служащих, корпоративные кодексы. Тут действует своего рода презумпция согласия исполнителей, круг которых сближается с кругом принимающих решения.

§ 5. Юридическое мышление. Правовая компетентность

Как можно заметить, человеческий фактор в правовом регулировании играет очень важную роль. Своего рода интеллектуальное и эмоциональное «одушевление» процесса формирования правового воздействия исходит из социальных интересов и воли к их осуществлению. И тут следующий шаг — самый сложный процесс юридического мышления, включающий ценности, образы и представление о праве, правосознание и правовая культура, правовая компетентность. Недооценка этой стороны правового регулирования приводит к явному преувеличению формальных процедур и ослаблению активной и творческой роли человека. Возникают ложные и упрощенные представления в этой сфере, порождающие подчас неудачные и непродуманные действия. «Правотворящая» мысль исчезает...

Неслучайно И.А. Ильин ключевой проблемой государства и права считал именно правосознание организованного единения духовно солидарных людей, понимающих мыслью свою духовную солидарность, приемлющих ее патриотической любовью и поддерживающих ее самоутверждение волей, — такой смысл государства государственный образ мыслей, государственное настроение чувств, государственное волеуправление отражают

позитивное право. Отсюда и аксиомы правосознания — закон духовного достоинства, закон автономии и закон взаимного признания¹.

В отечественной научной литературе правосознанию всегда уделялось большое внимание, но скорее всего в статичной характеристике этого явления. Различение по субъектам — индивидуальное, групповое, общественное, дополняется различиями объединенного и теоретического правосознания. А правовая культура охватывает все наследие человечества в сфере права. Антиподы — крайний правовой романтизм и юридический нигилизм².

Правосознание состоит из правовой идеологии и правовой психологии, причем правовая идеология отражает прежде всего познавательную сторону правосознания, а правовая психология — эмоциональную. Первый элемент познавательной стороны правосознания — процесс познания правовой действительности включает в себя процессы понимания, накопления, описания, толкования знаний о правовой действительности. Правопонимание как процесс — целенаправленная интеллектуальная мыслительная деятельность человека, представляющая собой идентификацию, осмысление, оценку права как самостоятельного социального феномена и его проявлений, а также его содержания. Второй элемент познавательной стороны правосознания — результат познания правовой действительности. Здесь правопонимание — результат целенаправленной интеллектуальной мыслительной деятельности человека или группы людей, представляющий собой идеи, взгляды, теории и тому подобное о праве как самостоятельном социальном феномене и его проявлениях, а также уяснение содержания права.

В узком смысле правопонимание есть понимание содержания правовых норм, т.е. в рамках правопонимания происходит осмысление и уяснение их содержания. В широком смысле правопонимание — понимание права как социального явления в его наиболее общем виде или отдельных его проявлений. Построение структуры и содержания правового воздействия обуславливается соответствующим типом правопонимания. Структура и содержание правового воздействия, разработанная и устоявшаяся в

¹ См.: *Ильин И.А.* Теория права и государства. М.: Зерцало, 2003. С. 256–373.

² См.: *Власенко Н.А.* Теория государства и права. М.: Юриспруденция, 2009. С. 724–728.

российской юридической науке и практике, основана на позитивистском (нормативном) типе правопонимания.

В других работах исследуется связь правосознания и юридической деятельности, причем акцент сделан на анализе уровней правосознания. Уровень правосознания — это структурное образование в правосознании, которое выражает степень развитости, значимости рационально-идеологических, социально-психологических и поведенческих компонентов правосознания отдельных категорий субъектов. Специфическими свойствами уровней правосознания являются тесная связь с носителем (субъектом юридической деятельности), уникальность, изолированность, функциональность, прикладной (обеспечивающий) характер.

Юридическая деятельность рассматривается как деятельность всех субъектов, реализующих права и обязанности с помощью специальных правовых средств; выделяются три основных ее вида: правотворческая деятельность, деятельность по непосредственной реализации права, правоприменительная деятельность. По степени интенсивности включения правовых средств в структуру деятельности и ее юридическому содержанию *непосредственная реализация права* воплощается в жизнь в процессе таких видов деятельности, как фактическое правомерное поведение, правовая активность, правореализующая деятельность. За *правовой активностью* и *правореализующей деятельностью* признается статус самостоятельных правовых понятий, занимающих самостоятельное место в категориальном аппарате юриспруденции. В структуру правоприменительной деятельности непосредственно входит профессиональное правосознание правоприменителей. Правовые знания, правовая интуиция, правовые установки — это его специфические элементы, которые обладают собственной значимостью на различных участках правоприменения.

Понятно, что в масштабе общества первостепенное значение приобретает эффективная система юридического образования и повышение правовой культуры граждан. Преодоление формализма и охват разных слоев граждан возрожденной системой правового всеобуча позволит резко изменить отношение граждан к праву. Консультации, юридическую комиссию, образовательные программы по радио и телевидению нужно сочетать с действенными мерами по доступу граждан к праву. И в этом смысле важен Федеральный закон «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления». Обнародование (опубликование правовых актов,

размещение и предоставление информации, другие публичные средства), должны способствовать формированию высокого уровня правосознания. Нарушения этих правил должны влечь ответственность должностных лиц и служащих.

Полезен зарубежный опыт в этой сфере. Интересен обзор о роли информационных и коммуникационных технологий в развитии диалога между органами власти и гражданами — опыт европейских стран, который подготовил Й. Мёллер, эксперт проекта «*Институциональный, правовой и экономический федерализм в Российской Федерации*» в рамках программы сотрудничества ЕС и России (Тасис)¹.

«Органы государственной власти и местного самоуправления должны расширять возможности для обращения граждан с жалобами и предложениями. ... Тем не менее возможности для такой обратной связи не должны ограничиваться так называемыми “жалобными книгами” и ящиками для сбора жалоб, установленными в муниципальных учреждениях, библиотеках, почтах и т.п. Необходимо создавать условия для приема обращений граждан по телефону, разрабатывать актуальные для современной России инструменты интерактивного взаимодействия».

Граждане в целом обладают довольно низкой осведомленностью о механизме предоставления публичных услуг. Именно поэтому общественность заинтересована в диалоге с представителями власти по вопросам реформирования системы обеспечения благосостояния населения.

В 1990-х гг. в мире начинается новый виток технологического развития, открывающий революционные возможности для расширения диалога между гражданами и органами власти. Быстрый рост использования Интернета в обществе, в особенности в коммерческих целях, и возрастающее значение информационных технологий в целом привели к тому, что информационные и коммуникационные технологии стали двигателем экономического и производственного прогресса, особенно в Соединенных Штатах.

К 2001 г. уже более 50% граждан США использовали Интернет, но лидером по этому показателю стали скандинавские страны (55%). По сравнению с ранее используемыми технологиями применение Интернета создает качественно новые предпосылки для преобразований в области взаимоотношений гражданина и власти. Технологии, применяемые в прошлом, были в основ-

¹ Ежеквартальный бюллетень. 2006. № 5. Июль.

ном ориентированы на сугубо внутреннее использование и не предусматривали возможностей для обратной связи. Интернет-технологии открыли пользователям компьютеров широкий доступ к информационным ресурсам органов власти. Число граждан, взаимодействующих с различными государственными и муниципальными учреждениями через Интернет, постоянно растет.

В Великобритании программа по реализации положений принятой в 1999 г. «Белой книги по модернизации правительства» (*Modernizing Government White Paper*) предусматривает, что к 2005 г. 50% всех операций по взаимодействию с правительством можно будет выполнять в онлайн-режиме с помощью электронных средств, а к 2008 г. этот показатель планируется увеличить до 100%.

Британский Интернет-портал *Citizen Space* призывает граждан «способствовать формированию политики правительства путем участия в консультациях и ознакомиться с принципами государственного управления Великобритании». Портал предоставляет целый комплекс возможностей для участия граждан в процессах демократического управления, а также предлагает гражданам широкий спектр интерактивных сервисов: дискуссионные форумы, консультации, программные документы и тексты правительственных решений, возможности для участия в петициях, адресная база, а также четко структурированная информация о том, каким образом гражданин может внести свой вклад в формирование политики государства. Особого внимания заслуживает возможность подписаться на рассылку уведомлений об обновлениях и предстоящих консультациях по заданным ключевым словам. Этот сервис является гарантией того, что пользователь не пропустит интересующую его информацию и не потеряет возможность повлиять на ход важных для него событий.

В 2001 г. в г. Тампере¹ (Финляндия) началась специальная программа по созданию информационного общества. Работа программы ведется по трем направлениям: 1) укрепление научно-технической базы и поддержка образования; 2) развитие новых компаний и отраслей бизнеса и их вовлечение в информационную среду; 3) разработка интерактивных услуг органов местного самоуправления и обеспечение их доступности для всех слоев населения. Программа включает шесть действующих независимо друг от друга проектов, из них в контексте «электронного правительства» выделяется «*Информационный город*». «Информа-

¹ Численность населения Тампере — около 200 000 человек.

ционный город» специализируется на разработке интерактивных услуг, обеспечении их доступности и организации обучающих курсов для пользователей компьютеров. В перспективе в рамках программы «Электронный Тампере» и ее раздела «Инфосити» предполагаются разработка многоцелевых смарт-карт, создание службы медицинского обслуживания, развитие электронной демократии, расширение дистанционного образования и мобильных услуг.

Ежемесячно регистрируется более двух миллионов обращений к страницам портала г. Тампере. Несмотря на то что основную часть сайта пока составляют информационные материалы, количество интерактивных услуг и возможностей для обратной связи с органами местного самоуправления постоянно растет. Наиболее популярными разделами являются календарь местных событий и расписание автобусных маршрутов.

Интернет-портал предоставляет жителям округа Северный Ютланд¹ возможность участвовать в принятии политических решений на региональном уровне. На сайте действует дискуссионный форум: темы для обсуждения могут предлагать как политики, так и рядовые граждане. Целью данного портала является создание более прозрачного и объективного механизма принятия решений и более широкое вовлечение в политический процесс жителей округа с помощью новейших технологических достижений. Помимо дискуссионного форума, вниманию пользователей портала предлагаются ссылки на другие электронные ресурсы и средства массовой информации, что способствует повышению уровня информированности общества и более широкому участию граждан в государственном и местном управлении. Интерактивные возможности портала включают: дискуссионный форум, чат, поиск обновлений и телевизионных новостей по интересующей тематике, поиск по portalу, ссылки на другие общественные и политические информационные ресурсы, подписку на рассылки (например, можно подписаться на рассылку планов работы окружного совета), конкурсы.

Естественно, особое значение имеет правовая квалификация всех категорий публичных служащих. Автор разработал предложения по использованию правовых компетенций при оценке кандидатов в резерв управленческих кадров.

Правовая компетенция — система правовых знаний и навыков, которыми должен обладать кандидат для его включения в соответ-

¹ В округе Северный Ютланд проживает около 0,5 млн человек.

ствующий резерв управленческих кадров. Установление правовой компетенции необходимо для того, чтобы кандидат, находящийся в резерве управленческих кадров, был профессионально пригоден для принятия решений на законной основе, предвидения появления новых проблем в правовой сфере, в том числе кризисных ситуаций, своевременного реагирования на подобные ситуации и предотвращения их возникновения и развития.

Содержание правовой компетенции выражается прежде всего в следующих элементах:

- а) статус субъекта (физического и юридического лица);
- б) основания и порядок принятия решений;
- в) система правовых актов (в отрасли и т.д.);
- г) процедуры осуществления государственных функций и оказания публичных услуг;
- д) формы взаимодействия с партнерами;
- е) основания и виды ответственности.

Ниже приводится перечень правовых знаний и навыков, которые могут быть использованы при оценке кандидата в соответствующий резерв управленческих кадров.

Виды правовых знаний и навыков включают:

- а) Президентский резерв управленческих кадров
- Знание Конституции РФ.
 - Знание системы и структуры государственных органов.
 - Знание системы правовых актов, включая виды, иерархию (приоритет конституционных норм, норм федеральных конституционных законов перед федеральными законами, приоритет международных норм перед национальными нормами, норм федеральных законов перед региональными, норм законов перед положениями подзаконных актов и т.д.).
 - Знание порядка согласования, подписания и обнародования федеральных законов Президентом РФ.
 - Знание основ административного, гражданского, бюджетного, налогового, законодательства, а также основ международного права.
 - Знание нормативных правовых актов, регулирующих отношения, связанные с государственной гражданской службой Российской Федерации.
 - Знание статуса Президента РФ, его конституционных полномочий. Использование механизма взаимодействия Президента РФ с государственными органами.

- Знание нормативных правовых актов, касающихся деятельности Президента РФ, Администрации Президента РФ, Управления делами Президента РФ, иных органов, обеспечивающих деятельность Президента РФ.
- Знание нормативных правовых актов, касающихся федеральных целевых программ.
- Знание и реализация правовых основ управления в соответствующей сфере деятельности применительно к исполнению конкретных должностных обязанностей.
- Знание устройства судебной системы, правоохранительных органов.
- Знание оснований и видов ответственности, которые могут быть применены к данной категории лиц, порядка их применения (ответственность органа, руководителя органа, должностного лица).
- Использование механизма реализации положений законов (процедур, устанавливающих порядок применения норм права, регламентов, инструкций и т.д.). Умение применять указанные акты к конкретным ситуациям в процессе управления.

б) Федеральный резерв управленческих кадров

- Знание Конституции РФ (основные права и свободы человека и гражданина, федеративное устройство, предметы ведения Российской Федерации и предметы совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов, глава о Правительстве РФ).
- Знание системы и структуры федеральных органов исполнительной власти.
- Знание системы судебных и иных правоохранительных органов.
- Знание системы правовых актов, включая их виды, иерархию (приоритет конституционных норм, норм федеральных конституционных законов перед федеральными законами, приоритет международных норм перед национальными нормами, норм федеральных законов перед региональными, норм законов перед положениями подзаконных актов и т.д.).
- Знание основ административного, гражданского, бюджетного, налогового, трудового, законодательства, а также основ международного права.
- Знание нормативных правовых актов, регулирующих отношения, связанные с государственной гражданской службой Российской Федерации.

- Знание федеральных нормативных правовых актов, касающихся федеральных и региональных целевых программ.
 - Знание правового положения и навыки взаимодействия с общественными объединениями.
 - Знание статуса соответствующего субъекта (статус государственного органа, статус руководителя, статус должностного лица).
 - Знание правовых актов о порядке создания соответствующего органа, его задачах, функциях, полномочиях, о структуре данного органа.
 - Знание порядка взаимодействия соответствующего субъекта с государственными органами, государственными органами субъектов Российской Федерации, муниципальными образованиями, подведомственными организациями.
 - Знание порядка согласования и принятия управленческих решений. Навыки принятия управленческих решений.
 - Знание прав и обязанностей, установленных федеральными нормативными правовыми актами для соответствующей должности, порядка взаимодействия с иными должностными лицами и органами.
 - Знание порядка разработки и утверждения программ деятельности органа.
 - Знание порядка и навыки работы со служебной информацией и сведениями, составляющими государственную тайну.
 - Знание служебных документов, регулирующих соответствующую сферу деятельности применительно к исполнению конкретных должностных обязанностей.
 - Знание оснований и видов ответственности, которые могут быть применены к данной категории лиц (ответственность органа, руководителя органа, должностного лица).
 - Знание механизма реализации положений законов, процедур, устанавливающих порядок применения норм права, умение применять указанные акты к конкретным ситуациям, использование правового мониторинга.
- в) Резерв управленческих кадров субъектов РФ
- Знание Конституции РФ (основные права и свободы человека и гражданина, федеративное устройство, предметы ведения Российской Федерации и предметы совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов), конституции или устава субъекта РФ.

- Знание системы и структуры органов власти соответствующего субъекта РФ, а также основ системы и структуры федеральных органов власти.
- Знание системы правовых актов, их видов, иерархии (приоритет конституционных норм, норм федеральных конституционных законов перед федеральными законами, норм федеральных законов перед региональными, норм законов перед положениями подзаконных актов и т.д.).
- Знание основ гражданского, бюджетного, налогового, трудового, административного, земельного, экологического, социального законодательства.
- Знание основных прав, обязанностей, ограничений и антикоррупционных запретов, установленных федеральным законодательством о государственной службе. Знание нормативных актов субъекта РФ, регулирующих вопросы государственной службы.
- Знание нормативно-правовых актов, касающихся региональных целевых программ.
- Знание статуса соответствующего субъекта (статус органа государственной власти субъекта РФ, статус руководителя органа, статус должностного лица).
 - Знание правовых актов о порядке создания соответствующего органа, его задачах, функциях, полномочиях, о структуре данного органа.
 - Знание порядка и навыки взаимодействия с федеральными органами, органами государственной власти субъектов РФ, муниципальными образованиями, подведомственными организациями.
 - Знание прав и обязанностей, установленных региональными нормативными правовыми актами для соответствующей должности, порядка взаимодействия с иными должностными лицами и органами, а также прав и обязанностей, установленных федеральными нормативно-правовыми актами (в части, необходимой для исполнения своих должностных обязанностей).
- Знание правового положения общественных объединений и приобретение навыков взаимодействия с ними.
- Знание нормативных правовых актов, регулирующих соответствующую сферу деятельности в пределах своих должностных полномочий:
 - Знание порядка разработки и утверждения планов деятельности органа субъекта РФ.

- Знание оснований и порядка согласования и принятия управленческих решений. Навыки принятия управленческих решений.
 - Знание порядка и навыки работы со служебной информацией и сведениями, составляющими государственную тайну.
 - Знание служебных документов, регулирующих соответствующую сферу деятельности применительно к исполнению конкретных должностных обязанностей.
 - Знание служебного распорядка соответствующего государственного органа субъекта РФ.
 - Знание оснований и видов ответственности, которые могут быть применены к данной категории лиц (ответственность органа субъекта РФ, руководителя органа, должностного лица).
 - Использование механизма реализации нормативных правовых актов (мер, обеспечивающих применение правил, регламентов, инструкций и т.д.), проведение правового мониторинга.
- г) Муниципальный резерв
- Знание Конституции РФ (основные права и свободы человека и гражданина, федеративное устройство, предметы ведения Российской Федерации и предметы совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов, глава о местном самоуправлении), положений конституции или устава субъекта РФ, касающихся муниципальной власти.
 - Знание федерального законодательства и законодательства соответствующего субъекта РФ о местном самоуправлении, знание устава соответствующего муниципального образования и умение организовать их выполнение.
 - Знание системы и структуры государственных органов, органов власти соответствующего субъекта РФ в части, касающейся взаимодействия с ними муниципального органа.
 - Знание системы и структуры органов соответствующего муниципального образования.
 - Знание основных прав, обязанностей, ограничений и антикоррупционных запретов, установленных законодательством о государственной службе, основ законодательства субъекта РФ, регулирующего вопросы государственной и муниципальной службы, знание федеральных законов, регулирующих вопросы муниципальной службы в РФ.

- Знание основ гражданского, бюджетного, налогового, трудового, административного, земельного, экологического, социального законодательства.
- Знание статуса соответствующего субъекта (статус муниципального органа, статус руководителя, статус должностного лица) и умение его реализовать:
 - Знание и навыки подготовки правовых актов о порядке создания, задачах, функциях, полномочиях и структуре соответствующего муниципального органа.
 - Знание порядка и навыки взаимодействия с государственными органами субъектов Российской Федерации, подведомственными организациями, а также с судами и иными правоохранительными органами.
 - Использование форм взаимоотношений с общественными объединениями и гражданами.
- Знание нормативных правовых актов соответствующей сферы деятельности в пределах своих должностных обязанностей и полномочий:
 - Знание порядка разработки и утверждения планов деятельности муниципального органа.
 - Знание порядка согласования и принятия муниципальных решений. Навыки принятия решений.
 - Знание служебных документов, регулирующих соответствующую сферу деятельности применительно к исполнению конкретных должностных обязанностей.
 - Знание служебного распорядка соответствующего муниципального органа.
- Знание оснований и видов ответственности, которые могут быть применены к данной категории лиц (ответственность муниципального органа, руководителя органа, должностного лица).
- Знание механизма и использование способов реализации положений законов и муниципальных актов, механизма правового мониторинга.

д) Важен строгий порядок вступления в должность с целью освоения правовых компетенций и их надлежащего применения для кандидатов всех уровней резерва управленческих кадров рекомендуется проводить специальный тренинг «Вступление в должность», направленный на практическое изучение государственными служащими порядка принятия обязанностей, определенных соответствующей должностью.

Данный тренинг должен включать в себя следующие этапы:

- 1) принесение присяги (если это предусмотрено должностью);
- 2) представление руководителя подчиненным;
- 3) принятие дел от предшествовавшего руководителя, в том числе ознакомление с материально-финансовой базой соответствующего органа;
- 4) знакомство с подчиненными;
- 5) изучение специальных правовых актов, регулирующих деятельность соответствующего органа, должностного лица;
- 6) ознакомление с организацией управления в органе;
- 7) назначение заместителей руководителя (если это предусмотрено должностью).

В практическом плане важны соответствующие нормы Федерального закона «О государственной гражданской службе» и специальные акты в этой сфере. К их числу относятся Указ Президента РФ от 1 февраля 2005 г. «О проведении аттестации государственных гражданских служащих Российской Федерации и Положения о проведении их аттестации», Указ от 1 февраля 2006 г. «О порядке сдачи квалификационного экзамена государственными служащими Российской Федерации и оценки их знаний, навыков и умений (профессионального уровня)».

Вводятся квалификационные требования к профессиональным знаниям и навыкам в системе министерств и ведомств.

Таков Приказ Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и социального развития о квалификационных требованиях к профессиональным знаниям и навыкам, необходимым для исполнения должностных обязанностей федеральными государственными гражданскими служащими центрального аппарата и территориальных органов Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и социального развития.

Категория «руководители» главной и ведущей групп должностей

Знания: Конституции Российской Федерации, федеральных конституционных законов, федеральных законов, указов Президента Российской Федерации, постановлений Правительства Российской Федерации, приказов Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации, иных нормативных правовых актов в рамках компетенции Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и социального

развития (далее — Росздравнадзор), основных направлений социально-экономического развития здравоохранения, структуры и полномочий органов государственной власти и местного самоуправления, основ прохождения государственной гражданской службы, служебного распорядка центрального аппарата (территориального органа) Росздравнадзора, порядка работы со служебной информацией, форм и методов работы с применением автоматизированных средств управления, правил деловой этики, основ делопроизводства, правил охраны труда и противопожарной безопасности.

Профессиональные навыки: планирования и постановки целей, определяющих реализацию полномочий Росздравнадзора в сфере здравоохранения и социального развития, а также способы их достижения; оперативного принятия и реализации управленческих решений; принятия новых подходов в решении поставленных задач; организации работы структурных подразделений, постоянных и временных комиссий и рабочих групп; ведения деловых переговоров, публичного выступления; анализа и прогнозирования; организации работы по эффективному взаимодействию с государственными органами; контроля исполнения поручений; подбора и расстановки кадров; владения компьютерной техникой, а также необходимым программным обеспечением; систематизации информации; квалифицированной работы с людьми по недопущению личностных конфликтов.

Юридическое образование в стране нуждается в качественном улучшении. Приведем предложения Ассоциации юристов России.

1. Усовершенствовать систему лицензирования и аттестации юридических вузов, ввести в том числе общественную аттестацию юридических вузов.
2. Составить рейтинг юридических вузов.
3. Прекратить прием студентов на юрфаки непрофильных вузов.
4. Ввести государственный квалификационный экзамен на право занятия определенными видами юридической деятельности.
5. Создать перечень государственных должностей, для замещения которых необходимо обладать юридическими знаниями, в том числе сдавать квалификационные экзамены. В список внести мэров и губернаторов.
6. Внедрить систему госзаказа и целевого набора, выделить квоты для молодых специалистов в ведущих юридических вузах.

7. Разработать образовательные стандарты для обучения юристов.
8. Создать правовые школы-интернаты в Москве и Санкт-Петербурге для одаренных детей из регионов.
9. Создать электронную библиотеку для юридических вузов¹.

§ 6. Феномен культуры в правовом регулировании

Выделяя поведенческий аспект правового регулирования, мы особое значение придаем культуре. Сохранение и овладение достижениями культуры служит важным фактором интеллектуального наполнения правовой регуляции. Обогащение кругозора человека и его нравственно-эстетических взглядов и оценок благоприятствует правообразованию. Это объяснимо, поскольку право и культура как социальные явления тесно связаны. «Встречи» таких социальных явлений, как право и культура важны для всестороннего развития личности и обогащения потенциала общества. В них заложен импульс прогресса.

Для понимания граней сочетания таких явлений, как право и культура, нужно кратко охарактеризовать природу первого из них. Как известно, право служит важнейшим институтом государства и общества, вводящим обязательные правила поведения и способствующим выражению публичных и частных интересов. Оно является продуктом сложной интеллектуально-волевой деятельности, в котором отражается уровень общественного сознания, культуры и науки.

В отечественной юридической литературе развиваются взгляды на право как особый способ нормативного регулирования в обществе. Е.Н. Трубецкой, известный философ и юрист на рубеже XIX–XX вв., отмечал, что право предполагает свободу выбора в двояком смысле — как способность нашей воли сознательно избирать то или иное поведение и как возможность действовать вовне, осуществлять цели во внешнем мире (свобода внешняя). Отсюда формула — право есть внешняя свобода, предоставленная и ограниченная правом².

Н.М. Коркунов обосновывал подход к обществу как организму, развитие которого определяется как внешней, физической средой, так и идеями, духовной средой. Духовная связь в обще-

¹ Российская газета. 2009. 1–7 окт.

² См.: *Трубецкой Е.Н.* Энциклопедия права. Юридический институт. СПб., 1998. С. 11–17.

стве во многом определяется формированием и использованием правовых норм. Право выступает как порядок, которому общество подчиняет составляющих его личностей, причем оно отражает субъективное представление личности о должном порядке общественных отношений. И все же право разграничивает разнородные интересы¹. Тут есть некая усредненность в трактовке правовой регулятивности.

В XX в. в понимании права противостоят две основные концепции — право как способ разрешения споров и право как отражение социальной солидарности. В условиях Советского государства признание классово-волевого характера права постепенно сменяется отражением общих интересов. И все же всегда устойчивы такие свойства права, как нормативность, нормы представительные, обязывающие, запретные, обеспеченность государственным принуждением. И в итоге дается современная характеристика права как нормативной формы упорядочения, воспроизводства и стабилизации общественных отношений, охраняемой средствами юридического процесса и государственным принуждением².

Но в рамках темы особое значение имеет социологический подход к праву, позволяющий выявить его поведенческую природу. Еще в 1970-х годах разрабатывалась концепция, согласно которой признание ценности права, установки, правовая информация и правовое знание, правовые действия и социальный контроль позволяют глубоко выявлять пружины правомерного и неправомерного поведения. «Одушевление» права в его нормативном одеянии достигается за счет включения в правовую сферу человека³.

Уместно при этом сделать пояснение, которое поможет лучше и полнее представить весь спектр правового воздействия. Речь идет о сложной структуре действующего права как явления, включающей правосознание, нормативные правовые акты (законы и подзаконные акты, акты муниципальных органов), концепции и целевые программы в области культуры, договоры и соглашения, распорядительные решения, юридические документы, а также правозащитные процедуры, включая, основания и виды ответственности. К развитию культуры «приложимы» все

¹ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб.: Юридический центр-пресс, 2003. С. 56–63, 277–282.

² Общая теория государства и права: Академический курс / Под ред. М.Н. Марченко. 3-е изд. Т. 2. М.: Норма, 2007. С. 47–59.

³ Ценность и образы права. 2007. № 4.

названные элементы права, разумеется, в разных и подвижных комбинациях. Использование, например, такого элемента, как правосознание, влечет такое следствие, как изменение правовой культуры. Расширение сферы законодательного регулирования влечет уменьшение удельного веса ведомственного нормотворчества. А нарушение норм должно сопровождаться применением мер ответственности.

Специфика культуры как социального явления предопределяет особенности «встречи» с ней правового феномена¹. Правовое регулирование в сфере культуры рассчитано, с одной стороны, на мягкие способы влияния на культурологическую общественную деятельность. Оно выражается в официальном публичном признании культуры как ценности общества и людей, в закреплении целей сохранения и приумножения культурного наследия, в создании легальных условий деятельности в этой сфере и реализации конституционного права граждан на участие в культурной жизни. Этому способствует гарантирование свободы литературного, художественного и других видов творчества, обеспечение права каждого на доступ к культурным ценностям, закрепление обязанности заботиться о сохранении культурного наследия, беречь памятники истории и культуры. Таков смысл ст. 44 Конституции РФ.

Развитие отраслевого законодательства о культуре в последние годы приобрело широкий размах и связано с необходимостью решения актуальных задач отечественной культуры. «Базовый» закон «Основы законодательства Российской Федерации о культуре» (1992) подвергался за последние годы изменениям преимущественно в части определения полномочий органов публичной власти в этой сфере. Его основные положения о правах и свободах человека в области культуры, о правах и свободах народов и иных этнических общностей в области культуры, о национальном культурном наследии, о положении творческих работников, об обязанностях государства и полномочиях государственных и муниципальных органов послужили «опорными конструкциями» для иных законодательных актов.

Назовем Федеральный закон от 25 июня 2002 г. № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации», Федеральный закон от 6 января 1999 г. № 7-ФЗ «О народных художественных промыслах»,

¹ См. подробно: Право и культура / Под общ. ред. В.К. Егорова, Ю.А. Тихомирова, О.Н. Астафьева. М., 2009.

Федеральный закон от 29 апреля 1999 г. № 80-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации», Федеральный закон от 22 августа 1996 г. № 126-ФЗ «О государственной поддержке кинематографии Российской Федерации», Федеральный закон от 26 мая 1996 г. № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации», Федеральный закон от 29 декабря 1994 г. № 78-ФЗ «О библиотечном деле».

К федеральному законодательному массиву примыкает массив законов субъектов Российской Федерации в сфере культуры, в которых более конкретно регулируются вопросы деятельности органов и учреждений культуры, режимы их деятельности и предоставления услуг гражданам. Подзаконные акты развивают нормы законов.

С другой стороны, с помощью права создаются те юридические режимы, которые обеспечивают деятельность учреждений и органов культуры в виде определения гибких статусов участников процесса создания, сохранения и использования объектов культуры, средств финансирования и нормативов обслуживания, предоставления публичных услуг, способов оказания государственной поддержки. Ограничения и запреты, строгие меры ответственности служат защите культурных ценностей.

Таково в общих чертах содержание правового регулирования отношений в сфере культуры, рассматриваемой как относительно самостоятельный сектор общественной жизни. И вполне объяснима поэтому тенденция формирования отрасли законодательства о культуре. Пока этот процесс происходит медленно и, скорее, в рамках родовой семьи социального законодательства с его общими принципами и институтами¹ и правового механизма оказания публичных услуг². Поспешное же признание отдельных «видов культурного права» нельзя считать оправданным, поскольку нарушается системность развития и соотношения права и законодательства и их отраслей³.

Дело в том, что широкое понимание культуры в обществе неизбежно «притягивает» к этой области жизни другие отрасли законодательства. Если так называемые специальные законы в большей степени регулируют предметно-тематические аспекты развития культуры как социального явления, то система зако-

¹ Социальное законодательство / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, В.Н. Зенков. М.: Издательский дом «Инфра-М»; Юридическая фирма «Контракт», 2005.

² Публичные услуги и право. М.: Норма, 2007.

³ См., например: Рыбак К.Е. Музейное право. М.: Юрист, 2005.

нодательства служит своего рода правовым обеспечением этой сферы. Таковы нормы Гражданского, Налогового, Трудового, Земельного кодексов, КоАП и Уголовного кодекса, законов об образовании, науке, об органах государственной власти и местном самоуправлении. Но трудность заключается в согласовании норм законов первой и второй групп и исключении противоречий между ними. Пока же нормы второй группы часто доминируют и даже подавляют нормы тематического содержания, хотя их приоритет должен быть незыблемым. Статьи 2 и 18 Конституции РФ служат для этого прочным основанием.

Подчеркнем значение правовых средств обеспечения литературного и юридического языков как специфических разновидностей языка, правовых средств стимулирования предпринимательской деятельности, а также высокой культуры труда. Понятно, что интеллектуальный и материальный ресурсы общества служат мощной основой формирования культуры как общественного потенциала.

Особое внимание следует уделить строго правовой деятельности законодательных и исполнительных органов государственной власти, муниципальных органов, не допускающей нарушений законности. Управление на основе права не только достигает высоких конечных результатов, но и гармонизирует и ритмизирует деятельность учреждений и организаций. Миллионы людей получают образцы соблюдения публичных интересов, решений и действий¹. Но, увы, практически это пока далеко не так.

Естественно, культура не может быть распределена по ведомственным каналам, поскольку все граждане и институты гражданского общества имеют к ней отношение. Творческие союзы аккумулируют энергию деятелей культуры и служат каналом выражения их профессиональной и гражданской инициативы. Активно работает Совет по культуре и искусству при Президенте РФ, который в мае 2007 г. обсудил на своем заседании вопросы формирования культурного облика граждан и особенно молодежи. Критически были оценены слабое развитие гуманитарного образования, библиотечной системы, коммерческие увлечения работников телевидения, наконец, явная нехватка источников финансирования расходов на культуру.

Продолжая эти разработки, обратим внимание на ролевой аспект права. Характеристика конституционного статуса гражд-

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Управление на основе права. М.: Формула права, 2007.

данина как основного, базового позволяет выделять видовые статусы как производные от него. Отраслевые кодексы и законы формируют статусы работника (Трудовой кодекс), избирателя (законы о выборах), потребителя, клиента (Гражданский кодекс РФ и др.), пациента (законы о здравоохранении), депутата (законы о статусе выборных представителей), госслужащего (Федеральный закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации»), нанимателя (Жилищный кодекс) и т.д. В сфере культуры есть субстатусы зрителя театра и кино, посетителя музея и т.п., т.е. получателей гарантированных услуг. Вопрос в том, насколько осваивается и реализуется гражданином каждый статус в отдельности и многие из них. Ведь в жизни каждый из нас действует в разных правовых сферах.

Отсюда второй аспект проблемы — какие правовые роли играет гражданин. Правовой сценарий — это одно, а «игра» действующих лиц — другое. Сказывается социологическая формула о ценностях, установках, образах, мотивах поведения. Роли, предписанные или альтернативные, сочетаются со свободным выбором ролей и соответственно совершением множества действий, поступков.

Диапазон и характер ролей граждан во многом определяется уровнем их культуры. Именно от этого зависит либо глубокое понимание ценности права для человека и общества, полезность законов для решения социальных и иных задач и всемерное поддержание правового порядка, либо восприятие какой-либо одной грани права (наказательной или поощрительной), либо полное отторжение от правового регулирования ввиду непонимания его роли и назначения. «Выпадение» таких людей из правовой сферы нужно предотвращать как мерами по повышению уровня их правовой культуры, так и общекультурного уровня. Здесь истоки правомерного и неправомерного поведения.

Действия граждан в свою очередь могут делиться на три большие группы — строго легальные в соответствии с правовым статусом, позитивные неформальные, допускаемые статусом, и негативные, противоправные, означающие нарушения законности. Социологические анализы подтверждают нежелательность резкого расхождения и разрыва этих ролей, поскольку тогда защищенный правом публичный и частный интересы уступают место эгоцентрическому, противоправному интересу. И становится еще более очевидным, насколько важен вопрос об интересах в праве — их признании, выражении, охране, приоритетах или

непризнании и осуждении, вплоть до применения запретов и санкций¹.

Создание правовых условий для саморегулирования означает легальное поле для использования таких регуляторов, как договоры в частном и публичном праве², локальные акты, нормы-самообязательства, обращенные «внутрь» организаций-субъектов или к их отношениям между собой.

Обратим внимание и на стихийную регуляцию в правовой сфере, когда кроме урегулированных правом существует множество неправовых фактических отношений. Последние можно назвать неформальными отношениями, которые складываются между людьми в силу их социально-психологических ценностей, мотивов и целей деятельности. Такие отношения формируются и существуют до принятия соответствующих правовых актов, в ходе их действия и после изменения или отмены актов.

Ввиду многообразия неформальных отношений их можно условно разделить на две группы. К первой группе относятся позитивные неформальные отношения, которые служат в перспективе источником правообразования, отражают солидарность и общность интересов, способствуют выбору вариантов правомерного поведения и легальному усмотрению — административному, судебскому и т.п. Обеспечивают достижение договоренности в русле статусов партнеров и последовательное применение законов и других правовых актов. Такие виды отношений могут либо переводиться в правоотношения либо признаваться правом.

Вторая группа неформальных отношений охватывает те из них, которые являются негативными. Такие отношения отражают противоправные ценности и мотивы деятельности граждан, должностных лиц и служащих, предпринимателей. Корыстно-субъективные, эгоистические интересы побуждают их носителей думать и поступать вопреки ценностям и нормам права. Допускается много нарушений законности. Особое внимание следует уделять анализу коррупциогенности правовых актов и действий. Речь идет об одном из закрытых секторов правовой сферы. Подобные «теневые» проявления права нужно тщательно изучать и заблаговременно предотвращать и решительно преодолевать.

В русле нашей темы очень важен аспект правоприменения, т.е. практической реализации законов и иных правовых актов. Нужно

¹ См. подробно: Правовое обеспечение национальных интересов. М., 2005.

² См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1. Общие положения. М.: Статут, 1999. С. 13–32.

признать — это слабое звено всей правовой цепи, неумение и нежелание действовать на основе права остается негативной тенденцией развития нашего государства и общества. И одна из коренных причин заключается в невысокой правовой культуре граждан и явлениях правового нигилизма. Даже государственные служащие показывают здесь плохой пример. Приведем их мнения об исполнении федеральных законов¹ (в % от количества респондентов в каждой категории опрошенных).

Варианты ответа	Государственные служащие		Политические деятели		Население	
	1998	1999	1998	1999	1998	1999
Законы, регулирующие экономическую деятельность						
В основном исполняются	15,5	13,5	14,1	13,4	5,5	4,4
В основном не исполняются	68,1	73,5	76,1	78,0	73,4	80,0
Затруднились ответить	16,4	13,0	9,8	8,6	21,1	15,6
Законы, регулирующие социальную сферу						
В основном исполняются	12,2	9,9	6,5	9,1	7,2	6,0
В основном не исполняются	80,9	84,6	89,1	88,2	80,8	84,0
Затруднились ответить	6,9	5,5	4,4	2,7	12,0	10,0

Право, имеющее самостоятельное значение для общества, призвано цементировать его основные элементы. Тогда и создается столь нужный правовой порядок. Как видно, дело не сводится к сумме законов, постановлений, инструкций. В них содержатся нормы, которые нужно реализовать. Действия же государственных институтов нередко предстают перед нами в ином виде. Когда-то Владимир Маяковский написал: «Наш Бог — бег». Это очень подходит к характеристике нынешней российской реальности, поскольку мы действуем в невероятно ускоренном темпе.

Не удастся понять те глубинные явления, которые возникли в последние годы. И в юридическом аспекте никак не можем уловить, что происходит в обществе. Левая рука ведает, что есть право формальное, официальное, а правая, рука «занята» правом теневым, неформальным. Вот по нему мы подчас и живем. И поэтому нельзя преувеличивать роль законов и органов. Надо

¹ По материалам РАГС: *Бойков В.* Народ и власть. М., 2007. С. 37.

менять поведение граждан, переводя его из категории неправомерного и нейтрального в активно-правомерное поведение.

Думается, во многом на оси «право — культура» и должен происходить такой поворот. Выдвижение культуры как одного из правовых приоритетов на стадии правотворчества и правоприменения позволит решать триединую задачу повышения общекультурного уровня граждан, уровня правовой культуры и формирования более заинтересованного отношения всех слоев общества к материальной и духовной культуре как объектам правового регулирования и охраны. Такова не только тактика, но и стратегия развития нашей страны и других государств.

Для понимания связи права и культуры важно уяснить устойчивость и непрерывность развития культуры. Общество сохраняет культурные ценности как материальные, так и духовные, видоизменяя их по мере развития, причем строго национальный аспект культуры не заслоняет ее неделимость и всеобщую доступность и универсальность восприятия людьми. В этом смысле культура выступает как мировое достояние.

Право же ограничено преимущественно национально-государственными рамками. Но и они не должны обрывать ту меру правопреемственности в отношении культуры, которая столь необходима. Правда, классовый подход к культуре, ярко окрашенный политическими интересами, «разрывал» в нашей стране целостное восприятие культуры как неделимого целого. Сейчас это противоречие устранено. И международное право интенсивно поддерживает устойчивость мировой культуры как общечеловеческого достояния.

В целом правовой аспект культуры как социального явления приобретает важнейшее значение для гармонизации отношений в обществе и его ускоренного развития.

ЮРИДИЧЕСКИЕ КОРРЕЛЯЦИИ

§ 1. Внутренние и внешние зависимости в механизме правового воздействия

Долгие годы в теории и практике господствовали взгляды о своего рода прямолинейных закономерностях развития права — то усиление, то ослабление его роли, то расширение, то сужение сферы правового регулирования. Законы и иные правовые акты как бы «десантировали» на социально-экономическую почву и там с ними поступали весьма произвольно. Сами правовые нормы воспринимались как не связанные между собой фрагменты надстроечного порядка, не находившие своих путей к реальному воздействию на общественное поведение и деятельность органов и организаций и в конечном счете на состояние и развитие экономической, социальной и иных сфер. Поэтому появилась потребность в определении системных механизмов правового регулирования, которые реально приводят в движение все или многие общественные явления и процессы. Речь идет о юридических корреляциях, последовательно связанных между собой.

Корреляция А. Объекты правового воздействия

Эти объекты соотносятся как часть и целое:

- экономика в целом с характерными для нее макропоказателями развития;
- отрасли экономики (промышленность, сельское хозяйство, строительство, транспорт);
- институты экономики (имущество, финансы, труд, производство и т.п.);
- субъекты экономической деятельности (ФГУП и МУП, акционерные общества, госкорпорации, публичные органы);
- факторы развития (постоянные и временные, органические и внешние);
- выявление потребности возможного законодательного регулирования общественных отношений.

Корреляция Б. Определение целей

Проблема целеполагания имеет прямое отношение к нашей теме, поскольку законы принимаются и действуют для достижения определенных целей и решения связанных с ними задач. Речь идет о целях двоякого рода: общеполитических, экономических и социальных, установленных в программных и императивных документах, и юридических целях — законодательства в целом, отрасли, подотрасли, института, закона. Возможные ошибки и противоречия первой группы целей делают необоснованными цели второй группы. Для последних всегда важны целевые значения принципов права и конституционных принципов. Поэтому столь пагубна недооценка выбора целей и подмена их «ad hoc» текущими запросами. В этом плане следовало бы тщательно готовить концепции, полнее и точнее определять преамбулы и цели закона как нормативную ориентацию для перехода в новые состояния (регулируемые).

Корреляция В. Типология правовых норм как регуляторов поведения

В процессе правотворчества и правоприменения целесообразно использовать следующую типологию юридических регуляторов как «поведенческих формул»:

- принцип права — нормативно-целевой ориентир;
- норма «в соответствии с законом» — компетенционные рамки субъекта;
- норма «на основе закона» — правореализация с набором средств;
- норма «принимает решения» — определенный выбор;
- норма «вправе», «имеет право» — выбор правовых альтернатив;
- норма «обязан» — императивность исполнения;
- норма «в пределах полномочий»;
- норма «должен» — длительное обязывание;
- норма «в случаях и в пределах»;
- норма «может» — альтернативность действий;
- норма «в соответствии с порядком» — повторяемость решений;
- норма «саморегулирования» — свобода усмотрения;
- норма «запрет» — правовое предостережение;
- норма «санкция» — мера ответственности;
- норма «поручения» — предписание;

- норма «дефиниция» — характеристика явлений и его признаков;
- норма «признание» — статус, состояние;
- норма «самообязательства (договорная)»;
- норма технико-юридическая («стандарт») — количественный образец (действия).

Корреляция Г. Выбор способов правового воздействия

Выбор проводится с учетом объектов и целей их регулирования:

- способы общенормативного регулирования (введение общих правил, порядка создания, реорганизации и упразднения организаций, системы деятельности);
- программно-установочные способы (целевые программы; тематические планы; концепции, функциональные правила; схемы управления; схемы градостроительного планирования развития территорий; генпланы городов; земельный кадастр);
- легализующие средства (лицензирование; аккредитация; сертификация);
- способы нормативно-количественного измерения (стандарты; квоты; цены; тарифы; нормативы; лимиты; налоги (сборы); плата; ставки (таможенные пошлины и др.));
- способы поддержания уровня деятельности и ее стимулирование (кредиты, льготы, отсрочки, дотации, субсидии, трансферты, надбавки, поощрения, госзаказы, госзакупки);
- контрольно-учетные и «запретные» способы (учет; статистическая отчетность; проверки и иные формы контроля; запреты; ограничения; предписания; санкции (штрафы и др.); лишение легальности (приостановление, признание недействительными сделок, действий, актов).

Системно-юридические корреляции Д

1. Правосознание отстает и снижает уровень правового регулирования.
2. Когда не обеспечивается верховенство конституции.
3. Когда закон эффективнее подзаконного акта.
4. Когда локальный акт дает больший эффект, чем центральное регулирование.
5. Когда саморегулирование дает больший простор активной деятельности.

6. Когда стимулы более эффективны.
7. Когда императивы являются более целесообразными.
8. Когда удельный вес правотворчества явно превышает объем правоприменения.
9. Когда хорошие акты не обеспечены институтами и деятельностью органов.
10. Когда материальные нормы не обеспечены процедурами, процессами.
11. Использование юридических приоритетов:
 - а) юридическая сила федерального конституционного закона выше юридической силы федерального закона;
 - б) юридическая сила федерального закона выше юридической силы закона субъекта РФ;
 - в) юридическая сила закона субъекта РФ выше юридической силы федерального закона;
 - г) юридическая сила кодекса выше юридической силы текущего закона;
 - д) юридическая сила специального закона выше юридической силы закона общей регуляции;
 - е) юридическая сила позднее принятого закона выше юридической силы ранее принятого закона.

Комплексно-юридические корреляции Е

1. Обеспечение комплексного использования отраслей законодательства — административного, гражданского, финансового, трудового, земельного, экологического, уголовного.
2. Поиск форм и меры согласования норм разных отраслей для решения общей задачи, регулирования общего или однородного предмета (объекта).
3. Эффективность закона складывается из согласования «долей» правового регулирования и комплексных решений.
4. «Норма-задача» служит императивом для эффективных правовых решений и определения внутрисистемных зависимостей разных норм:
 - а) плотность законодательного регулирования уменьшает и даже исключает «поводы» для принятия подзаконных актов (и напротив, слабость норм их провоцирует);
 - б) формирование «правовых цепей» означает комплексное связывание органов и организаций. Например, ФЗ «О техническом регулировании», ФЗ «О пожарной безопасности», ФЗ «Технический регламент о требованиях пожарной безопасности» служат

основанием принятия специальных нормативных правовых актов для обеспечения пожарной безопасности объектов защиты (продукции), конкретных указаний и действий;

в) происходит «восхождение» формы правового акта снизу — вверх и подготовка текста закона путем иной концентрации ведомственных норм;

г) организационные, кадровые действия нередко лучше заменяют акт;

д) возрастание удельного веса локальных актов и актов саморегулирования уменьшает потребности в подзаконном регулировании;

е) перераспределение функций в системе исполнительной власти влечет изменение видов регулирования;

ж) неисполнение закона порождает дополнительные организационные и правовые нагрузки.

5. Необходимы определения общих критериев и объединения результатов деятельности всех субъектов-участников. Поиск меры правового опосредования показателей деятельности органов и сроков их достижения.

6. При определении эффективности законодательства в сфере экономики следует учитывать:

а) степень достижения общих и переменных целей экономического развития;

б) степень развития отдельных отраслей и институтов сугубо экономического содержания (главы ГК, ФЗ «Об акционерных обществах, Бюджетный и Налоговый кодексы и др.);

в) степень развития отраслей и институтов, оказывающих воздействие и влияние на развитие экономики (законов и положений об исполнительных органах власти, о местном самоуправлении и др.);

г) неравномерность развития отраслей и институтов первой и второй групп и изменения в их соотношении между собой;

д) разнонаправленные объекты регулирования и критерии их оценки, расхождения интересов и т.п.;

е) изменения методов регулирования в разных отраслях, правовых комплексах и институтах.

Существенным образом влияют на динамику внутрисистемных соотношений изменения политического и экономического курсов. Так, в период 1957–1964 г. в нашей стране был взят курс на создание совнархозов вместо министерств и экономическую децентрализацию, с 1965 г. — наблюдается обратный процесс, а в 1987–1991 г. — происходит расширение сферы использования

экономических методов и повышения самостоятельности предприятий и объединений. После распада Союза ССР наблюдается развитие с разной интенсивностью отраслей законодательства. «Старт» принятой новой Конституцией РФ и новых ГК и экономических законов, рассчитанных на стремительное развитие рыночной экономики. Явная децентрализация привела к недооценке административного и бюджетного законодательства и неслучайно провалы в экономике потребовали с 1999 г. более интенсивного использования норм этих отраслей. Чрезмерное усиление административных барьеров привело к дополнительным мерам поддержки бизнеса, а финансово-экономический кризис вновь потребовал повышения роли государства и соответственно принятия крупных административно-финансовых решений. Таковы амплитуды «правовых колебаний».

Корреляция Ж. Правовые аспекты управления по результатам

Коренная корреляция между уровнем экономического и социального развития и уровнем правового регулирования находит свое выражение и в широко используемой концепции управления по результатам. Она давно применяется в зарубежных странах. В условиях проводимых административных реформ Всемирный Банк разработал универсальную методику оценки качества государственного управления. Среди таких интегральных показателей как право голоса и подотчетность, политическая стабильность и отсутствие насилия, эффективность правительства, контроль коррупции выделены также качество законодательства (оценка правовых мер с точки зрения политики рыночной экономики, контроль уровня цен, банков, развитие бизнеса и международной торговли и др.) и верховенство закона.

В этом же плане следует оценивать постановление Правительства РФ от 27 апреля 2005 г. «Об утверждении Положения о разработке Сводного доклада “О результатах и основных направлениях деятельности Правительства Российской Федерации на 2006–2008 годы”» и другие акты. Показатели деятельности федеральных органов сочетаются с показателями деятельности региональных органов, чему способствует Указ Президента РФ от 28 июня 2007 г. «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации». Перечень показателей содержит 43 показателя, из которых 27 относятся к экономической сфере, 14 — к социальной сфере, 2 — к правовой сфере (уровень криминогенности и дело преступлений,

совершаемых несовершеннолетним. Весной 2009 г. перечень был дополнен десятками других показателей, в частности, мерами поддержки бизнеса.

Остается нерешенным вопрос о «правовой составляющей» управления по результатам. В предварительном плане можно вести речь об определении меры реализации компетенции органа, о месте правовых средств среди других способов ее реализации, об использовании норм тематических законов для решения соответствующих задач, о порядке использования бюджетных средств, о правовых основаниях фиксированных значений количественных измерителей («число», «индекс», «квота» и т.п.). Это позволит установить меру правового опосредования конечного результата.

Конституционная формула о правовой системе (п. 4 ст. 15) означает, что правовые акты и их нормы располагаются в определенной иерархии и их соотношение между собой устанавливается с помощью общеправовых принципов и приоритетов.

К числу общеправовых принципов относятся:

- а) общие начала правовой системы и законодательства;
- б) официальная классификация нормативных правовых актов, в том числе законов;
- в) критерии выделения и соотношения отраслей, подотраслей законодательства, правовых институтов, правовых актов;
- г) ведущее положение Конституции как основы законодательства;
- д) общие научные понятия и юридические термины.

Существуют нормы — приоритеты, означающие меру юридической силы одного акта в сравнении с другим. Таковы приоритеты федеральной Конституции перед федеральными законами и иными актами, перед конституциями и уставами субъектов Федерации, приоритеты федеральных и региональных актов друг перед другом (пп. 5, 6 ст. 76 Конституции РФ), приоритеты конституций и уставов субъектов Федерации перед другими региональными актами, конституционных законов — перед обычными законами, международных договоров — перед законами.

Все вышеуказанные принципы, нормы-приоритеты и нормы-доминанты носят характер конституционных и законодательных презумпций. Одни официально установлены, служат нормативной ориентацией и одновременно запретом. Его нарушение влечет признание акта или действий не конституционными. Другие требуют признания, в том числе путем толкования. Третьи —

подтверждения в коллизионных ситуациях в судебных и иных решениях.

Подобные принципы и нормы получают более подробную регламентацию в законах о нормативных правовых актах. Отрадно, что в ряде субъектов Федерации действуют такие законы. Вместе с тем огорчителен другой факт — одобренный в первом чтении Федеральный закон «О нормативных правовых актах» много лет ждет своей очереди.

Примечателен зарубежный опыт. Так, в Конституции Польши есть раздел III «Источники права», в котором выделены такие источники общеобязательного права, как Конституция, законы, ратифицированные международные договоры, распоряжения, а также акты местного права — на соответствующей территории (ст. 87). Установлены условия и порядок вступления в силу названных актов (ст. 88—91). Акты Совета министров и министров подлежат контролю в отношении их соответствия общеобязательному праву. Приказы не могут служить основанием решений в отношении граждан, юридических лиц (ст. 93). В Конституции Чешской Республики выделены конституционные законы, законы, а также решения Президента, контрассигнуемые подписями Председателя Правительства или уполномоченного им члена Правительства (ст. 63). В ст. 112 установлен порядок законодательной преемственности.

В многолетней правовой практике утвердились и другие, более специальные принципы соотношения актов и норм. В-первых, последний по времени принятия сходный закон имеет приоритет перед ранее принятым. Правда, нередко это порождает нигилистическое отношение к праву и ведет к разрыву правопреемственности. Не лучше ли точно определять, что и как сохраняет юридическую силу. Во-вторых, действует правило о том, что специальные предписания имеют приоритет перед общими. Но и оно должно быть более строгим по своему объему.

Обратившись к Введению в Швейцарское право, мы увидим в основном сходную картину. Характеристики источников права включают приоритеты между различными формами писаного права (федерального права перед кантональным, Конституции перед обычным законом и т.д.). Выделяются два основных правила соотношений актов — «последнее» право превалирует над «предыдущим» специальные предписания — над общими.

Рассмотрим внутриотраслевые юридические приоритеты. В налоговом кодексе (ст. 6) содержатся правила, обеспечивающие его доминирующие положения. Введены девять обстоятельств,

которые служат основанием для признания любого нормативного правового акта не соответствующим настоящему Кодексу.

В ст. 3 Бюджетного кодекса есть нормы о том, что в случае противоречия между кодексом, актами, относящимися к структуре бюджетного законодательства, и другими нормативными правовыми актами применяются настоящий Кодекс и акты, указанные в ст. 2 Кодекса (ст. 3). В ст. 2 установлено, что иные акты бюджетного законодательства не могут противоречить Кодексу. Как видно, налицо норма-доминанта и норма-запрет.

К сожалению, подобных норм нет в других кодексах. Так, в ст. 2 Воздушного кодекса к воздушному законодательству отнесены настоящий Кодекс, федеральные законы, указы, постановления Правительства, федеральные правила и принимаемые в соответствии с ними иные акты. Чему же удивляться, если в других федеральных законах, а не в Кодексе, позднее стали определяться «термины» и «принципы».

Есть приоритеты в регулировании смежных отношений. В Гражданском кодексе есть важное положение: нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу. Имеются в виду федеральные законы, входящие в структуру гражданского законодательства (п. 2 ст. 3). В отношении регулирования имущественных отношений на «стыке» с административным, финансовым правом сделана оговорка о неприменении норм гражданского законодательства, если иное не предусмотрено законодательством. Аналогичная норма есть в ст. 2 Налогового кодекса о неприменении его положений к регулированию таможенных отношений. Согласно ст. 2 Водного кодекса нормы водного права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать водному законодательству. Но беда в том, что это правило определено весьма расплывчато.

В общем объеме юридических корреляций следует выделять корреляции правовых актов двух видов. Во-первых, наличие широкого спектра правовых регуляторов при выборе предмета регулирования. Так, в последние 7–8 лет в ходе подготовки Федерального закона «О промышленной политике (развитии)» пришлось учитывать федеральные законы, имеющие специальное значение для отрасли (о статусе унитарных предприятий, ООО и др.), законы и иные акты, носящие комплексный характер (о долгосрочном планировании и т.п.), акты, устанавливающие функциональные режимы (гражданский, бюджетный, трудовой и другие кодексы), президентские и правительственные акты о Стратегии или Концепции развития отраслей промышленности,

акты саморегулируемых организаций и иных корпоративных объединений, акты об утверждении технических регламентов, международные правовые акты, в том числе технико-юридического характера.

Во-вторых, важно устанавливать корреляции актов по принципу их субординированного соотношения (между федеральными и региональными актами и т.п.). Иначе — ошибки и юридические коллизии.

§ 2. Неопределенность и конкретизация в праве

Признание процесса правового регулирования сложным и противоречивым прежде всего объясняет трудности с выбором средств правового воздействия в содержательном плане. Нехватка и неполнота информации, с одной стороны, невысокая юридическая компетентность — с другой, не позволяют их определения обоснованно и точно, избежав при этом не только ошибок, но и возможных рисков.

Вместе с тем определения правовой формы решений и действий является весьма сложным делом ввиду ее парадоксальных свойств — быть точкой и строгой и одновременно гибкой и эластичной. Все это и придало проблеме определенность и неопределенность в праве характера «вечной». Для ее анализа обратимся к работам ученых-юристов, которые давно ее исследуют.

Точка отсчета — принципы права. Внимание к принципам права всегда было свойственно юридической науке, как отечественной, так и зарубежной. Л.С. Явич давно выделял общие принципы права, как общие для международного и отчасти национального права, межотраслевые и отраслевые принципы права. В современный период появилось еще больше аргументов в пользу универсальных принципов права, закрепляемых в целом ряде международно-правовых актов (например, ст. 38 Статуса Международного суда ООН)¹ и формирующихся также «снизу», стихийно. Принципы права в правовых системах при всей общности могут иметь и специфическое содержание и признание. Имеются в виду объективная сторона генезиса принципов (источники права и т.п.), и субъективная сторона (культурно-исторические и технико-юридические аспекты)².

¹ См.: Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976.

² См.: Скурко Е.В. Принципы права в современном нормативном правовом понимании. М.: Юрид. лит. информ., 2008.

Итак, можно вести речь об общих принципах в историческом международном аспекте¹, о принципах правовой системы, о принципах межотраслевых и принципах отраслевых. В их фокусе легче оценить меру определенности в праве. Приведем подробно положения статьи Н.А. Власенко «Неопределенность в праве»². Отмечается, что неопределенность и определенность свойственны любой материи, в том числе правовой.

Правовая неопределенность есть, во-первых, признак права, проявляющийся в неконкретности формы и содержания правовых явлений; во-вторых, свойство права, имеющее как позитивное, так и негативное значение, и, в-третьих, закономерность перехода от качества неопределенности к качеству определенности, присущая праву так же, как и иным социальным явлениям.

Наибольший уровень проявления неопределенности в праве просматривается при анализе принципов права как его основных идей.

Оценка действующего российского законодательства показывает, что оно обладает достаточным количеством нормативных правовых актов, отличающихся высокой степенью обобщенности нормативного материала.

Неопределенность в праве может иметь не только позитивное значение, но и проявляться как несовершенство правового регулирования, обусловленное объективными и субъективными факторами. Речь идет о неточном, неполном и непоследовательном закреплении и реализации в норме права воли законодателя. Это своего рода несовершенство права, дефект выражения воли нормоустановителя в процессе правотворчества.

Правовая неопределенность в ее отрицательном значении может иметь место в таких важнейших компонентах правового регулирования, как система права, система законодательства и правоприменительная практика.

Качество формы права, его внешней и внутренней сторон зависит от многих составляющих. Одним из критериев эффективности правового регулирования является максимальное совпадение формы права с волей законодателя, что невозможно без совершенной языковой, логической и графической нормотворческой техники и технологии.

¹ См.: Юсупов Т.Б. Некоторые аспекты реализации принципа правовой определенности в свете европейских стандартов прав человека // Российское правосудие. 2008. № 4.

² Российское правосудие. 2006. № 7.

Определенность формы права есть необходимое условие адекватного выражения нормативной правовой воли. В этой связи неопределенность в нормативных правовых актах есть отступление от логико-языковых и графических стандартов точности выражения права, иными словами — дефект внешней стороны права.

Языковая неопределенность проявляется в отступлении от стандартов в употреблении нормативных предложений, фразеологических оборотов, словосочетаний, слов и др. Логическая неопределенность правового текста есть результат несоблюдения правил формальной логики при подготовке и оформлении нормативных правовых документов.

Неопределенность может характеризовать правоприменительные акты в случаях, если их содержание не отвечает соответствующим требованиям юридической техники.

Логическим предложением темы являлся вопрос о конкретизации в праве¹, часто встают вопросы конкретизации общих основополагающих положений во вполне определенных нормах, и непременно возникает проблема пределов конкретизации — всегда ли нужно подменять принцип конкретной нормой, не обесценивается ли принцип от такой операции. И вновь невозможно вполне определенно в общей форме ответить, в какой мере, в каких пределах, при каких обстоятельствах общий принцип права может конкретизироваться непосредственно нормативным актом менее значимым, чем закон. Логично допустить по общему правилу конкретизацию принципа в законе и только потом — в подзаконном акте.

Необходимость конкретизации принципов права, преамбул, деклараций наводит на проблему специфики конкретизации положений Конституции. Это самостоятельная проблема. Однако вот на что следует обратить внимание. Во-первых, отдельные конституционалисты не рассматривают Конституцию РФ в качестве закона. И, следовательно, конкретизация положений, принципов и норм Конституции при такой логике будет выходить за пределы конкретизации законодательства. Во-вторых, известен общий принцип о прямом действии Конституции, и, следовательно, надо прийти к выводу, что и без конкретизации будет действовать соответствующая норма. В-третьих, многие авторы объявляют Конституцию в качестве беспробельного акта,

¹ См. подробно: *Баранов В.М., Лазарев В.В.* Конкретизация права: понятие и пределы // Конкретизация законодательства правоприменительной практики. Нижний Новгород, 2008. С. 16–25.

в качестве вполне совершенного и «неприкасаемого» документа. И если в развитие Конституции будет принята какая-то норма, по данной логике, это будет самостоятельный правотворческий процесс. В таком подходе есть нечто от истины, поскольку в противном случае (и в том тоже присутствует «момент истины») надо будет рассматривать любой обыкновенный закон в качестве конкретизации Конституции.

Однако истина, по всей видимости, лежит посередине — в Конституции могут быть такие нормы, которые невозможно реализовать без конкретизации, — они со всей определенностью требуют принятия соответствующего закона.

Об узости феномена «конкретизация законодательства» свидетельствует *перманентная конкретизация права* в прецедентной системе права. И даже если отвлечься от специфики правовой системы, создание прецедента есть всегда конкретизация права. В каком-то отношении это как раз технико-юридический прием конкретизации права. Творец прецедента предварительно обзревает состоявшиеся судебные решения, и в случае фиксации факта своеобразия оцениваемых им фактических обстоятельств он вынужден конкретизировать правовую позицию своего предшественника соответственно характеру этих обстоятельств, их специфике. Его решение может стать новым прецедентом. Но впоследствии и это решение может получить конкретизированное выражение, если появится новая конкретика в сходных рассмотренных отношениях. Воистину — перманентный процесс.

Значительным своеобразием отличается конкретизация в рамках толкования. Ни само толкование (разъяснение), ни конкретизация акта толкования (Конституционный Суд может конкретизировать данное им толкование Конституции) ничего к содержанию правовых норм не прибавляют. Имеет место *праворазъяснительная* конкретизация. Но есть конкретизация терминологическая, когда в одно и то же время термин как бы толкуется, но с привнесением в него новых нюансов, когда сам законодатель предоставляет правоприменителю возможность наполнять понятие, употребленное в законе, содержанием применительно к данному конкретному случаю. Это и есть конкретизация в собственном, узком смысле.

Конкретизация терминологическая (понятийная) имеет место как в правотворческой, так и в правоприменительной сфере. В правотворческой области ее возможности ограничены. Орган, издающий подзаконный акт, употребляет термины закона, как правило, без их детализации. Законодатель в принципе не

уполномочивает органы исполнительной власти на обогащение употребленного им понятия. Другое мы видим в правоприменительной сфере и, в частности, в отношениях законодателя с судом. Понятийная конкретизация в этой области отличается как раз тем, что законодатель предоставляет судам наполнить конкретным содержанием употребленное понятие. Закон как бы толкуется судом, но «толкуется» с привнесением в него тех содержательных моментов, которые законодатель сам в норму не вкладывал. Это уже не толкование в точном смысле этого слова, когда выявляется воля законодателя и только. Здесь вырабатываются особые правовоположения.

Оценочные понятия, получив нормативно-правовую фиксацию, сразу или по истечении определенного промежутка времени становятся предметом не только доктринальных (ожесточенных или академически спокойных, коротких или многолетних) дискуссий, но и «юридическим резервуаром», который субъекты реализации «наполняют» самыми разными обстоятельствами конкретного характера.

Наиболее удобной формой конкретизации оценочных понятий является *изменение законодательства*. Как известно, многие федеральные и региональные законы, вносящие изменения в ранее действовавшие нормативные правовые акты высшей юридической силы, предлагают новую редакцию статей, содержащих «основные понятия». Думается, целесообразно в таких случаях давать дефиниции ключевых оценочных понятий закона, что значительно повысит их функциональные возможности.

Мы намеренно привели подробно положения указанной статьи, чтобы еще глубже раскрыть смысл правовых принципов и норм. Добавим к сказанному пояснения насчет границ конкретизации. Изучение показывает, что объем и пределы детализации норм в «иерархической цепи» нередко нарушают смысл реконструируемых норм. Невоспроизведение и дублирование норм Конституции — в законах, норм законов — в подзаконных актах, актов федеральных органов исполнительной власти — в актах региональных органов, а использование как норм — целевой ориентации, норм-принципов, принятие соответствующих актов в строго определенных случаях. Иначе — неизбежен безграничный поток актов, инструкций, распоряжений, которые обессиливают роль «вышестоящих правил» и сковывают самостоятельность организаций и граждан.

Как видно, поиск меры определенности и неопределенности в праве очень важен.

§ 3. Усмотрение в фокусе права: самостоятельность и исполнение

В процессе правового регулирования приходится отвечать на главный вопрос. Каковы пределы самостоятельной деятельности субъектов права и каковы пределы их деятельности «во исполнение» закона иных предписаний. Дело в том, что физические и юридические лица в правовом пространстве действуют как по своим интересам, так и в соответствии с формально и официально выраженными публичными интересами границы. Границы и характер их «правовых ролей» в общем государственно-правовом сценарии и устойчивы, и подвижны. Нахождение баланса требует больших усилий, равно как и недопущения каких-либо односторонних оценок и действий.

Вспомним, как Н.Д. Градовский выразил грани закона в широком смысле: «...Закон есть основание всех отношений граждан между собой и к государственной власти ... правило, определяющее их взаимные права и обязанности, т.е. он есть **мера свободы**, принадлежащей каждому лицу в обществе, с одной стороны, и **граница власти** государства над всей массой граждан и над каждым гражданином в отдельности, с другой стороны»¹.

И далее «...по мере просвещения и расширения общественных дел, учреждать постепенно образ управления на твердых и непрременных основаниях закона»².

В современный период наблюдается некоторое преувеличение «меры свободы» в связи с абсолютизацией истоков права.

Между тем объективное правопонимание должно учитывать, во-первых, устойчивое существование публичного и частного права, во-вторых, общерегулирующую роль закона, с одной стороны, и значение регламентации и оперативного распорядительства, с другой, в-третьих, возрастающее регулятивное значение общих принципов права. В реальной действительности игнорирование этих позиций приводит то к низкому качеству закона и подзаконного акта, то к перекосам в соотношении централизации и децентрализации, то к нарушению прав и законных интересов граждан и бизнеса, то к коррупционным проявлениям.

По этой причине властное усмотрение, всегда является актуальной повесткой дня в правовой сфере, в сфере управления, экономической и социальной деятельности.

¹ См.: Градовский А.Д. Начала русского государственного права. Т. 1: О государственном устройстве. М.: Зерцало, 2006. С. 10.

² Там же. С. 4.

Этим понятием мы охватываем формы легальной и фактической деятельности исполнительных и иных публичных органов.

Властное усмотрение есть мотивированный выбор для принятия правомерных решений и совершения действий управомоченным субъектом в рамках его компетенции для выполнения управленческих и иных задач.

Каковы элементы административного усмотрения? Условно к ним можно отнести: а) правильно понятый публичный интерес и соображение с ним возможных действий и решений в рамках собственных полномочий. Это административно-правовое повеление; б) выработку установки и формирование соответствующей мотивации; в) оценку альтернатив юридических действий и решений и обоснование выбора; г) осуществление юридических действий, бездействие (если оно обусловлено уровнем компетентности), принятие решений; д) намерение и волю следовать принятым решениям и действовать в их русле, и соответствующие поведенческие акты — сообразно требованиям психологии управления.

Властное усмотрение выражает активно проявляющийся человеческий фактор. Это государственные органы как таковые, когда решение и действие органа формализует и делает безличным мнения и позиции его руководителей и работников. К ним относятся прежде всего органы исполнительной власти — сверху донизу, управленческие, распорядительные структуры внутри президентских, законодательных, судебных и иных органов, органы местного самоуправления. Непосредственными носителями административного усмотрения являются руководители, должностные лица и представители госорганов, государственные служащие, управленцы в коммерческих организациях — в пределах своей компетенции, независимые администраторы (в рамках целевых программ, арбитражные и внешние управляющие, диспашеры и т.п.).

Властное усмотрение есть активное проявление субъективного фактора в процессе правотворчества и правоприменения. Понятно, почему столь важен высокий профессиональный уровень; познавательность и верный анализ ситуации требуют знания права его носителями. Оценка целесообразности для применения общей нормы означает прежде всего понимание государственных и общественных интересов, коим служит чиновник.

С учетом сказанного можно предложить типологию властного усмотрения как результат комбинации его элементов и

взаимодействия с внешней средой. Это усмотрение: а) активно-позитивное, формирующееся и проявляющее себя сообразно статусу его носителей и их правомерным взглядам и позициям; б) по прямым предписаниям закона; в) по поручениям и заданиям вышестоящих органов и руководителей; г) под давлением общественного мнения; д) по соображениям, перестраховки; е) под влиянием неформальных групп и лиц; ж) из-за боязни санкции; з) негативное.

Рассмотрим — коррупционное, антиправовое усмотрение через призму компетентности. Наличие властного полномочия — важнейшее условие для административного усмотрения. Вопрос в том, каковы виды и природа таких полномочий. Сравнение полномочий органов, закрепленных в Конституции РФ, статутных и тематических законах, положениях о министерствах и др., позволяет заметить неординарный состав их элементов и противоречия между характером и способами их закрепления. Нужна более строгая типология полномочий и их «плавное раздробление» в актах низшего уровня. Не менее важно обеспечить правильное понимание полномочий как обязательного использования прав для решения управленческих и иных задач.

Резюмируем — во всех положениях о федеральных органах исполнительной власти выделение задач (целей), функций и полномочий (прав и обязанностей) не всегда увязано с видами и основаниями принятия правовых актов. Общие виды актов как бы «привязаны» ко всем функциям, а некоторые конкретные — лишь к отдельным из них. Такая же картина наблюдается в уставах госпредприятий, в типовых положениях и уставах медицинских, образовательных и иных учреждений. Иными словами, круг действий должностных лиц, который они должны и могут осуществлять, очерчен весьма туманно.

Что же делать? Целесообразно четко определить права, обязанности и ответственность руководителей и работников за принятие и непринятие решений и осуществление определенных действий.

Заметим, что любому виду государственной деятельности присущи свои разновидности усмотрения. Законодатель «связан» конституционными нормами и воплощает в законе меру государственной целесообразности. Она выступает как первичная в отношении других видов деятельности и поэтому является более широкой и свободной.

Для характеристики усмотрения в судебной деятельности воспользуемся положениями из книги Аарона Барака «Судейское

усмотрение». В широком смысле усмотрение трактуется как полномочие, данное лицу, которое обладает властью выбирать между двумя или более альтернативами, когда каждая из них законна. Судейское усмотрение предполагает наличие зоны законных возможностей, каждая из которых законна в контексте системы. Избираемые и оцениваемые варианты относятся к трем вопросам: факты, применение данной нормы, установление самой нормы¹.

В судебной практике есть трудности с выбором нормы и пониманием ее смысла. Оценка доказательств точная квалификация деяния, правильное применение «мер» ответственности — санкции исключает нередкие судебные ошибки. На их появление влияют, конечно, плохая квалификация судьи и низкое правосознание, коррупционные мотивы.

Административное усмотрение нельзя отождествлять только с формализованными полномочиями субъекта. Во всем объеме осуществляемой им деятельности оно представляет собой и интеллектуально-волевой, и правовой импульс для реализации его статуса. Ситуация — ее анализ и оценка — установка действовать или не действовать — намерение принять вариант решения — осуществление действий (материальных, принудительных, организационных, финансовых, социальных и др.) или бездействие — следование намеченному курсу — применение мер воздействия. Такая последовательность и связь элементов усмотрения присуща именно административно-правовой сфере, где очевиден большой объем деятельности, ее динамизм, круг и инвариантность поведения всех ее участников.

Вопрос в том, кто и как распоряжается своими полномочиями. Не возникает ли явление административной патологии. К сожалению, на практике весьма устойчивы и широко распространены такие проявления этой социальной болезни, как вмешательство в «чужую» компетенцию, воспрепятствование ее осуществлению, неполное или неправильное осуществление своих полномочий, ошибочные решения и действия, должностное бездействие и непринятие решений.

Их порождают три причины. Во-первых, собственные познавательные ошибки и неумение правильно оценить ситуацию и решить конкретную задачу, во-вторых, корыстные интересы, разрушающие ценность публичных интересов, в-третьих, неумение правильно избрать средства реализации своих полномочий. Ведь

¹ См.: Аарон Б. Судейское усмотрение. М.: Норма, 1999. С. 12–25.

их нельзя сводить к решениям и правовым актам и допускать недооценку организационных, материальных, воспитательных, методических и иных действий. Способность выбрать наилучшее из них в сочетании с другими отражает высокий класс управления. Иначе возникает нелепая ситуация, когда «нагромождение» актов лишь создает иллюзию разрешения проблемы.

Административное усмотрение, перерастающее легальные рамки, в форме умысла может породить преступления против интересов государственной власти, государственной, и муниципальной службы. Напомним о таких нормах УК РФ, как злоупотребление должностными полномочиями (ст. 285), их превышение (ст. 286), присвоение полномочий должностного лица (ст. 288), взятка (ст. 290), халатность (ст. 293), самоуправство (ст. 330). Добавим и ответственность за такие преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях, как использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации (ст. 201), коммерческий подкуп (ст. 204) и др.

Каковы законодательные пределы административного усмотрения?

Государственная, хозяйственная и иная деятельность связана со множеством правовых актов. Ее основу должен определять закон, который вводит общие правила и нормы правомерного поведения с присущим им публичным интересом. Публичный интерес нельзя понимать только как интерес государства, отделенный от интересов граждан, корпораций и общества. Публичный интерес в нашем понимании есть общесоциальный интерес, отражающий в концентрированной форме весь спектр интересов в обществе.

Поскольку Закон не может регулировать все вопросы нашей жизни, нужны легальные механизмы гибкого реагирования на постоянно возникающие конкретные ситуации, проблемы, вопросы. Административное усмотрение призвано обеспечить такое реагирование, предоставляя соответствующие средства определенным лицам и структурам. Их самостоятельность и динамизм необходимы, но при этом усмотрение выступает как волевая сторона проблемы соотношения целесообразности и законности¹. Законность в широком смысле служит и здесь опосредованием

¹ См.: Лазарев Б.М. Компетенция органов управления. М.: Юридическая лит., 1972. С. 92.

правильно понятой целесообразности, хотя закон является ее своеобразной сердцевиной. В противном случае происходят негативные явления «смещения функций» и увеличения объема неформальных регуляторов отношений.

Управленческие и иные правовые решения и действия могут быть осуществлены по разным основаниям. Чаще всего это является обязанностью органов и должностных лиц по закону, которую они должны выполнять систематически. Другое основание заложено в природе их функций, когда одни звенья управления и должностные лица обязаны выполнять поручения вышестоящих звеньев или требования других органов, организаций, а также обращения, предложения граждан и их объединений. Третье основание — инициативный выбор вопросов и определение задач, подлежащих разрешению в рамках компетенции. Во всех случаях объем усмотрения будет, естественно, неодинаков.

Как же соотносится закон с действиями и актами на его основе и во исполнение? С учетом мнений юристов и анализа законов можно выделить следующие формы «правовой связанности»:

- а) установление в законе компетенции госорганов, должностных лиц и др.;
- б) определение круга вопросов, которые отнесены к их ведению;
- в) указание на конкретное действие или акт, который нужно принять (или принимать);
- г) допущение принятия решений на основе выбора одного из вариантов, строго фиксированных в норме закона;
- д) определение в гипотезе нормы типичных характеристик юридических фактов как оснований действий или решений;
- е) установление нормативных пределов — «от» и «до»;
- ж) допущение действий и решений на основе оценочных норм и нормативных понятий, и даже на основе принципа аналогии права и закона.

Таков, по нашему мнению, смысл традиционной юридической формулы «на основе и во исполнение закона». Но ее практическое использование не может нас удовлетворить, поскольку не отлажен механизм действия закона¹ и допускается много нарушений законности. Немало актов федеральных министерств принимается вопреки закону. Региональные органы не связаны «исполнительской вертикалью» и действуют нередко вне феде-

¹ См. подробно: *Тихомиров Ю.А.* Действие закона. М.: Известия, 1992; *Он же.* Управление на основе права. М.: Формула права, 2007.

ральных законов. Да и региональные законы подчас остаются в стороне. Должностные лица и госслужащие в сфере обслуживания полностью игнорируют требования Жилищного кодекса, законов о здравоохранении, связи и др., «ссылаясь» на ведомственные инструкции и указания.

Мешает и неправильная трактовка известного принципа «дозволено все, если не запрещено законом», известная со времен французской революции. Воскрешенная в годы перестройки эта формула стала знаменем «борьбы» с действующими законами и другими актами. И ею охотно воспользовались управленцы, должностные лица и хозяйственные руководители, поскольку общедозволительный порядок открывал им простор для деятельности. Однако правильно было отмечено учеными-юристами: такой принцип не подходит для регулирования деятельности в сфере управления, где должны применяться разрешительный порядок и определение исключительной компетенции администрации. Исчерпывающий перечень ее прав и обязанностей, «можно только то, что прямо разрешено законом» — вот принцип, создающий строго законную основу для административного усмотрения¹.

Резюмируем: в законах и иных правовых актах закреплены легальные основы и границы усмотрения. Но важно, чтобы формулы типа «или-или», «в пределах», «санкции от и до», позволяли точно и обоснованно гарантировать объем льгот для граждан, малые налоговые нагрузки на бизнес и т.п. Закрытый перечень полномочий для публичных органов должен сочетаться с открытым набором функций для организаций и их общими и конкретными обязанностями. Полезны такие типы решений как решает «самостоятельно», «по согласованию», «совместно», «предварительно», «по поручению».

К сожалению, наряду с нарушениями правовых основ усмотрения допускается большой объем властного усмотрения не по закону, а вопреки закону. Корни такого мышления и поведения кроются в противопоставлении целесообразности и законности в корыстных мотивах и коррупционных действиях, ведущих к таким административным барьерам, как запрашивание излишних документов, злоупотребление полномочиями, нарушение сроков, бездействие, теневые договоренности, воспрепятствование законным требованиям и действиям. Такому усмотрению нужно объявить «бой».

¹ См.: *Алексеев С.С.* Право и перестройка. Вопросы, раздумья, прогнозы. М.: Юридическая литература, 1987. С. 66–77; *Матузов Н.И.* Еще раз о принципе «не запрещенное законом дозволено» // Правоведение. 1999. № 3.

Какие рекомендации можно сделать? Проблема усмотрения в рамках права должна рассматриваться в качестве важнейшей для теории права и всех отраслей для правового регулирования. Ее изучение и анализ — предмет образовательных программ юридических вузов и системы ИПК для всех категорий работников.

В практически юридическом плане следует: а) определять наборы полномочий для всех видов публичных органов в законах и положениях; б) вводить и использовать административные регламенты и иные процедуры, в) правильно определять типы решений и действий в должностных регламентах, инструкциях; г) обоснованно устанавливать меру и способы реализации общих принципов права, публичного и частного права; д) использовать институт правового мониторинга для анализа и оценки управления по результатам.

И тогда юридические формулы о самостоятельности и исполнительстве субъектов права будут верным ориентиром в любой деятельности.



Глава 5

МОДЕЛИРОВАНИЕ ПРАВОВОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ

§ 1. Прогнозирование

Изучение исторического опыта и современной практики показывает, сколь трудна задача определения предмета и методов правового регулирования. Немало законов и иных правовых актов оказывались малоэффективными и их воздействие на реальные общественные процессы оставалось очень слабым. Неумение и нежелание объективно оценить ситуацию, выявить факторы, влияющие на ее развитие, определить цели и средства правового воздействия, поспешность в подготовке и принятии актов, поток поправок и изменений, отсутствие расчетов и аналитической информации, недооценке механизма правоприменения, отсутствие научного предвидения — таковы причины недостатков правового регулирования как промах десятилетий, так и современного периода правового развития. Преодолению этих причин служит по нашему убеждению механизм прогнозирования социально-экономических процессов и в его рамках и юридического прогнозирования.

Уместно напомнить, что в 1970-х годах в нашей стране разрабатывали прогноз развития народного хозяйства СССР на 20 лет. Институты Академии наук СССР были основными разработчиками прогнозных оценок, сотрудники Института государства и права, среди которых был и автор, готовили прогнозныe материалы в сфере государственно-правового развития. Но они оказались не востребованными и события последующих десятилетий развивались спонтанно, подчас вопреки предварительным оценкам. И можно с горечью констатировать утрату практического интереса к прогнозированию в последние 20 лет. Утешением служит Стратегия социально-экономического развития России до 2020 г. и сопутствующие ей отраслевые стратегии.

Обнадеживает и накопленный научный потенциал прогнозирования, в том числе в юридической сфере. Сошлемся на некоторые научные работы прошлых лет и настоящего времени,

подготовленные сотрудниками Института государства и права АН СССР (РАН) и Всесоюзного Института советского законодательства — ныне Института законодательства и сравнительного правоведения¹. В 2009 г. с научными докладами по этой тематике на заседании IV Международной школы — практикума в мае и в октябре на заседании секции права Центрального дома ученых выступал автор с группой молодых сотрудников ИЗиСП. Это позволяет лишь кратко рассмотреть интересующую нас проблему.

Что такое прогноз? Это научное предвидение, предсказание будущего. Юридический прогноз — это научное предвидение тенденций и возможных вариантов правовых процессов и явлений. В качестве его объектов может выступать динамика правовой сферы общества, объема и границ правового регулирования в экономической, социальной, политической и международной сферах... объем, структура и содержание законодательства, его отраслей правовых комплексов. Нужны прогнозы причин содержания и последствий действия законов, изменений отношения граждан к закону, меры его практической реализации. Естественно, объектом прогнозирования должны быть динамика государственных и иных публичных институтов — органов, процедур, регламентов и т.п., негосударственных субъектов права.

С учетом многообразия и сложности объектов юридическое прогнозирование можно организовывать в разных формах. Во-первых, оправданы самостоятельные юридические прогнозы, разрабатываемые для конкретных целей, например анализа и оценки вариантов принятия и действие закона. Во-вторых, целесообразно готовить юридические прогнозы в рамках долгосрочных программ социально-экономического развития страны и регионов, и стратегий развития отдельных сфер и отраслей. Но не в виде традиционного «перечня актов», а как набор надежных средств правового воздействия. В-третьих, возможны юридические сценарии в рамках концепции и программ государственных, экономических и социальных реформ.

В любом случае условием объективности прогнозных разработок должен быть полный учет корреляции и оценка факторов,

¹ См.: *Казимирчук В.П.* Право и методы его изучения. М., 1965; *Гаврилов О.А.* Стратегия правотворчества и социальное прогнозирование. Глава 20. М., 1993. «Юридическое прогнозирование» в книге «Социология права» (Под ред. В.М. Сырых. М., 2002); *Радченко В.И., Иванюк О.А., Плюгина И.В., Цирин А.М., Чернобель Г.Т.* Практические аспекты прогнозирования законодательства и эффективность применения прогнозирования норм // Журнал российского права. 2008. № 8.

влияющих на правовую динамику. Нужно учитывать корреляцию двоякого рода. Во-первых, в рамках механизма правового регулирования, когда усиление централизации ведет к уменьшению роли локальных актов, когда новые акты «подавляют» ранее принятые с их неиспользованным потенциалом, когда не учитывается роль саморегулирования, когда «плохой» закон порождает цепь подзаконных актов. И тогда можно предвидеть как избыточность, так и пробельность регулирования.

Во-вторых, внешняя корреляция отражает известную зависимость форм правового регулирования от объективных процессов экологического, социального, политического и международного развития, от состояний окружающей среды. Поиск правового опосредования общественных отношений весьма труден и его облегчению может служить многофакторный анализ. Значения экологического фактора (уровень производств, баланс доходов и расходов и т.п.), социального фактора (уровень обеспеченности граждан социальными услугами и т.п.), политического фактора (подвижность федеративных отношений, властных институтов и т.п.), международного фактора (степень влияния международных норм и участие в международных объединениях) могут быть как положительными, так и отрицательными. Добавим к ним инвариантный субъективный фактор и форс-мажорные факторы (кризисы, катастрофы, конфликты, войны).

«Наложения» и «пересечения» этих факторов в их разных значениях требуют тщательных расчетов. Вместе с тем они могут служить «материальным» доказательством результативности деятельности государственных и муниципальных органов по выполнению установленных для них показателей.

Воспользуемся характеристиками форм и видов юридического прогнозирования¹.

«...А. *Государствоведческое прогнозирование*. Его общий объект — государство как сложноорганизованная управляющая система общества, а частными объектами являются: а) общие параметры государства (например, степень централизации или децентрализации); б) система органов государства, эволюция принципа разделения властей; в) изменения в функциях государства (внутренней и внешней); г) соотношение и взаимосвязь общества и государства (правовое государство и гражданское общество); д) форма правления (характер организации исполнительной власти).

¹ См.: Гаврилов О.А. Указ. соч. С. 9–11.

Государствоведческое прогнозирование — часть теории государства. Оно опирается на теоретический научный аппарат этой науки.

Б. *Правовое прогнозирование*, общим объектом которого является право, более широко — правовая система, а частными объектами служат: а) право; б) правовые отношения; в) правовое сознание общества в целом и его главных социальных групп; г) юридический и социальный механизм действия права; д) деятельность по реализации права.

При правовом прогнозировании исследуются ход и тенденции правового развития общества — правовых институтов и юридических норм, общественного правосознания, системы правовых отношений и правовой идеологии, правопорядка и законности.

Как и государствоведческое прогнозирование, правовое прогнозирование имеет период упреждения в 15–20 лет.

В процессе такого прогнозирования исследуются тенденции развития правовых институтов в непосредственной связи с изменениями в экономическом базисе и политической системе с процессами дифференциации и интеграции права.

В. *Криминологическое прогнозирование*, имеющее своим общим объектом изменения (общие и частные) в динамике преступности как антисоциального явления.

Частными объектами криминологического прогнозирования являются: а) изменения количественных параметров преступности; б) изменения качественных параметров преступности (жестокость, организованность); в) появление новых форм преступности, отпадение старых; г) изменения в мотивах совершения преступлений; д) изменения в факторах и причинах преступности и т. д.

Г. *Отраслевое юридическое прогнозирование*, объектом которого служит прогноз развития отдельной отрасли права: государственного, административного, гражданского, уголовного, процессуального и т.д. Это прогнозирование непосредственно связано с задачами планирования развития отдельных отраслей права.

Отраслевое юридическое прогнозирование является предметом изучения конкретных отраслевых юридических наук.

Д. *Локальное юридическое прогнозирование*, касающееся отдельных (частных, локальных) элементов, моментов, фрагментов правовой реальности. Это, например, прогнозирование развития отдельного правового института (или группы правовых институтов).

Локальные юридические прогнозы выполняются в конкретных отраслевых юридических науках специалистами, работающими в конкретных сферах правового регулирования.

Научное прогнозирование располагает богатым арсеналом методов, количество которых превышает 150. Из них 10–15 методов являются наиболее распространенными, хорошо известными и обстоятельно описанными в научной и прикладной литературе. Поэтому кратко назовем их:

- а) метод экспертных оценок, когда выясняются, сопоставляются и используются мнения экспертов по данному вопросу;
- б) метод «Дельфи», когда обобщаются мнения группы экспертов, работающих в автономном режиме;
- в) метод экстраполяции, выражающего в перенесении тенденций и явлений настоящего времени в будущем при их сохранении в основном и главном;
- г) методы моделирования, включающие методы экономико-статистические имитационные модели, методы математического моделирования;
- д) программно-целевой метод.

Названные методы в разных вариантах могут использоваться для подготовки юридических прогнозов, и небольшой опыт такого рода был в прошлом и накапливается теперь в условиях применения новых информационных технологий.

Первые шаги сделаны 22 июля 2009 г. Правительство РФ утвердило «Правила разработки прогноза социально-экономического развития Российской Федерации». Используются такие инструменты как сценарные условия, прогнозные показатели и др. К ним нужно «привязать» некоторые правовые средства. Тут есть над чем подумать.

Добавим к сказанному весьма перспективную методологию анализа и оценки регулирующего воздействия, которая широко применяется в странах, входящих в Организацию Экономического Сотрудничества и Развития (ОЭСР). Поэтому ниже мы подробно излагаем соответствующие рекомендации.

Придется предвидеть и не допускать возможных прогнозных ошибок. Речь идет о неполноте и недостоверности используемой информации, о привычных «однолинейных» сценариях и оценках, об отсутствии критериев сопоставления и оценке правовых вариантов, о слабом учете негативных факторов, о недооценке субъективного фактора и форс-мажорных обстоятельств.

Думается, пришло время активно разрабатывать и использовать прогностический инструментарий. Это могут быть рекомендации

о подготовке прогнозов в механизме долгосрочного стратегического планирования, о правовом мониторинге, об обеспечении и оценке эффективности законодательства. Отрадно, что в Министерстве юстиции Республики Казахстан подготовлены «Методические рекомендации по прогнозированию социально-экономических последствий принимаемых проектов нормативных правовых актов». В Республике Беларусь есть методики получения прогнозных оценок при подготовке законопроектов. Нужны шаги в этом направлении и в России.

Организация юридического прогнозирования включает в себя ряд последовательных этапов от выбора предмета прогноза, методов, объектов изучения до получения прогнозных результатов и подготовки итоговых докладов и рекомендаций. Особую трудность представляет анализ динамики правовых средств воздействия на разных этапах будущего развития. Так, в рамках «Стратегия России 2020» можно предвидеть этапы резкого обновления правовой базы в социальной сфере. Затем активизация действий по информированию граждан и улучшение оказания услуг, далее — изменения систем и функций центральных и местных органов, социальных учреждений публичного и частного характера, наконец, возможное отчуждение и недовольство граждан и совершенствованием процесса обеспечения и защиты их прав и законных интересов.

Научные знания — главный «питательный» источник регулирования позволяет выдвигать цели и определять способы их достижения происходит на строго научной основе. Это означает использование полной и достоверной информации, строгие расчеты и обоснования, точные прогнозы, своевременные предвидения рисков. Научный прогресс является делом всего общества, его усилий по обогащению интеллектуального и материального потенциала страны и по его эффективному использованию.

Естественно, двигателем прогресса являются научно-общественные естественные и технические знания. И от того, как организована деятельность научных центров, как стимулируется труд ученых зависит получение нового научного знания. Именно оно открывает горизонты социально-экономического развития, и, думается, таковой является стратегия «Россия—2020».

В системе наук высокое место занимает юридическая наука, призванная своими идеями и концепциями, теоретическими разработками обогащать юридическую практику и вносить свой вклад в научный прогресс в обществе. За последние годы наметились некоторые позитивные сдвиги в научных исследованиях проблем

публичного и частного права, теории законодательства. И все же уровень юридической науки нельзя признать высоким — нередко преобладают узкие прикладные разработки, обилие учебников и комментариев «подавляет» редкие монографии. Между тем нужны новые теоретические труды о современных функциях государства, о динамике его институтов, об эффективности права, о гибком соотношении международного и национального права.

Важным направлением научного прогресса является его интегративное обеспечение. Речь идет не об изолированных участках деятельности, где наблюдается инновационный «пяток», а о взаимосвязанных сферах «наука, образование и производство». Важно обеспечить такую связь этих сфер, когда бы научные новинки обогащали и образование, и производство, и сферу услуг. Заинтересованность бизнес-структур в этом деле должна быть обеспечена. И тут нужны механизмы согласованного развития и взаимодействия разных отраслей права. Это в итоге и позволит создать эффективный правовой механизм управления знаниями.

Научный прогресс в нашей стране не замыкается в национальных границах обмен новейшей научной информацией, выполнение крупных совместных исследовательских проектов, деятельность коллективов ученых разных стран требуют активного использования норм международного права. И эту задачу надо решать.

§ 2. Анализ регулирующего воздействия. Предотвращение рисков

Определение вида и содержания правового регулирования есть своего рода центр этой деятельности. Здесь сливаются в один пучок разные нити влияния воздействия. Полезно в этом плане «Вводное руководство по проведению анализа регулирующего воздействия (АРВ)», подготовленное в рамках Организации Экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). В течение многих лет оно успешно реализуется в странах-участницах ОЭСР, и с ним автор познакомился во время конференции в Центре Стратегических разработок 4 декабря 2008 г. Ниже текст руководства приводится почти полностью.

Иногда, приступая к анализу, мы делаем распространенную ошибку — а именно, путаем «цели» и «средства». Та задача, которую необходимо решить, — это «цель», т.е. конечный ре-

зультат, которого хочет добиться правительство. И этот результат не следует путать со «средствами» его достижения. У любой политической задачи почти всегда существует несколько вариантов решения.

После того как все возможные варианты решения найдены, АРВ требует сравнить их между собой с точки зрения сопряженных с ними выгод и издержек. Иными словами, вам нужно постараться определить все вероятные последствия, связанные с каждым из вариантов. И когда это будет сделано, вы сможете проанализировать каждый вариант решения и понять, какой из них будет наиболее действенным и эффективным.

Как определить, в каких случаях регулирование будет уместным?

Иногда первичный анализ ситуации с помощью инструментов АРВ показывает, что в данном конкретном случае регулятивный подход нежелателен. Вы можете прийти к выводу, что более действенное или более эффективное решение поставленной задачи лучше искать с помощью каких-то других политических инструментов. В таких случаях АРВ поможет вам лучше представить себе вероятные последствия альтернативных подходов, которые приведут к решению политических задач правительства. Бывает и так, что в результате проведенного анализа вы поймете, что в определенных ситуациях предпринимать какие-либо действия со стороны правительства вообще нет необходимости.

Не рекомендуется предпринимать никаких действий в следующих случаях:

- Если масштаб проблемы настолько мал, что не оправдывает тех издержек, которые сопряжены с какими-либо действиями правительства в связи с ней, и
- Если проведенный анализ показывает, что ни одна из возможных регулятивных или иных политических мер, скорее всего, не поможет решить эту проблему эффективно и при таких издержках, которые были бы оправданны с точки зрения ожидаемых выгод, связанных с введением регулятивных мер.

Одной из главных особенностей АРВ является то, что при его проведении всегда необходимо иметь в виду именно «последствия для всего общества в целом», а не то, как те или иные меры отразятся на положении какой-то конкретной группы, которая может лоббировать вопрос об их введении.

Неэффективность рыночного механизма

Если граждане в состоянии удовлетворить свои потребности путем участия в хорошо функционирующих рынках товаров и услуг, основанного на информированной оценке качества продукции и ее ценности, то вмешательство государства обычно не требуется — за исключением тех аспектов, которые связаны с установлением правил рынка. Но такие условия существуют не всегда, и вопрос о введении регулятивных мер нередко рассматривается в связи с так называемым несовершенством, или неэффективностью рыночного механизма (“*market failure*”). Если неэффективность рыночного механизма действительно имеет место, то классический тезис о том, что конкурентный рынок всегда обеспечивает «всеобщее благосостояние», может не подтвердиться. И в этих случаях, для того чтобы повысить эффективность рыночного механизма, могут потребоваться регулятивные меры.

Если неэффективность рыночного механизма действительно имеет место, то это может быть достаточно веским аргументом в пользу введения регулятивных мер, направленных на улучшение доступа покупателей к информации. Но при этом все равно необходимо доказать, что с помощью регулирования действительно можно эффективно справиться с несовершенством рыночного механизма, не создавая при этом новых серьезных издержек.

Обеспечение социальной справедливости и другие социальные задачи

Не всякое регулирование направлено на то, чтобы скомпенсировать неэффективность рыночного механизма. Регулятивные меры нередко вводятся для того, чтобы улучшить положение определенных слоев населения, в том числе малоимущих и других социально уязвимых групп. В некоторых случаях регулятивные меры целесообразно принимать даже тогда, когда связанные с ними издержки кажутся более высокими, чем ожидаемые выгоды — такое бывает, если большинство выгод получает соответствующая целевая группа. Если принимается решение именно такого рода, то это означает, что те выгоды, которые приобретают данные уязвимые группы населения, значат для нас больше, чем те издержки, которые понесут в результате остальные слои общества. АРВ помогает обеспечить прозрачность этого процесса, т.е. увидеть, кто выигрывает в результате введения регулятивных мер, а кто несет связанные с этим издержки; таким образом, АРВ позволяет сделать более осознанный выбор в этой связи.

Неэффективность регулирования

Определив один или несколько источников неэффективности рыночного механизма, мы получаем основания для возможного введения регулятивных мер. Однако зачастую эти меры не помогают эффективно справиться с выявленной проблемой. И тогда возникает риск, что неэффективность рыночного механизма будет вытеснена (или дополнена) *неэффективностью регулирования* (“*regulatory failure*”).

Неэффективность регулирования может быть обусловлена несколькими причинами. Наиболее очевидной из них является ситуация, когда та группа или компания, в отношении которой принимаются соответствующие регулятивные меры, подрывает процесс регулирования, лоббируя свои интересы в регулирующих органах, т.е. стремится сделать так, чтобы регулирование было выгодно только ей, а не всему обществу в целом. Эта ситуация носит название “*regulatory capture*” и означает, что регулирующие органы начинают выполнять свои функции в интересах тех, чью деятельность они должны регулировать. Проблемы с разработкой, реализацией и/или с обеспечением принудительного исполнения регулятивных норм могут означать, что уровень соблюдения регулятивных норм низок. Если регулятивные меры спланированы плохо, то и та задача, которую они призваны решить, решена, скорее всего, не будет. Но самое главное здесь то, что регулятивными мерами бывает невозможно эффективно устранить те виды поведения, которыми обусловлена неэффективность рыночного механизма.

Какие виды издержек следует учитывать?

Оценивая издержки, связанные с регулированием, необходимо учитывать как «прямые», так и «косвенные» издержки. Прямыми называются те издержки, которые предприятия или отдельные лица несут в связи с необходимостью соблюдения регулятивных норм, а также издержки, которые несет государство в связи с введением и применением этих норм. К прямым относятся следующие виды издержек: затраты на покупку нового оборудования, необходимого для соблюдения норм регулирования; затраты по найму дополнительного персонала, который должен заниматься вопросами соблюдения норм регулирования; затраты по найму консультантов или использованию других источников, которые оказывают помощь в соблюдении норм регулирования; затраты, связанные с внесением необходимых изменений в производствен-

ные процессы; другие затраты, влекущие удорожание продукции; и затраты по сбору и хранению информации, которая в соответствии с нормами регулирования необходима для отчетности.

Издержки, связанные с конкуренцией

Некоторые регулятивные меры могут привести к сокращению конкуренции на соответствующем рынке. С точки зрения издержек это особенно важно. Регулирование может привести к сокращению конкуренции следующим образом: когда вводятся такие требования, которые затрудняют новым конкурентам возможность выйти на рынок; когда вводятся такие требования, которые препятствуют свободной конкуренции — например, правила, ограничивающие ценовую конкуренцию, или ограничения на рекламу; когда у делового сообщества создается негативное впечатление от жестко регулируемого рынка, работая на котором трудно получить прибыль.

Вопрос о том, как оценить, насколько вероятны негативные для конкуренции последствия регулирования, обсуждается ниже.

Эффект замещения

Введение регулирующих мер нередко вынуждает людей менять свою модель поведения и очень важно постараться понять, в чем состоят эти изменения. Если в связи с введением регулирующих мер повышается цена на какой-то товар (из-за повышения товарного стандарта), то люди, как правило, начинают покупать меньше этого товара и переходят на другие товары, которые могут его заменить. С точки зрения полезности в результате такой замены у потребителей издержки сокращаются — по крайней мере, сначала. Однако эффект замещения может привести и к неожиданным последствиям. Например, снижение риска в одной области может привести к его повышению в другой.

Как выбрать наилучший метод регулирования (или другой политический инструмент)?

Если вы пришли к выводу, что государство в состоянии принять меры, с помощью которых стоящую перед вами задачу можно решить при приемлемом уровне издержек, то надо переходить к следующему шагу. Он заключается в том, чтобы найти возможные варианты действий — включая государственное

регулирование и другие инструменты — и сравнить связанные с ними выгоды и издержки.

Те, кто занимается выработкой государственной политики, зачастую рассматривают единственный возможный, с их точки зрения, вариант — а именно прямое государственное регулирование. Вероятно, это объясняется сложившимся за многие годы стереотипом — правительства традиционно отдают предпочтение именно этому подходу. Тем не менее обязательно надо рассмотреть также и возможность применения альтернативных политических инструментов — вполне вероятно, что есть и другие, не регулятивные методы решения проблемы, которые в данных конкретных обстоятельствах подойдут гораздо лучше.

Виды политических инструментов

Бывают случаи, когда один или несколько из этих инструментов оказываются более предпочтительными, чем методы прямого командно-административного регулирования:

- организация ширококомасштабной информационной кампании, направленной на просвещение и предупреждение населения об имеющейся проблеме;
- непосредственное предоставление информации потребителям, с тем чтобы у них была возможность позаботиться о собственных интересах;
- введение требования, согласно которому поставщики товаров или услуг обязаны предоставлять потребителям информацию об этих товарах и услугах до их покупки;
- введение налога в целях сокращения объема данного вида деятельности;
- предоставление субсидий в целях поощрения определенных моделей поведения;
- оказание содействия в создании схемы «саморегулирования» в соответствующей отрасли или группе.

Как сравнить выгоды и издержки, возникающие в связи с регулированием или применением других политических инструментов?

Информация о выгодах и издержках может быть двух видов: количественная и качественная. Количественная информация выражается в численной (иногда — в денежной) форме. Для тех, кто занимается выработкой политики, количественная информация весьма полезна, так как позволяет быстро оценить

размер рассматриваемых выгод и издержек и — в особенности если соответствующие последствия выражены в денежной форме — сравнить последствия различных видов регулятивных или политических мер.

Это означает, что надо получить как можно больше количественной информации о масштабе той политической проблемы, которую надо решить, об объеме издержек, связанных с регулятивными мерами, и об ожидаемых выгодах регулирования. Однако в большинстве случаев оценить все эти аспекты в количественном отношении невозможно. Поэтому важным элементом анализа является также качественная информация. Возможные проблемы с качественной информацией связаны с тем, что она довольно субъективна — в том смысле, что каждый воспринимает и оценивает ее по-своему. В этой связи очень важно постараться представить качественную информацию как можно более четко и беспристрастно. Одним из способов достижения этой цели является многокритериальный анализ.

**Приводятся «Типичные примеры издержек,
связанных с регулированием»**

Кто несет издержки	Примеры издержек
Бизнес	издержки, связанные с ознакомлением с нормами регулирования и с планированием способов их соблюдения (могут включать издержки на получение консультаций из внешних источников)
	более высокие издержки производства, обусловленные повышением стоимости материалов в связи с введением регулирующих мер
	более высокие издержки производства, обусловленные изменениями производственных, транспортных и маркетинговых процессов в связи с введением регулирующих мер
	издержки, связанные с потерянными продажами, из-за ограничений, налагаемых регулированием
	лицензионные платежи и другие сборы, возникающие в связи с введением регулирующих мер
	издержки, связанные с соблюдением требований отчетности или хранения информации, налагаемых регулированием
	затраты на проведение внутренних проверок, выплату гонораров аудиторам и другие расходы, связанные с соблюдением требований, налагаемых регулированием

Потребители	повышение цен на товары и услуги
	сокращение ассортимента доступных товаров и услуг
	задержки появления на рынке новых товаров и услуг (связанные, например, с тем, что из-за введения регулирующих мер производители обязаны проводить испытания продукта)
Государство	издержки регулирования: включают затраты на предоставление соответствующей информации деловым кругам, найм и обучение чиновничьего аппарата, работу по выдаче лицензий и согласований
	издержки, связанные с проверкой соблюдения регулятивных норм: включают затраты на проведение проверок и аудита, мониторинг результатов (например, проверки качества воздуха)
	издержки правоприменения: включают затраты на проведение расследований случаев несоблюдения норм регулирования и судебных преследований в этой связи
Другие	издержки, связанные с созданием неравных условий конкуренции — например, когда создаются более благоприятные условия для существующих производителей и препятствия для выхода на рынок новых игроков (это приводит как к потере эффективности, так и к тому, что производители устанавливают более высокие цены на свою продукцию, что сказывается и на потребителях)
	издержки, связанные со сбытом, — например, если непропорционально высокую долю некоторых из указанных выше издержек приходится нести малоимущим или другим социально уязвимым группам населения
	ограничения на инновации и возможность создания и продажи новых товаров и услуг

«Типичные примеры выгод, связанных с регулированием»

Кому выгодно	Примеры выгод
Бизнес	сокращение числа травм и несчастных случаев на производстве и связанный с этим выигрыш в производительности
	улучшение доступа к информации о состоянии рынка и, соответственно повышение эффективности производства или сбыта
	выигрыш в производительности /эффективности в связи с регулятивным запретом на антиконкурентное поведение

Потребители	снижение цен на товары и услуги (например, благодаря регулятивному запрету на антиконкурентное поведение)
	повышение безопасности товаров и услуг
	улучшение информационного обеспечения по вопросам, касающимся товаров и услуг, что позволяет сделать более информированный выбор
	повышение минимальных стандартов качества товаров и услуг
Государство	улучшение состояния здоровья населения, что способствует сокращению затрат на здравоохранение
	улучшение доступа государства к информации, что позволяет принимать более информированные решения
	издержки правоприменения: включают затраты на проведение расследований случаев несоблюдения норм регулирования и судебных преследований в этой связи
Другие	выгоды, связанные с улучшением условий конкуренции например, если регулирование направлено на введение ограничений или запрет на антиконкурентное поведение
	выгоды, связанные с распределением — например, если регулирование обеспечивает более ощутимые выгоды для беднейших слоев населения или жителей сельской местности (регионов)

Как рассчитать выгоды от регулирования?

Как правило, возможные выгоды от регулирования определить гораздо легче, чем возможные издержки, потому что ради этих выгод, собственно говоря, все и затевалось — именно они имелись в виду, когда разрабатывалось предложение о введении регулирования. Однако определить размер этих выгод, и, в частности, выразить их в денежной форме, может быть очень непросто. Это связано с тем, что многие выгоды от регулирования касаются тех аспектов, которые не имеют очевидной рыночной ценности — например, если речь идет о спасенных жизнях, о предотвращении травм или о недопущении загрязнения окружающей среды.

Тем не менее даже если выразить выгоды в денежной форме невозможно, очень важно постараться оценить их размер, задавшись, например, такими вопросами: сколько человеческих жизней можно будет реально спасти благодаря введению данной регулирующей меры? Сколько травм можно будет избежать? Какого масштаба загрязнение можно будет предотвратить, какого характера и где именно?

На самом деле, конечно, существует целый ряд экономических методов оценки денежной стоимости выгод такого рода. Содержание этих методов выходит за рамки настоящего руководства, но с ними можно ознакомиться, прочитав некоторые пособия по АРВ, указанные в Приложении 1.

Как получить данные, необходимые для проведения высококачественного анализа регулирующего воздействия?

Одной из главных проблем, связанных с проведением АРВ, является получение надежных и качественных данных, потому что без таких данных пользы от АРВ будет немного. Однако сбор данных может оказаться делом весьма затратным — как по времени, так и по деньгам. Поэтому здесь нужен очень взвешенный стратегический подход.

Если говорить в более широком смысле, то глубина проводимого АРВ должна быть пропорциональна масштабу вероятных последствий планируемых регулирующих мер. Иными словами, если предполагаемая регулирующая мера с высокой вероятностью приведет к серьезным последствиям, и тем, кто занимается выработкой соответствующей политики, может потребоваться в этой связи какая-то дополнительная аналитическая работа, то на сбор данных, консультации с заинтересованными кругами и собственно проведение анализа вам надо будет выделить больше времени и ресурсов. Далее приводится описание некоторых стратегий сбора данных, к которым вы можете прибегнуть, приступая к проведению АРВ. При этом следует учитывать, что принцип «пропорциональности» подхода требует тщательно взвесить, насколько та или иная стратегия соответствует той задаче АРВ, которая перед вами стоит в данный момент. Поскольку многие из описанных здесь методов сбора данных могут потребовать значительных ресурсов, то за необходимой информацией вам, вероятно, придется обращаться к третьим сторонам.

Опросы

В анкету можно включить такие вопросы, которые позволят вам получить интересующую вас информацию об основных аспектах планируемой регулирующей меры. Если анкета для опроса целевой группы (т.е. тех, кого может затронуть предполагаемая мера) составлена грамотно, то полученные ответы могут стать хорошей базой для оценки издержек соблюдения

Испытательные группы

В Дании был введен новый метод сбора данных для АРВ, который предусматривает привлечение специальной «испытательной группы», т.е. группы из нескольких компаний, которые выразили согласие помочь правительству в проведении АРВ. Эти компании дают консультации правительству по вопросам вероятных издержек соблюдения планируемых норм регулирования. Испытательная группа используется как база для проведения опросов.

Преимущество этой модели состоит в том, что предприятия, участвующие в опросах, со временем начинают понимать, что такое АРВ, и какая информация необходима для его проведения. Но здесь есть и обратная сторона: нужно быть особенно внимательным и следить, чтобы получаемые ответы не привели к систематической ошибке, связанной с частыми опросами одной и той же группы «инсайдеров».

Анализ опыта других стран

Во многих случаях те нормы регулирования, которые планируется ввести в вашей стране, уже приняты в соседних странах. В этой связи бывает очень полезно обратиться за консультацией к правительственным чиновникам или к другим источникам в этих странах — это может оказаться эффективным способом получения информации о возможных последствиях введения соответствующей нормы.

Другие государственные ведомства

Как правило, в различных государственных ведомствах хранятся большие объемы информации. Например, богатейшим источником информации по таким вопросам, как количество компаний, работающих в различных отраслях, количество работающих и т.п., является государственное агентство по статистике. Некоторые полезные материалы можно найти в органах государственного управления. В частности, бывают случаи, когда аналогичные регулирующие меры уже принимались в других отраслях.

В этой связи всегда полезно проконсультироваться с представителями органов государственного управления и выяснить, какой информацией по интересующему вас вопросу могут располагать ваши коллеги в администрации?

Обзор литературы

Бесценным источником информации о практической реализации некоторых регулятивных подходов является имеющаяся научная литература по этой тематике. Для поиска нужных материалов все чаще используется Интернет. Полезными источниками информации являются также обзоры конъюнктуры рынка и другие отчеты об исследованиях, проведенных различными профессиональными ассоциациями и отраслевыми группами.

Консультации

Одним из самых экономичных способов получения данных для АРВ являются консультации с представителями заинтересованных сторон. Кроме того, такие консультации способствуют обеспечению легитимности регулирования, так как предусматривают возможность активного участия людей в нормотворческой деятельности на этапе, предшествующем имплементированию регулирующих норм. А это в свою очередь может способствовать повышению уровня их добровольного соблюдения.

Публичные слушания

Публичные слушания дают людям возможность лично высказать свое мнение по поводу предлагаемых регулирующих мер. Некоторым заинтересованным сторонам (т.е. тем, кого эти меры затрагивают) это существенно упрощает участие в процессе, так как они едва ли приняли бы участие в обсуждении, если бы для этого им надо было представить свое мнение в письменном виде. Кроме того, публичные слушания предусматривают диалог. В ходе обсуждения с участниками слушаний сотрудники регулятивных органов могут что-то выяснить для себя, задать какие-то вопросы и в конечном счете получить более четкое представление о мнении заинтересованных сторон по поводу предлагаемых регулирующих мер.

Вместе с тем в условиях публичных слушаний, в присутствии большого количества заинтересованных сторон, мнения которых могут быть очень разными, провести логичное и непредвзятое обсуждение сложных и/или эмоциональных вопросов бывает довольно трудно. Кроме того, у многих важных представителей заинтересованных сторон по ряду причин может не оказаться возможности присутствовать на публичных слушаниях. В этой связи очень важно правильно выбрать место и время проведения таких слушаний.

Консультативные органы

Правительства часто создают различные консультативные органы, которые должны оказывать помощь в разработке и оценке регулирующих норм. Консультативные органы могут быть самых разных типов. Две основных категории составляют постоянные и временные консультативные органы. Постоянные органы дают консультации по широкому кругу вопросов в области регулирования в конкретной сфере политики. Временные консультативные органы учреждаются специально в целях организации консультаций только по какому-то определенному вопросу законодательства.

Столь тщательный анализ возможных мер регулирования означает применительно к правовому регулированию решение трех стратегических задач. Во-первых, необходимость всесторонней оценки возможных правовых рисков — неисполнения актов, коллизии актов, ошибочных действий публичных органов и различных организаций, срыв договорных обязательств, негативное отношение граждан и общественных слоев. Для этого нужны превентивные меры.

Во-вторых, следует учитывать подвижное соотношение императивных, диспозитивных и рекомендательных норм о материальном и процессуальном праве, о публичном и частном праве, об устойчивости технико-юридических норм, о сближении корпусов внутреннего и международного права.

Это позволяет фиксировать разные аспекты и способы правового и неправового регулирования, отражающие динамику внешнего воздействия на сознание и поведение людей. В широком смысле правовое регулирование является государственно-правовым по своим целям, институтам, процедурам, средствам обеспечения. В узком смысле оно может быть нормативно-упорядочивающим, стимулирующим, ограничивающим, запретным. Используются нормы-цели, нормы-принципы, нормы-стимулы, нормы-статусы, нормы-ограничения и устанавливаются пределы саморегулирования, как бы «внутри». Выбор норм должен определяться с учетом реальных социально-экономических и иных ситуаций, что бывает далеко не всегда. И тогда нормы остаются на обочине общественного развития и реальных видов поведения и деятельности людей.

Понимание такой корреляции приводит ученых-юристов к признанию правового регулирования как государственного,

так и саморегулирования адресатами права¹. Исследователи-экономисты «накладывают» регуляторы на сферу экономики и признают четыре вида регулирования — государственное, сорегулированное (бизнеса и власти), делегированное саморегулирование, добровольное саморегулирование. Подробно поясняются условия предпочтительности каждого из них². Практически же американский метод дерегулирования используется у нас в другом смысле, скорее как «сброс» государственных функций.

Создание правовых условий для полного саморегулирования означает легальное поле для использования таких регуляторов, как договоры в частном³ и публичном праве, локальные акты, нормы-самообязательства, обращенные «внутри» организаций— субъектов или к их отношениям между собой. Во всех случаях налицо более широкий выбор альтернатив решений.

Обратит внимание и на стихийную регуляцию в правовой сфере, когда кроме урегулированных правом существует множество и неправовых фактических отношений. Последние можно назвать неформальными отношениями.

В-третьих, необходимо умно определять сферы саморегулирования, которые включают такие элементы, как свободное определение целей деятельности, самостоятельное принятие решений, сильные стимулы деятельности, самоответственность за свои действия. Таков их позитивный потенциал, но в негативном смысле обнаруживаются корыстные мотивы, сепаратистские настроения и действия. И их надо преодолевать. Этому способствует формирование готовности людей к самодеятельности. Влияет устойчивый уклад жизни, когда сообразование действий с нормами является привычкой людей и традициями организаций. И тогда «внешние» воздействия почти не требуются.

Демократический потенциал саморегулирования очевиден и тем не менее нужно его поддерживать с помощью комплекса правовых институтов. Это четко определенная сфера самостоятельно принимаемых решений (в уставах, положениях и т.п.), это целеполагание, открывающее простор действиям, это запрет вмешиваться «извне», это минимизация внешних регуляторов и уменьшение, «снятие» административных барьеров (видов согласования, перечня документов и т.п.). Это стимулирование превышения стандартов, это активизация человеческого фактора.

¹ Общая теория права и государства. М.: Юристъ, 1996. С. 132–138.

² Принципы и процедуры оценки целесообразности мер государственного регулирования. М.: ТЕИС, 2002.

³ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорно право. Кн. 1. Общие положения. М.: Статут, 1999.

Пока же действуют такие отрицательные факторы, как жесткость государственного регулирования и акцентированное внимание на «вертикаль власти» и ограничение потенциала саморегулирования как в нарастающий поток законов и иных правовых актов «сверху», в котором не учитывается польза локальных актов и возможности увеличения их удельного веса в условиях расширения самостоятельности организаций и учреждений, муниципальных структур. Нужно уменьшать влияние отмеченных отрицательных факторов.

В ходе общественных процессов проявляется тенденция, связанная с новым типом норм — актов самоуправления. Для них характерны следующие признаки: а) самообязательство, когда совпадает круг лиц, принимающих и исполняющих решение; б) добровольность и заинтересованность в принятии и реализации решения; в) коллегиальная основа; г) формирование и выражение общей воли на основе согласования публичных и частных интересов; д) самоответственность.

Новизной последних лет отличаются акты, выражающие своего рода укрупненные корпоративные интересы, когда для их формирования образуются отраслевые и территориальные бизнес-сообщества. Можно вести речь о разных формах профессионального саморегулирования. Это корпоративные кодексы по профессиям (судей, адвокатов и т.п.), Корпоративный кодекс, одобренный в 2001 г. Правительством Российской Федерации, и многочисленные кодексы в больших корпорациях, Социальная хартия бизнеса, одобренная в 2004 г. Российским Союзом промышленников и предпринимателей. В них содержатся добровольно принятые нормы-самообязательства, которые служат ориентиром для деятельности организаций и их локального нормотворчества. Конечно, еще предстоит добиться реальной эффективности корпоративного саморегулирования, как путем совершенствования законодательных норм, так и правил и процедур собственной деятельности.

Все более заметное место занимают так называемые этические кодексы как акты, содержащие ценности, принципы и стандарты поведения государственных служащих. Их много за рубежом (Кодекс поведения, Этический кодекс, Стандарты этичного поведения), и они чаще утверждаются подзаконными актами. Такие кодексы содержат своего рода поведенческие ориентиры и правила юридико-морального характера. Появляются такие кодексы и в России, и нужны серьезные усилия по их реализации.

§ 3. Информация для правовых решений

Для целей и содержания правового регулирования первостепенное значение имеет системный сбор, анализ и использование полной и достоверной информации. По ее содержанию можно вести речь об экономической, социальной, политической, экологической, правовой и международной и научной информации, которая формируется по тематическим блокам, временным и иным параметрам. Стабильные информационные показатели должны сочетаться с временными, когда в условиях финансово-экономического кризиса были введены дополнительные показатели в сфере движения трудовых ресурсов и государственных финансовых средств. Информация собирается «обязанными» структурами и передается тем субъектам, которые обязаны ее использовать. Федеральный закон «О доступе к информации и деятельности государственных и муниципальных органов» создает необходимые юридические режимы.

Едва ли стоит доказывать ценность информации как носителя знаний и как средства их передачи. Передача, распространение, обмен знаниями происходят в режиме информационных отношений, где возрастающая роль принадлежит информационному праву¹. Действующие информационные системы и современные информационные технологии многократно ускоряют процессы и расширяют возможности доступа к знаниям. И законодательство, и другие источники права становятся важной частью информационного ресурса страны². Когда право полнее «напитывается» жизненными соками, когда меняются способы его формирования.

Решение этих задач во многом достигается благодаря ранее принятому Федеральному закону «Об информации, информатизации и защите информации» (1995), а потом — Федеральному закону «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (2006). Пользование информационными ресурсами и является каналом получения и обмена знаниями внутри страны и за ее пределами.

Реализация права на доступ к информации из информационных ресурсов связана с действиями пользователей. Это

¹ См. подробно: Информационное право. Актуальные проблемы теории и практики. М.: Юрист, 2009.

² См.: *Бачило И.Л.* Меняются ли функции права в условиях информатизации // Информационное право и становление основ гражданского общества в России. М., 2008.

граждане, органы государственной власти, органы местного самоуправления, организации и общественные объединения, и они обладают равными правами на доступ к государственным информационным ресурсам и не обязаны обосновывать перед владельцем этих ресурсов необходимость получения запрашиваемой ими информации. Исключение составляет информация с ограниченным доступом. Доступ физических и юридических лиц к государственным информационным ресурсам является основой осуществления общественного контроля за деятельностью органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных, политических и иных организаций, а также за состоянием экономики, экологии и других сфер общественной жизни.

Установлено, что владельцы информационных ресурсов обеспечивают пользователей (потребителей) информацией из информационных ресурсов на основе законодательства, уставов указанных органов и организаций, положений о них, а также договоров на услуги по информационному обеспечению. Информация, полученная на законных основаниях из государственных информационных ресурсов гражданами и организациями, может быть использована ими для создания производной информации в целях ее коммерческого распространения с обязательной ссылкой на источник информации.

Порядок получения пользователем информации (указание места, времени, ответственных должностных лиц, необходимых процедур) определяет собственник или владелец информационных ресурсов с соблюдением требований, установленных настоящим Федеральным законом. Перечни информации и услуг по информационному обеспечению, сведения о порядке и условиях доступа к информационным ресурсам владельцы информационных ресурсов и информационных систем предоставляют пользователям бесплатно.

Органы государственной власти и организации, ответственные за формирование и использование информационных ресурсов обеспечивают условия для оперативного и полного предоставления пользователю документированной информации в соответствии с обязанностями, установленными уставами (положениями) этих органов и организаций. Порядок накопления и обработки документированной информации с ограниченным доступом, правила ее защиты и порядок доступа к ней определяются органами государственной власти, ответственными за определенные вид и массивы информации, в соответствии с их компетенцией

либо непосредственно ее собственником в соответствии с законодательством.

Установлены гарантии предоставления информации. Органы государственной власти и органы местного самоуправления создают доступные для каждого информационные ресурсы по вопросам деятельности этих органов и подведомственных им организаций, а также в пределах своей компетенции осуществляют массовое информационное обеспечение пользователей по вопросам прав, свобод и обязанностей граждан, их безопасности и другим вопросам, представляющим общественный интерес.

Отказ в доступе к информационным ресурсам может быть обжалован в суд.

Перечень информационных услуг, предоставляемых пользователям из государственных информационных ресурсов бесплатно или за плату, не возмещающую в полном размере расходы на услуги, устанавливает Правительство Российской Федерации. Расходы на указанные услуги компенсируются из средств федерального бюджета и бюджетов субъектов Российской Федерации.

Защите подлежит любая документированная информация, неправомерное обращение с которой может нанести ущерб ее собственнику, владельцу, пользователю и иному лицу. Режим защиты информации устанавливается: в отношении сведений, отнесенных к государственной тайне, — уполномоченными органами на основании Закона Российской Федерации «О государственной тайне»; в отношении конфиденциальной документированной информации собственником информационных ресурсов или уполномоченным лицом на основании федерального закона; в отношении персональных данных — федеральным законом.

Отказ в доступе к открытой информации или предоставление пользователям заведомо недостоверной информации могут быть обжалованы в судебном порядке. Неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору поставки, купли-продажи, по другим формам обмена информационными ресурсами между организациями рассматриваются арбитражным судом. Во всех случаях лица, которым отказано в доступе к информации, и лица, получившие недостоверную информацию, имеют право на возмещение понесенного ими ущерба.

Суд рассматривает споры о необоснованном отнесении информации к категории информации с ограниченным доступом, иски о возмещении ущерба в случаях необоснованного отказа в предоставлении информации пользователям или в результате

других нарушений прав пользователей. Руководители, другие служащие органов государственной власти, организаций, виновные в незаконном ограничении доступа к информации и нарушении режима защиты информации, несут ответственность в соответствии с уголовным, гражданским законодательством и законодательством об административных правонарушениях.

Нормативно-регулирующие функции являются преобладающими в механизме управления знаниями. Определению их содержания и методов осуществления надо уделять большое внимание. Естественно, в этой области осуществляются и другие функции — легализующие, контрольные, распорядительные. К сожалению, на практике еще немало правовых норм, «консервирующих» устаревшие знания и не побуждающих граждан и организации и к их обновлению.

Новейшие информационные технологии влекут крупные и пока не вполне предвидимые изменения в деятельности государства и механизме правового регулирования. Стратегии «Электронного правительства» позволяют с помощью интегрирования информационных систем по-новому «охватывать взглядом» тенденции и потребность развития экономики и социальной сферы. Запросы граждан, способы государственного и корпоративного управления¹. Возникают и развиваются новые отношения между партнерами, клиентами и организациями между публичными органами. «Бумажный» документ вытесняется электронным. И все субъекты правотворчества, и правоприменения должны пересматривать методы своей деятельности.

Шаг вперед — принятие Постановления Правительства Российской Федерации от 22 сентября 2009 г. Об утверждении Положения о системе межведомственного электронного документооборота. Под взаимодействием федеральных информационных систем электронного документооборота понимается обмен электронными сообщениями (ведение служебной переписки в электронной форме) между участниками межведомственного электронного документооборота, в том числе:

а) направление и получение в электронной форме решений и поручений Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации;

б) получение информации о ходе рассмотрения федеральными органами исполнительной власти электронных сообщений,

¹ См. подробно: Управление знаниями в инновационной экономике. М.: Экономика, 2009. С. 150–162.

в том числе поручений Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации;

в) направление в электронной форме докладов Президенту Российской Федерации и Правительству Российской Федерации;

г) внесение в Правительство Российской Федерации федеральными органами исполнительной власти проектов нормативных правовых актов, в том числе в электронной форме;

д) осуществление федеральными органами исполнительной власти согласительных процедур по проектам нормативных правовых актов в электронной форме.

При осуществлении межведомственного электронного документооборота допускается обмен информационными сообщениями, содержащими общедоступную информацию и информацию, отнесенную к сведениям, составляющим служебную тайну.

Предметом правового регулирования являются действия, порождающие материальные, интеллектуальные и духовные ценности. К таковым относится и знание, накопленное и использование которого предполагает применение правовых средств. Прямое и косвенное правовое воздействие на процесс выработки и использования знаний происходит на основе: а) охвата всех основных стадий этого процесса; б) отражения принципов равной доступности и гарантированности знаний для всех граждан и юридических лиц; в) создания благоприятных правовых условий и режимов, гарантий получения знаний; г) стимулирования участников данного процесса; д) охраны прав на полученные и приобретенные знания как путем формальных средств их легализации, так и их публичного признания и поддержки. Мы не случайно выделяем такую функцию публичного права, как гуманитарность публичного регулирования¹.

Естественно, отличаются спецификой содержание и методы управления в данной сфере. Оно является комплексным² и опирается на регуляторы ряда отраслей права — конституционного, административного, гражданского, трудового права.

Наша страна всемерно использует международно-правовые нормы для создания оптимальных правовых режимов получения и использования знаний. В Конституции РФ закреплены права граждан на доступ к культурным ценностям (ст. 44), на образова-

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М.: ЭКСМО, 2008. С. 91–112.

² См.: Тихомиров Ю.А. Управление на основе права. М.: Формула права, 2007. С. 89–98.

ние (ст. 43), гарантия свободы научного творчества (ст. 44). Общие вопросы науки, равно как и иных социальных сфер, отнесены к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов (ст. 77). Вопросы собственности, в том числе интеллектуальной, отнесены к исключительной компетенции Федерации. Эти нормы служат фундаментом правового регулирования всего процесса получения и использования знаний.

В соответствии с конституционными нормами развивается законодательство в интересующей нас сфере. Оно состоит из комплекса федеральных законов и законов субъектов РФ, которые будут рассмотрены ниже. В этом комплексе можно выделить прежде всего группы отраслевых законов в сфере науки, образования и культуры. Но их отдельные характеристики еще многого не дадут, поскольку не менее важно обнаружить и поддержать их системные соотношения. Стратегическая цель управления знаниями служит объединяющим ориентиром для соотношения законодательных норм в этих сферах, их связей, взаимопереходов. Ведь культурный и образовательный уровни служат как основой, так и следствием собственно научного блока.

С помощью набора правовых средств задача управления знаниями решается путем: а) определения соответствующего статуса граждан и юридических лиц, всех участников процесса; б) создания гарантий и стимулов для образовательной и научной деятельности; в) установления способов выработки знаний; г) обеспечения механизма получения знаний; д) системы средств передачи, распространения знаний; е) способов юридической защиты прав и законных интересов участников «процесса знаний».

Как видно, речь идет о своего рода цикличном правовом обеспечении всего процесса получения и использования знаний.

Отметим прежде всего системность регулирования процесса получения и использования результатов интеллектуальной деятельности. Главное — закрепление прав на результаты и средства индивидуализации. Речь идет о своеобразных нормативных блоках:

а) содержание интеллектуальных прав, право собственности, авторство, распоряжение исключительным правом, коллективное управление авторскими и смежными правами, государственном регулировании и защите интеллектуальных прав;

б) авторское право, права автора, объекты авторских прав, гарантии использования, защита, информация об авторском праве, ответственность;

в) права, смежные с авторскими, объекты смежных прав, договоры об использовании, защита права на исполнение, фонограмму и т.п.;

г) патентное право, содержание патентных прав, объекты, виды патентов, режимы регистрации и использования изобретений, полезных моделей и промышленных образцов;

д) право на селекционное достижение, на топологии интегральных микросхем;

е) право на секрет производства (ноу-хау), договоры, ответственность;

ж) права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий.

Рассмотрим правовые средства, предназначенные способствовать выработке знаний. Это творческий процесс, в котором действует много участников. Они связаны между собой служебными и договорными отношениями, общими программами научных исследований и т.п. Первостепенное значение здесь имеет Федеральный закон «О науке и научно-технической политике», призванный охватить основные циклы исследований, фундаментальные, прикладные, экспериментальные разработки и способы получения и признания научного результата. Естественно, уделено большое внимание статусу субъектов научной и научно-технической деятельности. Органы государственной власти гарантируют свободу творчества, признают право на обоснованный риск, обеспечивают свободу доступа к научной и научно-технической информации, гарантируют подготовку и повышение квалификации научных работников и специалистов.

Инновационная деятельность включает участие заказчиков и производителей научной и научно-технической деятельности, выполнение цикла работ, получение инноваций как конечных результатов, используемых в практической деятельности (экономическом обороте).

Особое внимание должно быть уделено сбору, анализу и правильному использованию правовой информации. С ее помощью можно получать сведения о динамике правовых актов по их видам и нарушениях законности (в отраслевом, региональном и персональном разрезе), о рассмотрении и решении правовых вопросов на разных уровнях, об изменениях в системе и функциях органов, о динамике отношения граждан к законам и иным правовым актам. Центры правового мониторинга, соединенные между собой, призваны оперативно «питать» механизм правотворчества и правоприменения оперативной тематической информацией. Пока же этого

нет и «дробные» каналы правовой информации прокурорских, судебных и иных структур мало связаны между собой.

Весьма содержателен в этом плане Закон Республики Казахстан от 22 декабря 2003 г. «О государственной статистике и специальных учетах». Вводится и используется государственная правовая статистика, основанная на централизованной системе ведомственного учета в уголовно-правовой, гражданско-правовой и административно-правовой сферах государственной правовой информационной статистической системы. Уполномоченный орган устанавливает порядок, критерии, параметры, объемы и сроки формирования правовой статистики и проводит правовые статистические наблюдения.

Все более полной становится международная информация, используемая для аналитической работы и расширения горизонтов проектируемых правовых актов. Приведем перечень докладов Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) в сфере государственного управления.

1. Перечень контрольных вопросов по общему закону об административных процедурах.

2. Граждане как партнеры.

3. Проект концепции системы финансового контроля в Российской Федерации.

4. Разработка концепции об Организационной структуре администрации исполнительной власти.

5. Вопросы ответственности и дисциплины государственных служащих.

6. Привлечение граждан к разработке политического курса.

7. Сфера гражданской службы в европейских странах.

8. Законодательство в области государственной службы.

9. Пенсионные схемы для государственных служащих.

10. Содействие повышению эффективности и профессионализма государственной службы.

11. Совершенствование политических инструментов с помощью оценки воздействия.

12. Структурные элементы найма сотрудников в европейских системах государственной службы.

13. Создание системы гражданской службы.

На сайте ОЭСР представлены также доклады по следующим сферам:

1. Борьба со взяточничеством и коррупцией;

2. Сельское хозяйство;

3. Экономика;
4. Образование;
5. Корпоративное управление;
6. Окружающая среда;
7. Внешняя торговля;
8. Развитие конкуренции;
9. Бухучет и аудит;
10. Налогообложение.

Эти материалы пока далеко не полностью используются в научной и прикладной деятельности юристов, хотя компаративистский аспект аналитической информации способствует повышению качества правовых решений.

§ 4. Концепции как прообраз правовых решений

Познавательный характер правотворчества и правоприменения предполагает проведение серьезной аналитической работы, прогнозы и научные разработки расширяют базу проектов будущих законов и иных правовых актов, позволяя объективно диагностировать ситуации и оценивать тенденции их развития, выявлять проблемы и задачи требующие применения правовых средств. Обоснованиям выбору предмета законодательного регулирования во многом помогает разработка концепций. Речь идет об оценочно-вариантном подходе к осмыслению этого предмета и созданию его нормативно-содержательной модели.

Концепции в сфере правотворчества могут быть трех основных видов. Научные юридические концепции охватывают состояние, динамику и перспективы собственно правовой сферы и тех ее участков, где назрели потребности в правовых решениях. Накопленный опыт позволяет классифицировать такие концепции следующим образом: а) научные концепции права и законодательства страны. Таковыми являются, в частности, «Концепции развития российского законодательства», периодически подготавливаемые с 1994 г. Институтом законодательства и сравнительного правоведения. В них обоснованы его основные черты и внутрисистемные связи и тенденции развития, и содержатся концентрированные характеристики отраслевых концепции; б) Концепции правовой реформы, которые принимались в России и в ряде государств Содружества; в) Концепции развития права или отдельных отраслей законодательства и правовых институтов (в национальном

компаративистском разрезе)¹; г) Концепции систематизации и кодификации законодательства²; д) Концепции отдельных законов. Взаимосвязь этих концепций, казалась бы очевидна, но практически плохо реализуема.

Принципиальное значение имеет Постановление Правительства РФ от 2 августа 2001 г. Об утверждении основных требований к концепции и разработке проектов федеральных законов (в ред. Постановлений Правительства РФ от 20 августа 2004 г. № 424, от 2 февраля 2006 г. № 62).

Концепция и проект технического задания на разработку проекта федерального закона (далее — законопроект) разрабатываются федеральными органами исполнительной власти, руководство деятельностью которых осуществляет Президент Российской Федерации или Правительство Российской Федерации (далее — федеральные органы исполнительной власти), по законопроектам, предлагаемым ими для включения в планы законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации, а также разрабатываемым на основании правовых актов и поручений Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации.

Концепция законопроекта представляет собой документ, в котором должны быть определены:

основная идея, цели и предмет правового регулирования, круг лиц, на которых распространяется действие законопроекта, их новые права и обязанности, в том числе с учетом ранее имевшихся;

место будущего закона в системе действующего законодательства с указанием отрасли законодательства, к которой он относится, положений Конституции Российской Федерации, федеральных конституционных законов и системообразующих законов Российской Федерации, на реализацию которых направлен данный законопроект, а также значение, которое будет иметь законопроект для правовой системы;

общая характеристика и оценка состояния правового регулирования соответствующих общественных отношений с приложением анализа действующих в этой сфере законов и иных

¹ В Республике Казахстан Указом Президента от 24 августа 2009 г. утверждена «Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года». В ней установлены цели правового развития, основные направления развития национального права, включая отраслевой разрез, а также направление развития правоохранительной и судебной систем и правозащитных институтов.

² См.: *Рахманина Т.Н.* Кодификация законодательства. М.: Юрист, 2005.

нормативных правовых актов. При этом указываются пробелы и противоречия в действующем законодательстве, наличие устаревших норм права, фактически утративших силу, а также неэффективных положений, не имеющих должного механизма реализации, рациональные и наиболее эффективные способы устранения имеющихся недостатков правового регулирования. Общая характеристика состояния правового регулирования должна также содержать анализ соответствующей российской и зарубежной правоприменительной практики, а также результаты проведения статистических, социологических и политологических исследований;

социально-экономические, политические, юридические и иные последствия реализации будущего закона. Это важнейшие параметры любой концепции, от которых нельзя отступать.

Концепция законопроекта и проект технического задания после согласования с заинтересованными федеральными органами исполнительной власти направляются федеральным органом исполнительной власти, ответственным за разработку законопроекта, для проведения правовой экспертизы в Министерство юстиции Российской Федерации и Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

В случае внесения предложения о разработке законопроекта и о включении его в план законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации концепция законопроекта и проект технического задания представляются федеральным органом исполнительной власти, ответственным за разработку законопроекта, в установленном порядке в Министерство юстиции Российской Федерации.

Концепция и проект технического задания по законопроекту, разработка которого предусмотрена правовыми актами и поручениями Президента Российской Федерации или Правительства Российской Федерации, с приложением заключений Министерства юстиции Российской Федерации представляются в Правительство Российской Федерации и утверждаются Председателем Правительства Российской Федерации или Заместителем Председателя Правительства Российской Федерации (в ред. Постановления Правительства РФ от 20 августа 2004 г. № 424).

Упорядочению законодательства служит постановление Правительства РФ от 30 апреля 2009 г., в котором установлен порядок планирования законопроектной деятельности Правительства РФ, образования и деятельности рабочих групп по подготовке

законопроектов внесения законопроекта в Правительство РФ, а также порядок подготовки проекта нормативных правовых актов, необходимых для реализации законопроекта. Четкие правила подготовки законопроектов содержатся в Регламентах Палат Федерального Собрания и законодательных органов субъектов РФ.

Однако нередко концептуальный порядок нарушается и вместо отмеченных требований к концепции готовятся документы одностороннего характера. Отсутствие системно-прогнозной оценки сужает доказательную базу будущего проекта. Обсуждая его цели, содержания и последствий приобретают затяжной и хаотичный характер.

Второй вид концепций правотворчества охватывает общие и комплексные концепции и Стратегии социально-экономического развития страны, регионов и отраслей, где в качестве составной части выступает «правовой блок». Такова, например, Стратегия развития железнодорожного транспорта в Российской Федерации до 2030 года. В ее рамках выделены разделы — подразделы о системе управления реализацией Стратегии путем решения ряда правовых задач — господдержка инфраструктуры отрасли, система государственного регулирования отрасли и цен (тарифов) на ее продукцию и услуги, дерегулирование конкурентных секторов, правовое взаимодействие с железнодорожными системами других государств, правовое регулирование имущества.

Иной подход можно обнаружить в Законе Московской области от 5 апреля 1996 г. «О концепции, прогнозах и государственных программах социально-экономического развития Московской области» (в ред. законов Московской области от 28 июля 1999 г. № 47/99-03, от 27 апреля 2001 г. № 81/2001-03, от 12 февраля 2002 г. № 4/2002-03, от 22 июля 2005 г. № 200/2005-03). Закреплены основные понятия и определения.

Система показателей социально-экономического развития Московской области — совокупность взаимосвязанных показателей, характеризующих макроэкономическую ситуацию, экономическую структуру, научно-техническое развитие, внешнеэкономическую деятельность, динамику производства и потребления, уровень жизни населения, состояние законности и правопорядка, экологическую обстановку, социальную структуру, а также уровень развития систем образования, здравоохранения и социального обеспечения населения Московской области как по Московской области в целом, так и по отдельным отраслям и территориям.

Прогноз социально-экономического развития Московской области — оценка вероятного состояния социально-экономической ситуации в Московской области через определенный период времени (прогнозный период).

Концепция социально-экономического развития Московской области — нормативный правовой акт Московской области, содержащий комплексную систему представлений о стратегии развития Московской области как субъекта Российской Федерации на 10 лет с указанием основных целей, приоритетов социально-экономической политики и средств реализации указанных задач, разработанный на основе прогноза социально-экономического развития Московской области на долгосрочный период.

Государственная программа социально-экономического развития Московской области — согласованный по ресурсам, исполнителям, срокам исполнения комплекс мероприятий, обеспечивающих эффективное решение проблем в области экономического, экологического, социального и культурного развития Московской области.

Статья 4 Закона посвящена Концепции социально-экономического развития Московской области. В Концепции социально-экономического развития Московской области (далее — Концепция) формулируются и обосновываются стратегические цели и приоритеты социально-экономической политики, проводимой органами государственной власти Московской области, способы достижения указанных целей, а также важнейшие задачи, подлежащие решению в рассматриваемый период как на общеобластном уровне, так и в отдельных отраслях, отдельных административно-территориальных образованиях, группах административно-территориальных образований иных территориях Московской области.

Концепция является нормативным правовым актом Московской области с аналогичным названием, разрабатывается Правительством Московской области, вносится в Московскую областную Думу Губернатором Московской области и принимается Московской областной Думой в порядке, установленном для принятия законов Московской области. Используется органами государственной власти Московской области при разработке и принятии нормативных правовых актов Московской области, принятии управленческих решений, разработке государственных программ социально-экономического развития Московской области, а также при установлении ежегодных приоритетов социально-экономического развития Московской области.

Отсутствие научной Концепции законотворчества приводит к путанице подходов при подготовке взаимосвязанных проектов законов. Так было, когда рабочие группы из представителей Минэкономики и ГУ–ВШЭ, в состав которых входил и автор, готовили законопроект об административных регламентах. То акцент был сделан на регламентах осуществления функций и оказания услуг, то стандартах услуг, то электронных регламентах. Летом 2009 г. неожиданно депутаты Государственной Думы внесли проект федерального закона «Об общих принципах организации предоставления государственных (муниципальных) услуг и исполнения государственных (муниципальных) функций», в котором совмещены акценты о правах заявителей, обязанностях органов, регламентах, МФЦ, информационных технологиях. Уместно заметить, что ранее в Государственной Думе были обсуждения концепций законов об административных процедурах.

Последние годы Высшая школа экономики проводила несколько исследований — темой одного из них и стал указанный законопроект «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ» еще нуждается в доработке. Основная задача закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ» видится создателям законопроекта в восстановлении баланса между ретейлерами и поставщиками, который сейчас, по их мнению, серьезным образом нарушен. Изучением этой ситуации и занялись специалисты Высшей школы экономики.

В результате удалось выяснить, что основные конфликты между продавцами и поставщиками связаны не с бонусными обязательствами и дополнительными условиями заключения договоров поставки, как видели эту проблему создатели законопроекта, а с условиями исполнения этих договоров.

Законопроект решает лишь тактические задачи, связанные с политическими реакциями на структурный и институциональный конфликт между розничными сетями и поставщиками. Законопроект предлагает односторонние меры, нацеленные на ограничение роста розничных сетей, фактически совсем не занимаясь теми же мерами в отношении производителей.

Проект создавался как системный закон, при этом сосредоточен на розничной торговле, но и ее охватывает не полностью, а фокусируется на торговле продовольственными товарами, отсутствовала четкая классификация торговых форматов и объектов.

Главные из таких стереотипов: ретейлеры являются виновниками высоких цен на товары, они доминируют над поставщи-

ками и производителями продукции, получают сверхприбыли, а торговые сети ограничивают доступ поставщиков на рынок и порождают систематические конфликты, были опровергнуты проведенным исследованием.

Авторы доклада не оставили без внимания ст. 16 закона, устанавливающую ограничение пределов распространения розничных сетей (не более 25% доли рынка на территории муниципального образования). Эта статья порождает особенно много вопросов: почему дискриминируется именно торговля, почему границы рынка определяются административным делением, почему муниципалитет, а не субъекты Федерации? Подобные меры жесткого регулирования дадут обратный результат. Это приведет к усреднению цен с исчезновением дешевых товаров, дефициту по отдельным товарам и снижению качества продукции. В конечном итоге мы получим рост розничных цен¹.

К третьему виду концепций можно отнести программные документы политического и социально-экономического содержания, в которых встречаются юридические фрагменты. Таковые есть в концепциях государственных реформ. Как правило, ими заполнены и политические программы партий и лидеров государств, а также международно-правовые документы. Иллюстрацией последних служит Программное заявление Совета делового сотрудничества России и Европейского Союза и Меморандум о взаимопонимании Координационного Совета предпринимательских союзов России и Союза промышленных и предпринимательских конференций Европы. В них намечена разработка мер по сближению государств в нормативной сфере и прежде всего технических норм. Россия активно реагирует на это в своих технических регламентах.

¹ Российская газета. 2009. 25 сент.

Глава 6

ЮРИДИЧЕСКОЕ ПРОЕКТИРОВАНИЕ

§ 1. Технология

От модели к проекту, и такой шаг позволяет преодолевать иллюзию о «вседоступности» законотворчества. Словосочетание «писать законы» стало распространенной юридической формулой, но ее вряд ли можно признать правильной. Подготовку, принятие и реализацию закона и иного правового акта нельзя рассматривать как простой литературно-документальный процесс. Конечно, тщательно отработанный текст акта служит важнейшим условием и характеристикой его высокого качества, облегчает правильное понимание содержания норм и предусмотренных ими юридических действий. И, напротив, пухлые и путаные тексты, ненормативная стилистика, игнорирование правил составления и согласования проектов, противоречия в использовании юридических понятий резко снижают эффективность правовой системы¹.

Не менее важна содержательная сторона вопроса, когда закон и иной правовой акт призваны реально формировать устойчивый правовой порядок и способствовать решению различных социальных задач. Если же этого не происходит, то правовые акты остаются на обочине общественной дороги и служат не более, чем хорошие юридические декорации реальных процессов или даже юридические памятники. Не отрицая этих качеств, отметим вред содержательной неэффективности права.

¹ Так, в тексте первого КоАП РСФСР 1984 г. было определено всего 152 состава административных правонарушений. А уже к 1 марта 1999 г., когда очевидным стал вопрос о принятии нового кодифицированного закона, количество статей особенной части возросло до 282 составов, или на 81,5%. В новом же КоАП РФ было заложено в момент его подписания Президентом РФ 30 декабря 2001 г. 402 состава административных правонарушений, что в 2,6 раза больше, чем их насчитывалось при принятии КоАП РСФСР 1984 г. По состоянию на конец 2006 г. количество составов административных правонарушений увеличилось еще с 7%, достигнув 432 статей (Государственная служба. № 1. 2008). Сейчас число статей вновь увеличилось.

Попытаемся предложить «Краткие правила подготовки и принятия правовых актов». Настоящие правила являются общими рекомендациями по подготовке, принятию и анализу правовых актов. Порядок разработки и принятия законодательных, правительственных, ведомственных, локальных (корпоративных) и иных правовых актов регулируется специальными правилами.

I. Принципы соотношения правовых актов

В правотворческой и правоприменительной деятельности необходимо исходить из следующих принципов:

1. Абсолютное верховенство Конституции Российской Федерации.
2. Относительное верховенство Конституций и уставов субъектов Российской Федерации.
3. Приоритет федерального конституционного закона.
4. Обеспечение приоритетных сфер действия федеральных и региональных законодательных актов.
5. Приоритет одобренных международно-правовых договоров Российской Федерации перед национальными актами.
6. Приоритет базового системообразующего закона в отрасли, подотрасли законодательства.
7. Доминирование тематического кодекса перед соответствующими нормами в других законах (КоАП — НК — ФЗ о бюджете).
8. Приоритет закона над подзаконным актом.
9. Доминирование нормативного акта перед ненормативным актом.
10. Доминирование специальной нормы перед общим правилом.
11. Согласованность нового акта с ранее изданными актами.
12. Своевременная коррекция и отмена действующих актов после принятия нового акта.
13. Обязательность постановлений Конституционного Суда Российской Федерации по поводу неконституционности норм законов, решений судов о признании незаконными отдельных актов и др.

II. Правила подготовки правовых актов

Правовой акт — важнейшее, но не единственное средство осуществления компетенции государственного органа.

1. Правильное определение предмета правового регулирования.

2. Учет места акта в правовой системе и его отраслевых и межотраслевых связей.

3. Обоснованный выбор вида правового акта — закон, указ, постановление, приказ и др.

4. Соблюдение принципа полномочности субъекта, принимающего правовой акт (уровень принятия решения).

5. Юридические основания принятия правового акта (обязательность, усмотрение, альтернативность и т.д.). Бездействие.

6. Обеспечение планомерности подготовки и принятия правовых актов для решения взаимосвязанных задач.

7. Правильное определение объема, методов регулирования и фактов введения в действие акта и его отдельных положений.

8. Учет зависимостей: а) чем меньше объем реальной реализации правовых актов, тем большее количество «новых» и дублирующих решений принимается; б) игнорирование правовых закономерностей ведет к стихийности правотворчества, юридическим противоречиям, к увеличению разрыва между «формальным» и реальным правом («неправо»); в) чем меньше согласованы между собой разные акты, тем больше возможностей для возникновения юридических коллизий.

III. Правила юридической техники

При подготовке, принятии и реализации правовых актов необходимо пользоваться общими правилами юридической техники. Иначе акт может быть дефектным и незаконным.

1. Строгая структуризация текста проекта, правового акта с целью правильного выделения и объединения его составных частей.

2. Обеспечение правильного понимания использования нормативных понятий и терминов.

3. Четкое определение видов правовых предписаний — норм-дефиниций, норм-целей, норм-принципов, норм императивных, норм-дозволений, норм-запретов и санкций, норм-стимулов и поощрений, нормативов, заданий, поручений.

4. Обеспечение правильного соотношения правовых предписаний между собой.

5. Обоснованное установление объема и характера прав, обязанностей и ответственности юридических лиц и граждан, взаимоотношений государственных органов и др.

6. Правильное формулирование отсылок и ссылок в правовом акте. Их виды.

7. Соблюдение процедуры подготовки и согласования проекта правового акта.
8. Соблюдение порядка принятия акта.
9. Точное установление реквизитов правового акта.
10. Обеспечение порядка подписания, опубликования, вступления правового акта в силу.

IV. Предотвращение юридических ошибок

Следует избегать юридических ошибок при подготовке, принятии, анализе и реализации правовых актов. Встречаются три группы ошибок.

1. Познавательные ошибки:

- а) неверное установление предмета правового регулирования;
- б) неправильный выбор вида правового акта;
- в) необоснованное определение объема и методов правового регулирования;
- г) ошибочное понимание (толкование) назначения и смысла правового акта, его норм, характера полномочий и связей субъекта.

2. Содержательные ошибки:

- а) слабая обоснованность правовых решений, порождающая коллизии, поспешные поправки;
- б) ресурсная необеспеченность акта;
- в) неверное определение объема и характера полномочий госоргана, должностного лица и др.
- г) несогласованность норм внутри правового акта и с нормами других актов;
- д) неудачное определение срока действия акта и круга лиц, на которых он распространяется.

3. Техничко-юридические ошибки:

- а) противоречивое или неверное использование нормативных понятий и терминов;
- б) пренебрежение правилами «юридического языка»;
- в) нарушение системных, связей между актами разной юридической силы;
- г) неправильное оформление текста акта;
- д) запоздалая корректировка и отмена устаревших норм актов.

4. Предвидение юридических коллизий противоречивых правовых взглядов, установок и позиций, действий и бездей-

ствия, «отторжения» от закона прямых и косвенных нарушений законности.

В Республике Беларусь действует комплекс рекомендаций: Методические правила подготовки заключений по результатам обязательной юридической экспертизы законопроектов; Методические рекомендации по проведению аналитических исследований; Методические рекомендации по изучению практики применения нормативных правовых актов; Методические рекомендации по разработке государственных программ подготовки проектов нормативных правовых актов, ежегодных планов подготовки законопроектов и осуществлению контроля за их реализацией; Методические рекомендации по применению «пакетного» принципа подготовки и принятия (издания) проектов нормативных правовых актов; Методические рекомендации по анализу нормативных правовых актов республиканских органов государственного управления; Национального банка Республики Беларусь; Национальной академии наук Беларуси; областных (Минского городского) исполнительных комитетов; Методические рекомендации по подготовке обоснований необходимости принятия законов Республики Беларусь и прогнозированию последствий их принятия.

В повестке дня формирование и использование юридической технологии, которая сочетает два главных требования к правовому акту — его содержательность, обусловленная правильным отражением регулируемых общественных отношений, и строгое и четкое оформление текста с помощью правил юридической техники. Такое проектирование позволяет создавать юридические формулы действий субъектов права, причем не только адекватно и зеркально отражать ситуации, но и воздействовать на поведение людей и тем самым на общественные процессы на формирование новых отношений. Обеспечить правовое опережающее отражение действительности — такова цель юридического проектирования.

С учетом сказанного можно выделить критерии качества закона и иного правового акта, которые необходимо соблюдать. Это понимание правотворчества как сложного и противоречивого процесса познания, это правильный выбор формы правового акта, это порядок разработки и принятия правового акта, т.е. правового решения, это предвидение последствий и обеспечение реализации правового акта. Рассмотрим их подробно.

Познавательные аспекты закона выражаются в правильном отражении общественных потребностей и обоснованном вы-

боре меры правового регулирования общественных отношений. Всегда ли нужен именно закон, не ведет ли рост удельного веса локальных актов к уменьшению объема централизованного регулирования, реализован ли полностью потенциал действующих актов, не следует ли расширять сферу нормативного саморегулирования — эти вопросы имеют практический смысл. Уловить и отразить подобные правовые корреляции очень важно, и тогда можно говорить о существовании правовых циклов, сменяющих друг друга и отражающих — удачно или плохо — реальное отношение общества и государства к правовым вопросам своего рода «юридические приливы и отливы».

В противном случае можно наблюдать немало «плохих» или «слабых» законов. Имеются в виду законы, принимаемые без учета реальных публичных интересов, законы, допускающие произвольные отступления от демократических принципов власти и управления, законы, вносящие мало новых моментов в регулирование общественных процессов, бездействующие законы, законы, искусственно опережающие появление реальных социальных условий, наконец, «скупые», «краткие» законы, оставляющие пробелы и юридические «пустоты».

Во избежание подобных недостатков проектирование призвано, во-первых, увязывать программы законопроектных (нормативных) работ с программами и концепциями социально-экономического развития в качестве их правового обеспечения, во-вторых, определять цель закона, рассчитанного на изменения ситуации в лучшую сторону. Преамбулы должны содержать характеристику именно таких конкретных целей, а не описаний задач правового регулирования. В-третьих, необходимо тщательно разрабатывать концепции законов, содержащие анализ и оценку предполагаемых правовых решений. В-четвертых, нужно полное информационное обеспечение, тщательные обоснования законопроекта и прежде всего финансово-экономические, социологические (учет общественного мнения). В-пятых, требуется усилить прогностический аспект и предвидение последствий действия закона — цепь принимаемых, изменяемых и отменяемых подзаконных актов, возможные социальные действия людей и т.п.

Можно использовать рекомендации «Вводного руководства по проведению анализа» регулирующего воздействия (АРВ) ОЭСР по поводу оценки и контроля соблюдения регулятивных норм указывается, что регулирование может оказать какое-либо воздействие только в той мере, в которой люди будут соблюдать его

требования. Уровень соблюдения норм регулирования зачастую бывает довольно низким.

Вопрос соблюдения норм регулирования необходимо проанализировать с двух точек зрения. Во-первых, если проведенная оценка показывает, что существует значительный риск низкого уровня соблюдения, то следует выяснить, почему это так, можно ли внести какие-то изменения в содержание регулятивных норм, чтобы обеспечить более высокий уровень их соблюдения. Такие изменения могут касаться как сущности регулирования, так и связанных с ним методов коммуникаций или контроля. Во-вторых, если риск низкого уровня соблюдения предлагаемых норм регулирования все еще остается, следует рассмотреть вопрос о том, стоит ли вообще продолжать работу с данным предложением. Может быть, это случай «неэффективности регулирования» — т.е. когда предлагаемыми регулирующими мерами невозможно решить проблемы или же когда цена такого решения оказывается непропорционально высокой с учетом масштаба проблемы?

Одним из вариантов систематизированного подхода к работе с вопросами соблюдения норм регулирования является использование «Таблицы 11 детерминантов соблюдения норм регулирования», которая была принята в 1990-х годах в Нидерландах.

Таблица одиннадцати детерминантов соблюдения норм регулирования

Факторы, оказывающие влияние на добровольное соблюдение норм регулирования

1. Насколько хорошо целевая группа осведомлена о данных нормах регулирования и насколько хорошо она их понимает?
2. Каковы относительные выгоды и издержки соблюдения и несоблюдения данных норм регулирования для целевой группы?
3. Насколько приемлемыми и легитимными кажутся целевой группе данные нормы регулирования?
4. В какой мере целевая группа склонна добровольно соблюдать данные нормы регулирования в целом?
5. Высока ли вероятность того, что факт несоблюдения данных норм целевой группой будет выявлен третьими сторонами, и какова вероятность того, что в результате это повлечет для целевой группы соответствующее наказание (например, с ней откажутся иметь дело)?

Влияние принудительного контроля на соблюдение норм регулирования

6. Высока ли вероятность того, что факт несоблюдения данных норм будет обнаружен без проведения специального официального рас-

- следования (к примеру, в результате акта гражданской активности, связанной с разоблачением противоправных действий)?
7. Высока ли вероятность того, что деятельность целевой группы будет проверена органами государственного управления?
 8. Высока ли вероятность того, что факт несоблюдения данных норм будет выявлен в ходе какой-либо проверки?
 9. Насколько повысится вероятность выявления факта несоблюдения данных норм, если проверка будет целенаправленной?

Влияние штрафных санкций на уровень соблюдения норм регулирования

10. Высока ли вероятность того, что в случае выявления факта несоблюдения данных норм регулирования на виновную сторону будут наложены соответствующие штрафные санкции?
11. Насколько жесткими могут быть такие санкции?

Как видно из этой таблицы, для того чтобы определить вероятный уровень соблюдения предлагаемых норм регулирования, необходимо рассмотреть три основных вопроса. Первый из них касается степени вероятности добровольного соблюдения данных норм со стороны целевой группы. Добровольное соблюдение обеспечивается в том случае, если, по мнению целевой группы, эти нормы являются разумными и легитимными, если издержки их соблюдения не слишком высоки, или если их несоблюдение повлечет для целевой группы проблемы во взаимоотношениях с остальными группами общества. Вероятность добровольного соблюдения будет выше, если целевая группа относится к категории «законопослушных».

Второй вопрос заключается в том, чтобы проанализировать, насколько действенными будут меры принудительного контроля с точки зрения повышения уровня соблюдения данных норм. Для этого нужно определить, достаточно ли ресурсов можно выделить для целей мониторинга и проверок, чтобы обеспечить эффективное выявление фактов несоблюдения.

Установить, насколько возможно будет применять санкции по отношению к тем, кто не соблюдает данные нормы, и достаточно ли будет этих санкций для того, чтобы свое поведение изменили и те, на кого они наложены, и другие нарушители.

Если в результате проведенного анализа выяснится, что вероятный уровень добровольного соблюдения норм регулирования, скорее всего, будет низким, очень важно обеспечить возможность выявления фактов несоблюдения и с помощью соответствующих мер контроля удержать нарушителей от ненадлежащего поведения. Если нет уверенности в том, что это можно обеспечить, то

вероятным результатом может оказаться неэффективность регулирования. Это означает, что предлагаемые меры регулирования необходимо пересмотреть. Может быть, существует какой-то другой, более эффективный способ решения проблемы? Если нет, следует ли вообще в этой ситуации принимать какие-то политические меры?

Попытки построить модель подготовки законопроектов и оценки их социально-экономических последствий были предприняты в феврале 2000 г. в Высшей школе экономики. Автор участвовал в обсуждении материалов, в которых основной акцент был сделан на организации экспертизы законопроектов и анализе возможного влияния его элементов на развитие финансовых систем, позднее в 2009 г. автор с коллегами Института правовых исследований ГУ–ВШЭ продолжил эти разработки, «увенчав» их прогнозными показателями будущего действия закона в экономической сфере. Но и такие действия требуют интенсивного продолжения.

Между тем и на «старте» правового развития возникают серьезные проблемы, затрудняющие процесс действия закона. Проекты законов нередко готовятся и вносятся поспешно без глубоких обоснований. Базовые системообразующие законы долго не принимаются, и к таковым относятся проекты федеральных законов о нормативных правовых актах, о федеральных органах исполнительной власти, об административной юстиции и др. Огорчает недооценка социальной стороны законотворчества, когда мало проводится общественных обсуждений, когда гражданам слабо разъясняется смысл новых законов. А это снижает эффект их восприятия и реализации.

Реализация законов — не одномоментный процесс, когда дело сводится к выделению денежных средств. Это комплексный механизм, включающий своевременное информирование и знание закона, изменения в компетенции, структуре и связях органов и процедурах их деятельности, в ресурсном обеспечении, в том числе кадровое и информационное. К этому надо добавить и необходимость повышения правовой квалификации служащих и иных работников, вступающих в должность. Пока это требование почти не соблюдается.

В процессе реализации законов многое зависит от деятельности бизнес-структур, которые не должны нарушать законность. Пока же не усвоено правило: выгодно поступать по закону и не выгодно вопреки закону. Пока же обходные пути, коррупция, противопоставление ситуационной целесообразности и законности резко снижают потенциал законов в сфере собственности,

труда, экологии и др. Следует поддерживать легальные формы участия бизнеса в правотворчестве и правоприменении. И тут многое зависит от эффективной работы юридических служб — и в министерствах, и в региональных и муниципальных органах, и в организациях и предприятиях. Пока же их действия расплывлены и не всегда эффективны.

Отрадно, что в механизме правоприменения все более заметное место занимает правовой мониторинг. Созданы соответствующие центры в Совете Федерации и в некоторых регионах. Предстоит наладить сбор и анализ информации по определенным показателям и с ее помощью постоянно отслеживать реальное движение правовых норм в разных ситуациях и для решения многообразных задач. Публичность этой работы должна быть обеспечена, и тогда общество, граждане будут знать, как реально исполняются законы, кто виновен в их нарушении, какие коррективы необходимо внести.

Неизбежным «спутником» правотворчества и правоприменения являются юридические ошибки — содержательные и технико-юридические¹. Содержательные ошибки возникают вследствие объективных и субъективных трудностей и противоречий процессов правотворчества и правоприменения как познавательного процесса. Отрицательным образом сказывается недостаточная обоснованность проектов законов и иных актов, слабость системных действий по их реализации. К числу таких ошибок можно отнести: а) неверное установление предмета правового регулирования; б) произвольное определение способов (методов) регулирования; в) неверное закрепление характера и объема полномочий субъектов права; г) несбалансированность норм публичных институтов и правового поведения; д) ошибки в расчетах и обоснованиях; е) сохранение возможных юридических пробелов; ж) недооценка возможных юридических коллизий; з) допущение коррупционных проявлений и иных нарушений законности; и) поспешные или запоздалые изменения текста актов; к) нарушения баланса законов и подзаконных актов; л) ложные «юридические образы» субъектов права.

Особое значение имеет соблюдение требований к подготовке концепции закона, о чем говорилось выше. Тогда обеспечивается правильный выбор правовых целей и способов их достижения и переход к новому «правовому состоянию». Иначе неизбежны поверхностность и правовая инфляция.

¹ См. подробно: Баранов В.М., Пшеничников М.А. Правотворческие ошибки как фактор дисгармонии правового развития // Юридическая техника. 2008. № 2.

Технико-юридические ошибки связаны с неверными способами составления текстов правовых актов. В результате нарушается требование использования системы технико-юридических приемов и затрудняется понимание, толкование и применение актов, наконец, корректное юридическое общение между гражданами, органами и организациями, наконец государствами. К таким ошибкам относятся:

- а) неверный выбор формы правового акта и соответственно юридического способа решения вопросов;
- б) нарушение системных связей между материальными и процессуальными нормами, разными частями правового акта;
- в) произвольное использование юридических понятий и терминов;
- г) описательность изложения правового материала и неумелое формулирование юридических норм;
- д) неправильное оформление проекта закона или иного правового акта;
- е) стирание граней между правовым актом и документом (справкой);
- ж) неверные способы ссылок и отсылок в тексте акта;
- з) нарушение требований юридического языка;
- и) неверное использование примечаний, приложений;
- к) дублирование международно-правовых норм.

Приведенные типологии юридических ошибок следует учитывать при подготовке, принятии и реализации правовых актов, поскольку гарантируют от возможных нарушений законности.

Особого внимания заслуживают базовые юридические формулы, определяющие тип правомерного поведения и действий субъектов, к которым они обращены. Продолжая сюжет о границы самостоятельности и усмотрения субъектов права, выделим следующую формулу принятия решения: «самостоятельно», «по согласованию», «совместно», «предварительно», «по поручению». Отсюда потребность адекватного содержания формул «имеет право», «вправе», «может», «обязан», «должен», «выполняет (осуществляет)», «имеет полномочия» и их закрепления в федеральном законе о нормативных правовых актах и в общих правилах юридической техники.

Естественно, в разных отраслях права и в различных актах комбинации этих формул неодинаковы. Но их согласования закрепить ту корреляцию, когда субъекты права будут связаны «одной цепью» — функционально-нормативной.

§ 2. Экспертиза

Сложности проектирования законов и иных нормативных правовых актов порождает потребность в специальной предварительной оценке их качества. Этим целям отвечает институт экспертизы, которая может быть как государственной, так и независимой и смешанной. Разные процедуры проведения экспертизы и статусы ее субъектов и участников должны соответствовать основным принципам экспертной деятельности:

- а) компетентность экспертов;
- б) объективность и полнота анализа проекта правового акта, его содержания и возможных последствий;
- в) обоснованность заключений экспертов;
- г) гарантии использования экспертных заключений;
- д) юридическое закрепление оснований и порядка проведения экспертизы.

Многогранность правовых воздействий и решений предопределяет комплексный характер экспертизы. Речь идет о юридической, антикоррупционной, финансовой, экономической, социальной, экологической, технической экспертизе. Ее видам посвящены соответствующие правовые акты, которые ввиду отсутствия специального закона мы считаем возможным подробно прокомментировать. И начнем с Модельного закона «О государственной экспертизе», принятого 7 декабря 2002 г. Межпарламентской Ассамблеей СНГ. В ней есть понятия, задачи, принципы, предмет, субъекты, порядок проведения государственной экспертизы.

Юридическая экспертиза проектов нами уже освещалась выше. Поэтому приведем приказ Министерства юстиции РФ от 26 февраля 2002 г. «Об утверждении Рекомендаций по проведению юридической экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации».

Вот рекомендации по правовой оценке актов. Юридическая экспертиза заключается в правовой оценке формы акта, его содержания, порядка принятия, обнародования (опубликования), а также соответствия акта требованиям юридической техники (в том числе оценка наличия необходимых реквизитов).

При оценке формы акта следует иметь в виду, что в некоторых случаях федеральным законодательством конкретно устанавливается, в какой форме должен быть принят акт по определенному вопросу. Так, законами субъектов Российской Федерации регулируются наиболее важные вопросы экономической, соци-

альной, политической жизни субъектов Российской Федерации. Неисчерпывающий перечень таких вопросов установлен ч. 2 ст. 5 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»¹.

Постановления законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации принимаются по вопросам, относящимся к его компетенции. Перечень таких вопросов установлен ч. 3 ст. 5 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». Указание на необходимость регулирования тех или иных отношений законами субъектов Российской Федерации содержится также в других федеральных законах.

Таким образом, эксперту рекомендуется изучить, соответствует ли форма нормативного правового акта требованиям, предъявляемым федеральным законодательством.

Оценка соответствия содержания акта федеральному законодательству включает в себя рассмотрение:

- а) целей и задач нормативного акта;
- б) предмета правового регулирования, т.е. тех общественных отношений (определенного круга, сферы общественных отношений), которые регулируются соответствующим актом;
- в) состояния правового регулирования в соответствующей сфере общественных отношений;
- г) компетенции органа, принявшего акт;
- д) конкретных правовых норм, содержащихся в акте субъекта Российской Федерации.

Цели, задачи и предмет правового регулирования акта рекомендуется проанализировать на предмет их соответствия основам конституционного строя Российской Федерации, соблюдения основных прав и свобод человека и гражданина, а также рассмотреть с точки зрения соответствия разграничению предметов ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, установленному Конституцией Российской Федерации (ст. 71–73, 76) и федеральными законами.

До принятия федеральных законов по вопросам, отнесенным к предметам совместного ведения, субъекты Российской Фе-

¹ СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005; 2000. № 31. Ст. 3205; 2001. № 7. Ст. 608.

дерации вправе осуществлять по таким вопросам собственное правовое регулирование. После принятия соответствующего федерального закона законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации приводятся в соответствие с принятым федеральным законом (п. 2 ст. 12 Федерального закона «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации»¹).

При изучении состояния правового регулирования в соответствующей сфере рекомендуется выявить место рассматриваемого акта среди других правовых актов, действующих в указанной сфере, и их соотношение. Прежде всего рекомендуется установить, во исполнение или в соответствии с каким федеральным законом (иным федеральным актом) принят акт, соответствуют ли правовые основания, обусловившие его принятие, основаниям, указанным в Конституции Российской Федерации и федеральном законодательстве. В целях изучения состояния правового регулирования рекомендуется проанализировать не только федеральные законы и подзаконные акты, но и решения Конституционного Суда Российской Федерации, затрагивающие соответствующие правоотношения, а также иных органов судебной власти Российской Федерации.

При применении положений нормативных актов, имеющих комплексный характер (в частности, кодексов), следует иметь в виду, что существуют также законы, определяющие порядок их введения в действие и устанавливающие особенности применения некоторых положений данных правовых актов.

Особого внимания требует оценка компетенции органа государственной власти субъекта Российской Федерации на принятие акта. Основные полномочия органов государственной власти субъектов Российской Федерации установлены Федеральным законом от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (ст. 5, 18, 21). Кроме того, целый ряд федеральных законов также содержит соответствующие положения. Например, ст. 27 Бюджетного кодекса Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ² устанавливает, что законодательные (пред-

¹ СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3176.

² СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823; 2000. № 32. Ст. 3339.

ставительные) органы субъектов Российской Федерации могут производить дальнейшую детализацию объектов бюджетной классификации Российской Федерации в части целевых статей и видов расходов, не нарушая общих принципов построения и единства бюджетной классификации Российской Федерации.

Анализ конкретных правовых норм является наиболее сложным этапом проведения юридической экспертизы и часто выходит за рамки сопоставления положений правового акта субъекта Российской Федерации и норм федерального законодательства. В ряде случаев эксперту рекомендуется оценивать не только буквальное соответствие (несоответствие) нормы федеральному законодательству, но и те правовые последствия, которые будет иметь ее применение.

Федеральным законом «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» установлен порядок принятия законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта Российской Федерации нормативных правовых актов (ст. 7). В тех случаях, когда существует вероятность его нарушения, рекомендуется также проверить указанный порядок.

В ряде случаев федеральным и (или) региональным законодательством установлен особый порядок принятия нормативных правовых актов, который также подлежит оценке в ходе проведения юридической экспертизы. В основном это касается актов, устанавливающих порядок использования объектов окружающей природной среды, утверждающих различные нормативы.

В ходе юридической экспертизы рекомендуется оценить также соблюдение правил юридической техники при подготовке нормативного правового акта, т.е. наличие набора реквизитов, построение, правильность использования юридической терминологии.

Соответствующие правила формально не установлены на федеральном уровне, однако по сложившейся практике правовой акт, как правило, имеет следующие элементы:

форма правового акта;

наименование органа, принявшего акт в целях определения компетенции данного органа;

название правового акта, в котором должен быть в краткой форме отражен предмет правового регулирования и которое должно соответствовать содержанию правового акта; дата и место принятия и (или) подписания правового акта;

номер правового акта;
полное наименование должности лица, подписавшего правовой акт;
источник официального опубликования;
дата (срок) вступления в силу.

При оценке юридических терминов рекомендуется проанализировать следующее:

употребляется ли один и тот же термин в данном правовом акте в одном и том же значении;

имеют ли термины общепризнанное значение;

обеспечено ли единство понятий и терминологии с понятиями и терминологией, используемыми в федеральном законодательстве.

В законодательстве дана характеристика типичных нарушений законодательства при издании правовых актов.

Наиболее общими формами несоответствия нормативного правового акта субъекта Российской Федерации Конституции Российской Федерации федеральному законодательству являются:

принятие органами государственной власти субъектов Российской Федерации актов и норм по предметам ведения Российской Федерации в случае, если это не предусмотрено федеральным законодательством;

принятие органами государственной власти субъектов Российской Федерации актов и норм, нарушающих принцип разделения властей;

компиляция норм Конституции Российской Федерации и федерального законодательства, регулирующих вопросы, относящиеся к предметам ведения Российской Федерации и предметам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов;

включение в правовой акт норм и положений, противоречащих нормам Конституции Российской Федерации и другими актами федерального законодательства, либо искажающих их смысл.

Правовой акт субъекта Российской Федерации может противоречить Конституции Российской Федерации и (или) федеральному законодательству в целом либо в определенной части.

В целом акт противоречит Конституции Российской Федерации или федеральному законодательству, если:

его принятие противоречит основам конституционного строя, правам и свободам человека и гражданина;

предмет его регулирования относится к предмету ведения Российской Федерации и в федеральном законодательстве не

предусмотрено право субъектов Российской Федерации осуществлять собственное правовое регулирование;

все нормы рассматриваемого акта противоречат Конституции Российской Федерации и федеральному законодательству.

Правовой акт противоречит Конституции Российской Федерации и (или) федеральному законодательству в определенной части, если нарушения содержатся в отдельных положениях акта субъекта.

Признаки несоответствия правового акта федеральному закону:

отсутствие правовых оснований, которые в соответствии с Конституцией Российской Федерации и федеральными законами необходимы для издания правового акта;

принятие правового акта во исполнение отмененного федерального закона;

неправильный выбор федерального закона, примененного при принятии правового акта;

принятие правового акта органом, в компетенцию которого это не входит, либо издание с превышением полномочий, предоставленных данному органу;

нарушение порядка принятия правового акта;

иные признаки.

Особое внимание в настоящее время уделяется проведению антикоррупционной экспертизы проектов и действующих правовых актов. Этому служат Федеральный закон «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов», постановление Правительства РФ от 5 марта 2009 г. о Правилах и Методике проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции. Комментировкам этих правил посвящены специальные пособия и методические рекомендации, с которыми полезно ознакомиться для их умелого применения¹.

Коррупционными факторами признаются положения проектов документов, которые могут способствовать проявлениям коррупции при применении документов, в том числе могут стать непосредственной основой коррупционной практики либо создавать условия легитимности коррупционных деяний, а также допускать или провоцировать их. Коррупциогенными нормами

¹ См., например: Правовые акты: антикоррупционный анализ. М.: Юриспруденция, 2009.

признаются положения проектов документов, содержащие коррупционные факторы.

Установлено, что эффективность проведения экспертизы на коррупционность определяется ее системностью, достоверностью и проверяемостью результатов. Для обеспечения системности, достоверности и проверяемости результатов экспертизы на коррупционность необходимо проводить экспертизу каждой нормы проекта документа на коррупционность и излагать ее результаты единообразно с учетом состава и последовательности коррупционных факторов.

По результатам экспертизы на коррупционность составляется экспертное заключение, в котором отражаются все выявленные положения проекта документа, способствующие созданию условий для проявления коррупции, с указанием структурных единиц проекта документа (разделы, главы, статьи, части, пункты, подпункты, абзацы) и соответствующих коррупционных факторов. В экспертном заключении могут быть отражены возможные негативные последствия сохранения в проекте документа выявленных коррупционных факторов.

Коррупционными факторами являются:

а) факторы, связанные с реализацией полномочий органа государственной власти или органа местного самоуправления;

б) факторы, связанные с наличием правовых пробелов;

в) факторы системного характера.

8. Факторы, связанные с реализацией полномочий органа государственной власти или органа местного самоуправления, выражаются:

а) в широте дискреционных полномочий — отсутствии или неопределенности сроков, условий или оснований принятия решения, наличии дублирующих полномочий органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц);

б) определении компетенции по формуле «вправе» — диспозитивном установлении возможности совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) действий в отношении граждан и организаций;

в) наличии завышенных требований к лицу, предъявляемых для реализации принадлежащего ему права, — установлении неопределенных, трудновыполнимых и обременительных требований к гражданам и организациям;

г) злоупотреблении правом заявителя органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) — отсутствии четкой регламентации прав граждан и организаций;

д) выборочном изменении объема прав — возможности необоснованного установления исключений из общего порядка для граждан и организаций по усмотрению органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц);

е) чрезмерной свободе подзаконного нормотворчества — наличии бланкетных и отсылочных норм, приводящем к принятию подзаконных актов, вторгающихся в компетенцию органа государственной власти или органа местного самоуправления, принявшего первоначальный нормативный правовой акт;

ж) принятии нормативного правового акта сверхкомпетенции — нарушении компетенции органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц) при принятии нормативных правовых актов;

з) заполнении законодательных пробелов при помощи подзаконных актов в отсутствие законодательной делегации соответствующих полномочий — установлении общеобязательных правил поведения в подзаконном акте в условиях отсутствия закона;

и) юридико-лингвистической неопределенности — употреблении неустоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера.

Факторы, связанные с правовыми пробелами, свидетельствуют об отсутствии правового регулирования некоторых вопросов в проекте документа и выражаются:

а) в существовании собственно пробела в правовом регулировании — отсутствии в проекте документа нормы, регулирующей определенные правоотношения, виды деятельности и т.д.;

б) отсутствию административных процедур — отсутствию порядка совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) определенных действий либо одного из элементов такого порядка;

в) отказе от конкурсных (аукционных) процедур — закреплении административного порядка предоставления права (блага);

г) отсутствию запретов и ограничений для органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц) — отсутствию превентивных антикоррупционных

норм, определяющих статус государственных (муниципальных) служащих в коррупциогенных отраслях;

д) отсутствии мер ответственности органов государственной власти или органов местного самоуправления их должностных лиц) — отсутствии норм о юридической ответственности служащих, а также норм об обжаловании их действий (бездействия) и решений;

е) отсутствии указания на формы, виды контроля за органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) — отсутствии норм, обеспечивающих возможность осуществления контроля, в том числе общественного, за действиями органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц, государственных и муниципальных служащих);

ж) нарушении режима прозрачности информации — отсутствии норм, предусматривающих раскрытие информации о деятельности органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц), и порядка получения информации по запросам граждан и организаций.

Факторами системного характера являются факторы, обнаружить которые можно при комплексном анализе проекта документа, — нормативные коллизии. Нормативные коллизии — противоречия, в том числе внутренние, между нормами, создающие для органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц) возможность произвольного выбора норм, подлежащих применению в конкретном случае.

Приведенные правила должны быть хорошо изучены и их надлежит строго применять.

Существуют и иные разновидности экспертизы правовых актов. Назовем, например, Закон Республики Бурятия «Об экологической экспертизе в Республике Бурятия» (аргумент — сохранность озера Байкал). Действует Положение об экспертизе проектов правовых актов в Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Правительство Республики Казахстан утвердило 30 мая 2002 г. «Правила проведения научной экспертизы». Такое разнообразие, конечно, похвальное явление, и тем не менее есть потребность в установлении законом статуса экспертизы с общепризнанными принципами, критериями и процедурами. Да и экспертов надо учить методологии и методам экспертной деятельности.

§ 3. Юридические формулы

Стремительное и масштабное развитие правовой сферы общества приводит к резкому увеличению объема нормативно-правового массива. С законами и иными правовыми актами повседневно соприкасаются граждане и их объединения, государственные органы и хозяйствующие субъекты. Однако качество актов остается невысоким, и в немалой степени из-за явной недооценки юридической техники. В результате в процессе правотворчества и правоприменения возникает много юридических коллизий. К сожалению, государственные служащие, депутаты, специалисты и эксперты по-прежнему не владеют приемами юридической техники, и их этому почти не обучают.

И юридическая наука не слишком преуспела. Между тем в конце XIX—начале XX в. ученые-юристы уделяли серьезное внимание законодательной технике как одному из классических элементов права. Вспомним книгу Р. Иеринга «Юридическая техника», изданную в Санкт-Петербурге в 1905 г. и являющуюся частью более крупного труда о римском праве 1883 г. По его мнению, «то, что должно каждого профана убедить в его невежестве... составляет юридический метод... он именно и создает юриста». В субъективном смысле «техника» означает юридическое искусство отделки правового материала, в объективном — механизм права.

В литературе по теории права законодательная техника традиционно рассматривается в контексте правотворчества, в качестве одного из его элементов. Одни ученые-юристы трактуют ее как систему правил и приемов подготовки наиболее совершенных по форме и структуре проектов нормативных актов, обеспечивающих полное и точное соответствие формы нормативных предписаний их содержанию, доступность, простоту и обзорность нормативного материала, исчерпывающий охват регулируемых вопросов¹. Другие — как совокупность правил, средств и приемов разработки, оформления и систематизации нормативных актов в контексте источников права и правотворчества, объектом ее является текст нормативного документа, в отношении которого законодатель затрачивает интеллектуальные усилия². Иногда различаются средства изложения содержания правовых юридических предписаний, приемы формулирования норм или положений

¹ Общая теория права. М.: Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1995. С. 216–218.

² Теория государства и права. М., 1997. С. 312–314.

правовых актов, средства и приемы построения правовых актов¹. Законодательная техника признается важным фактором оптимизации и эффективности законодательства².

Дело не во внешних «оболочках» предложений, а в поиске и установлении юридических формул правомерных решений и действий. Следует обратить при этом внимание на специфику юридико-технологических приемов в разных отраслях законодательства. Их различие обусловлено неодинаковым объектом и методами правового регулирования. К примеру, в конституционном законодательстве больше применяется норм-дефиниций, норм-целей и норм-принципов, а сами нормы нередко состоят лишь из диспозиций. В гражданском и уголовном законодательстве традиционной является строгая и детальная структуризация институтов и норм.

С сожалением приходится отмечать необоснованное разнообразие способов юридической техники, используемых законодательными и исполнительными органами на федеральном и региональном уровнях. Есть, к примеру, Методические указания по юридико-техническому оформлению законопроектов, подготовленные в 2003 г. ГГПУ Президента РФ, Правовыми управлениями Аппарата Государственной Думы и Аппарата Совета Федерации, Правовым управлением Правительства РФ, Министерством юстиции РФ. Для подготовки собственных актов названные структуры используют свои правила или справочники. Так поступают и в регионах. Например, составлен «Словник юридических терминов» из Устава и законов Ямало-Ненецкого автономного округа. В организациях и учреждениях встречаются свои правила не только для подготовки локальных актов, но и иных правовых актов. Думается, нужно разработать по линии Министерства юстиции РФ общие правила юридической техники, обязательные для всеобщего использования. Подтверждением правильности этого вывода служит «Справочник по нормотворческой технике», который подготовлен Министерством юстиции ФРГ и переведен на русский язык в 2002 г.

О чем идет речь? В своих научных разработках автор дал определение юридической техники и ее признаков³. Юрические

¹ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 267–289.

² См.: *Поленина С.В.* Качество закона и эффективность законодательства // Советское государство и право. 1987. № 7. См. главу XV «Законодательная техника» (Общая теория государства и права: Академический курс. Т. 2: Теория права. М., 2007. С. 507–530).

³ Законодательная техника. М., 2000.

ская техника есть система правил познавательно-логического и нормативно-структурного формирования правового материала с целью подготовки текста правового акта. Эти правила можно разделить на шесть взаимосвязанных групп: познавательно-юридические, нормативно-структурные, логические, языковые, документально-технические, процедурные. Каждая группа в свою очередь состоит из совокупности конкретных правил, предусматривающих определенные действия и использование приемов.

Следуя нашей концепции, Т.В. Кашанина выделяет содержательные правила, правила логики, структурные правила, языковые правила, формальные (реквизитные) требования, процедурные правила. Весьма оправданно рассмотрение того, как применяются эти правила на всех этапах жизни акта — правотворчества, опубликования, систематизации, интерпретации, реализации¹.

Познавательный элемент означает определение предмета законодательного регулирования, выбор и анализ процессов, явлений и отношений, которые могут быть объектом законодательного воздействия. Для законодательно регулируемых отношений характерны высокая социальная значимость их для общества, государства и гражданина, стабильность, первично-нормативное регулирование, предопределенность Конституцией, правомочность субъекта законодательной деятельности.

С этим связан и правильный выбор формы правового акта с учетом его места в правовой системе и классификационных признаков как официальных, так и доктринальных².

Познавательный аспект подготовки закона связан с его концепцией. Это аналитическая нормативная модель с вариантами правового поведения, с примерной структурой акта, его связями с другими актами, возможными последствиями и оценкой эффективности действия. Замена концепций объяснительными записками и т.п. внешне упрощает процесс законотворчества, но реально его обесценивает.

Шаг вперед — комплекс работ в этом направлении³. Интеллектуальный концентрат будущего закона должен быть выражен в его концепции. Важнейшей задачей является разработка научных концепций. Имеется в виду не только анализ и оценка концепций

¹ См.: Кашанина Т.В. Юридическая техника: Учебник. М.: ЭКСМО, 2007.

² См.: Тихомиров Ю.А., Котелевская И.В. Правовые акты. М.: Юринформцентр, 1999.

³ См. подробно: Техника правотворчества. Природа. Основные правила. Значение. Ретроспективный библиографический указатель. М.: Юнити. Закон и право, 2010.

отдельных федеральных законов, чем занято и Министерство юстиции Российской Федерации, но и иных концепций. Это прежде всего научные концепции развития законодательства в целом и его отраслей, четыре издания которых уже опубликованы. Это могут быть концепции правового обеспечения ускоренного развития отдельных экономических и иных комплексов, правового обеспечения государственных реформ, разделов социально-экономических программ Правительства Российской Федерации, правового регулирования государственных и иных институтов в рамках национальных проектов. Главное при этом — оценить возможные правовые варианты достижения цели для изменения ситуации в той или иной сфере социально-экономического развития. Слабые концепции не дают такой возможности.

Очень нужна классификация, содержащая единообразный перечень юридических терминов, правил и приемов составления текста закона и иного правового акта. Применительно к законопроекту можно привести некоторый набор правил.

Довольно часто понятия и термины получают признание в данном законе. Нужно ли это? Традиционно в рамках системы континентального права, к которой принадлежит преимущественно российское право, каждый закон не сопровождается набором собственных понятий. Они заложены в конституциях, кодифицированных актах и в научных доктринах. У нас же, напротив, наблюдается явное увлечение дефинициями. Более правильно, во-первых, вводить нормативные понятия только в базовых законах (кодексах); во-вторых, добиваться строгой внутренней связи между нормами-дефинициями и главами, статьями закона; в-третьих, обеспечивать последовательное и правильное применение основных норм-дефиниций в других законах и иных актах.

Текст законопроекта должен излагаться общепринятым юридическим языком с использованием устоявшейся и унифицированной системы терминов. Юридический термин — это используемые в законодательстве слово или словосочетание, которые являются обобщенным наименованием специального понятия, применяемого в различных областях государственной жизни, экономике, науке и т.п. и имеющего точный и определенный смысл, функциональную устойчивость и однозначность. Основными терминологическими эталонами при разработке законопроектов являются термины, используемые в Конституции Российской Федерации, федеральных конституционных законах, а также в кодексах и иных кодификационных актах.

В процессе подготовки законопроектов необходимо использовать толковые словари русского литературного языка, терминологические словари действующего законодательства, базы данных автоматизированных информационно-поисковых систем по законодательству, юридические и другие энциклопедии и словари, а также юридическую литературу. При использовании терминов следует исходить из общепринятых определений, содержащихся в энциклопедиях и словарях, если в законодательстве не определено более точное, специальное его значение. В случае разночтений следует пользоваться рекомендациями юридической литературы.

В процессе подготовки законопроектов надо стремиться к простоте и доступности употребляемых в законе терминов, использовать общеизвестные словосочетания, не нанося ущерба полноте и точности выражения смысла нормы права.

Правовая норма формулируется на основе конкретной системы понятий, отражающих ту область отношений, которая подлежит законодательному регулированию. Используются три группы понятий:

- а) общеупотребимые понятия, отражающие определенные экономические, социальные и иные явления и отношения;
- б) правовые понятия, отражающие нормативные потребности правового регулирования;
- в) специальные понятия, относящиеся к предмету законопроекта.

В целях точного и недвусмысленного отражения в юридических терминах обозначаемых правовых понятий следует использовать общепринятые и понятные словосочетания и стандартные языковые обороты, традиционно употребляемые в письменной речи и имеющие строго определенное истолкование. Иное их понимание должно быть специально оговорено в самом законопроекте.

Не следует придавать одному термину несколько значений, а также не допускать необоснованной замены терминов, если определенный термин признан устоявшимся и вполне приемлем. Нельзя использовать: многозначные слова, получающие различные значения в разных ситуациях употребления; двусмысленные и нечетко сформулированные термины, допускающие разное истолкование; модные жаргонные слова, не прошедшие общественную апробацию термины и иные языковые нововведения, а также образные языковые средства (эпитеты, метафоры, образные сравнения, гиперболы и т.д.), способные иметь множество

смысловых оттенков. Вредны канцеляризмы, слова и обороты бюрократического стиля.

Не следует перегружать законопроекты употреблением специальных терминов. Термины, обозначающие узкоспециальные понятия, используемые в области техники и производства (техницизмы), разного рода профессионализмы целесообразно применять в специальных сферах законодательного регулирования, где они оправданы и допустимы.

В законодательном тексте не допускается использование слов или выражений, совпадающих или близких по значению, но различающихся по оттенкам значения, по стилистической или экспрессивной окраске (синонимов). В ограниченных пределах, специально оговоренных законодателем, допускаются нейтральные синонимы (Российская Федерация и Россия).

Следует избегать использования терминов с разным значением, но одинаковым написанием (омонимов).

Требование единства использования терминологии относится как к тому или иному конкретному закону, так и ко всем актам, развивающим и конкретизирующим его положения.

Нужно учитывать, что в различных отраслях законодательства одни и те же термины могут обозначать не совпадающие понятия, если правовые нормы, в которых они используются, не перекрещиваются в процессе применения, регулируют различные сферы отношений и не создают помех для юридической практики. Если значение юридического термина, используемого в разных отраслях законодательства, не совпадает по смыслу, то каждой отрасли законодательства следует давать его самостоятельное определение.

Иностранные термины необходимо использовать с учетом международно-правовых доктрин, в соответствии с международно-правовыми стандартами. В случае отсутствия таковых использование иноязычных терминов допускается, если они общеупотребимы, понятны и отсутствует соответствующий эквивалент в русском языке. Международно-правовые иноязычные термины, предусматриваемые в международном договоре Российской Федерации, могут использоваться в законопроектах, если решение о согласии Российской Федерации на обязательность для нее такого договора выражено в форме федерального закона. Термин, которому в международном договоре Российской Федерации придается специальное значение, используется в законопроекте в том же значении. Обращение в этом случае к семантико-правовому эквиваленту, следствием которого могут

быть не соответствующие международному договору понимание и применение такого термина, не допускается.

В целях единообразного и правильного применения законодательства в текст законопроекта вводятся правовые определения используемых основных терминов для обеспечения смысловой полноты содержания правовых норм и исключения двусмысленности в их толковании.

В законодательном тексте определения юридических терминов должны быть краткими, обозначать существенные, качественные признаки предметов, явлений, имеющие прямое отношение к их юридической характеристике.

Юридическому понятию должно даваться в законе единственное определение, включающее признаки, существенные для применения правовой нормы. Наличие в соответствующей области законодательства нескольких, не совпадающих по содержанию определений, недопустимо. Нормативная дефиниция необходима также для понятий, которые должны пониматься с учетом целей закона в более узком и существенно ином значении по сравнению с общеизвестным, а также если термин широко не используется в литературном языке.

Законодательные определения (дефиниции) могут быть сформулированы:

- а) в виде самостоятельной статьи, помещаемой в начале закона (основные понятия, используемые в настоящем законе);
- б) посредством развернутой характеристики термина при первом его упоминании в законе;
- в) в скобках, после первого употребления термина;
- г) с помощью тире или выражения «то есть».

Нельзя помещать определения терминов в преамбуле закона, а также в примечаниях к статьям, в том числе и подстрочных. Термины, используемые в законе, должны определяться в тексте самого закона. Недопустимо помещение определений терминов в иных актах, развивающих и конкретизирующих положения закона.

Элементом законодательной техники является нормативная структуризация текста закона. Имеется в виду четкая последовательность операций. К ним следует отнести действия по разработке композиции акта, установлению его составных частей, формулированию названий (заголовков) правовых предписаний (норм), использованию отсылок и других форм «юридических связок», определению способов и порядка вступления акта в силу, отмены и изменения других правовых актов.

Весьма важен вопрос об отсылках в законодательстве. С их помощью обеспечиваются системные связи между нормами и актами. На практике, к сожалению, допускается немало ошибок в определении видов отсылок. Сделаем по этому поводу следующие пояснения.

Допустимы отсылки к нормам своего закона, когда нужно обеспечить связь между его общими и конкретными, специальными положениями. Отсылки к правовым актам более высокой юридической силы оправданы тогда, когда надо выявить правообразующий источник данного закона. Возможны отсылки к международным актам, ратифицированным и одобренным Россией и накладывающим на нее обязательства, требующие для их исполнения принятия внутригосударственных актов. Отсылки к актам низшей юридической силы оправданы тогда, когда необходимо удлинить «правовую связь» и определить основания издания нового закона или дать поручение принять подзаконный акт.

По своему объему отсылки могут быть сделаны к конкретному закону в целом либо его части, к закону в широком смысле, к законодательству. Они касаются как действующих, так и предполагаемых правовых актов, причем во всех случаях нужно соблюдать «меру отсылок», не допуская ошибок в выборе их видов, а также избыточности или игнорирования, недооценки.

Особое значение имеют формирование и использование специфического юридического языка — четкого, строгого и структурированного. Это облегчает единообразное «технологическое» построение текста правового акта и его понимание и применение. И отрадно, что есть специальные работы по данному вопросу¹. Думается, на их основе нужно разрабатывать специфические языковые правила для разных видов правовых актов — законов, правительственных, ведомственных и локальных актов, технико-юридических актов, международно-правовых актов. Тогда удастся реально упорядочить «оборот» и восприятие многообразных по содержанию и форме правовых актов.

Подчеркнем главное — подготовка правового акта не является механическим делом. Это сложный познавательный процесс внутри всей правовой системы. Преодолению противоречий может способствовать признание и использование юридических

¹ Язык закона / Под ред. А.С. Пиголкина. М.: Юридическая литература, 1991; *Шенелев А.Н.* Язык права как самостоятельный функциональный стиль: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2002; *Крюкова Е.А.* Язык и стиль законодательных актов: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

корреляций как отражение взаимовлияний и зависимостей. Внешние корреляции характеризуют воздействия социальной среды. Для всей нормативной системы это влияние ценностей, сознания и поведения людей, действий или бездействия публичных и иных институтов, перемен политического курса и социально-экономических изменений. Нормы не выступают как неподвижные единицы, поскольку меняется отношение к ним и соответственно реальный удельный вес в регулировании общественных отношений.

Внутри правовой системы действуют собственные корреляции: а) роль закона ведет к снижению объема подзаконных актов; б) сужение сферы госрегулирования влечет расширение сферы локального нормотворчества; в) правовая децентрализация уменьшает объем централизованного правотворчества; г) соблюдение иерархии правовых актов позволяет правильно использовать их для решения взаимосвязанных задач; д) заключение международных договоров исключает внутреннее правотворчество вопреки их содержанию; е) преувеличенное внимание публичных и иных институтов к подготовке и принятию актов сопровождается недооценкой их реализации (особенно в низовых звеньях); ж) нормы-принципы и нормы-цели имеют приоритет перед другими нормами.

Использование подобных корреляций позволяет вводить своего рода юридические формулы действий в правовой сфере и исключать тем самым множество произвольных действий.

Особое значение имеет соблюдение требований к подготовке концепции закона, установленных известным постановлением Правительства РФ от 2 августа 2001 г., поскольку они обеспечивают правильный выбор правовых целей и способов их достижения и переход к новому «правовому состоянию». Иначе неизбежны поверхностность и правовая инфляция.

Другая группа юридических ошибок охватывает технико-юридические ошибки, связанные с неверными способами составления текстов правовых актов. В результате нарушается требование использования системы технико-юридических приемов и затрудняется понимание, толкование и применение актов, наконец, корректное юридическое общение между гражданами, органами и организациями, наконец, государствами. В круг юридино-технических ошибок включаются:

а) неверный выбор формы правового акта и соответственно юридического способа решения вопросов;

- б) нарушение системных связей между материальными и процессуальными нормами, разными частями правового акта;
- в) произвольное использование юридических понятий и терминов;
- г) описательность и неумелое формулирование юридических норм;
- д) неправильное оформление проекта закона или иного акта;
- е) неверные способы ссылок и отсылок в тексте акта;
- ж) несогласованные наборы юридических требований в разных госорганах;
- з) нарушение требований юридического языка;
- и) неверное использование примечаний, приложений;
- к) нарушение процедуры имплементации международно-правовых норм.

Приведенные типологии юридических ошибок не являются итогом досужего занятия, поскольку служат прочным ориентиром при подготовке проектов законов и иных правовых актов и реализации принятых актов и гарантируют от возможных нарушений законности. Поэтому нужно изучать причины и виды юридических ошибок и рассматривать их как возможное побочное явление правотворчества и правоприменения.

Что целесообразно сделать? По нашему мнению, надо решить комплекс вопросов. Нужно разработать и утвердить постановлением Правительства РФ «Общие правила юридической техники»; ускорить принятие федерального закона «О нормативных правовых актах», в котором должны быть базовые нормативные характеристики правовых актов. Обновить Классификатор правовых актов. Требуется ввести обучение государственных служащих и депутатов основам юридической техники; расширить изучение юридической техники в вузах. Будут полезны справочники и пособия по данной тематике.

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации неоднократно готовил рекомендации по подготовке и оформлению проектов федеральных законов. Приведем их.

1. Как определить предмет и вид закона.

1.1. Подготовка и оформление проекта федерального закона включает в себя ряд последовательно связанных между собой процедур по его созданию, осуществляемому с использованием правил и приемов законодательной техники.

1.2. Федеральные законы должны соответствовать общим критериям законности правовых актов. К таким критериям относятся:

1.2.1. Правомочность субъекта, принимающего акт. Право принимать федеральные законы принадлежит только Государственной Думе как палате представительного и законодательного органа — Федерального Собрания Российской Федерации;

1.2.2. Соответствие содержания акта, объема полномочий субъекта. Имеется в виду объем законодательной компетенции Федерации и ее субъектов согласно ст. 71 и 72 Конституции Российской Федерации, конституций и уставов субъектов Российской Федерации.

Не допускается необоснованное расширение объема законодательной компетенции за счет компетенции федеральных органов исполнительной власти, а также предметов ведения субъектов Российской Федерации;

1.2.3. Правильный выбор формы акта. Рекомендуются тщательно оценивать возможный круг регулируемых отношений и правильно выбрать форму закону (кодекс и др.) или подзаконного акта;

1.2.4. Соблюдение установленной процедуры подготовки, принятия и вступления акт в силу;

1.2.5. Последовательное развитие и конкретизация в акте принципов и положений Конституции Российской Федерации;

1.2.6. Соответствие акта общепризнанным принципам и нормам международного права, ратифицированным (одобренным) международным договорам Российской Федерации. Речь идет о международно-правовых актах, которые содержат нормы, применяемые либо непосредственно, либо путем издания внутренних государственных актов.

1.3. Предметом закона являются подлежащие нормативно-правовому регулированию экономические, политические, социальные и иные отношения.

1.4. Не все отношения подлежат нормативно-правовому регулированию в форме федерального закона. При определении предмета федерального закона необходимо учитывать соотношение законов и подзаконных нормативных правовых актов, закрепленное Конституцией Российской Федерацией, и критерии, характеризующие закон как акт высшей юридической силы. К таким критериям следует отнести:

1.4.1. Значимость и стабильность регулируемых общественных отношений. Закон регулирует наиболее важные, устойчивые общественные отношения;

1.4.2. Первичность нормативного регулирования отношений, составляющих предмет отрасли права или отрасли законодательства;

1.4.3. Соответствие содержания закона предметам ведения Российской Федерации, закрепленным Конституцией Российской Федерации, а также положениям федеральных конституционных законов или федеральных законов, предписывающих регулирование соответствующих общественных отношений в форме федерального закона.

1.5. Приступая к работе над законопроектом, важно всесторонне оценить необходимость издания закона. В этих целях рекомендуется:

1.5.1. Уяснить, имеется ли в действительности проблема, требующая принятия законодательных решений на федеральном уровне, и каков при этом должен быть объем правового регулирования;

1.5.2. Определить, является ли данное правовое регулирование соразмерным преследуемым целям;

1.5.3. Четко уяснить существо предполагаемого правового регулирования и цели, которые имеются в виду достигнуть изданием нового закона;

1.5.4. Определить место будущего закона в общей системе законодательства, в отрасли, подотрасли законодательства и т.п.;

1.5.5. Если требуется принятие именно закона, необходимо определить содержание конкретных его положений: иными словами, какие правила поведения (отношения) следует предписать, разрешить или запретить и какие санкции ввести в случае нарушения закона;

1.5.6. Изучить действующие нормативные правовые акты Российской Федерации по теме проекта либо решающие близкие по содержанию вопросы; ознакомиться с практикой применения действующих нормативных правовых актов;

1.5.7. Проанализировать предложения ученых, результаты опроса общественного мнения и соответствующие статистические данные;

1.5.8. Определить возможные последствия действия будущего закона: экономические, политические, социальные, правовые, экологические, демографические и др.;

1.5.9. Определить затраты материальных, финансовых и других ресурсов, необходимых для реализации положений будущего закона, а также оценить целесообразность таких затрат с точки зрения ожидаемых результатов.

1.6. Федеральные законы могут готовиться в следующих формах:

1.6.1. Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации;

1.6.2. Федеральный конституционный закон;

1.6.3. Кодекс Российской Федерации — федеральный закон, принимаемый по предметам ведения Российской Федерации, а также по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Федерации, обеспечивающий единообразное регулирование и содержащий в систематизированном виде всю или основную массу норм, регулирующих определенную сферу общественных отношений;

1.6.4. Основы законодательства — федеральный закон, содержащий принципы и основные положения законодательного регулирования определенной сферы общественных отношений, подлежащие развитию и конкретизации в нормативных правовых актах Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Основы законодательства принимаются по предметам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов;

1.6.5. Общие принципы регулирования — федеральный закон, принимаемый по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Федерации. Общие принципы содержат нормы-цели, определяют основные начала регламентации соответствующей сферы общественных отношений, подлежащих развитию и конкретизации в нормативных правовых актах Российской Федерации и ее субъектов;

1.6.6. Федеральный закон (тематической направленности);

1.6.7. Федеральный закон о ратификации международного договора Российской Федерации.

1.7. Проект федерального закона может быть разработан в виде:

1.7.1. Проекта нового федерального закона (если требуется новое решение какого-либо самостоятельного вопроса или если по одному и тому же вопросу имеется несколько нормативных правовых актов);

1.7.2. Изменений и дополнений действующих федеральных законов;

1.7.3. Новой редакции (нового текста) действующего федерального закона.

1.8. Текст закона должен способствовать наиболее полному и правильному его пониманию теми лицами, которым адресован закон, и соответствовать выработанным теорией и практикой правотворчества правилам законодательной техники.

1.9. Следует стремиться к тому, чтобы новый федеральный закон не противоречил ранее принятым и действующим законам, если только его принятие не преследует цель изменить или отменить нормы действующего (ранее принятого) закона.

Далее поясняются этапы подготовки законопроектов, их рассмотрения, оформления.

Глава 7

ПРАВОВЫЕ АКТЫ — ГЛАВНЫЙ ЗАРЯД ВОЗДЕЙСТВИЯ

§ 1. Природа и система правовых актов

В системе правового регулирования важнейшее место занимают правовые акты, поскольку именно в них выражен основной интеллектуально-волевой «заряд» воздействия на поведение людей и все виды их деятельности. Акты служат своего рода опорной конструкцией этой системы, выражая официальный характер регулирования в государстве и обществе, публичные цели и механизм их достижения. Казалось бы, это скала и не нужны какие-либо пояснения. И все же без них не обойтись для формирования устойчивого правоотношения, правотворчества и правоприменения — ведь акты служат «эстафетной палочкой» в этом юридическом марафоне.

К сожалению, пока нет единообразного определения правовых актов как на практике, так и в науке. Задержка с принятием Федерального закона «О нормативных правовых актах» пагубно влияет на ситуацию. Приходится компенсировать отсутствие общих понятий отдельными официальными характеристиками.

Государственная Дума Российской Федерации 11 ноября 1996 г. приняла в первом чтении проект федерального закона «О нормативных правовых актах в Российской Федерации».

12 мая 2004 г. законопроект Государственной Думой был рассмотрен, но, к сожалению, отклонен и снят с дальнейшего рассмотрения.

Понятие «нормативный правовой акт» также разъясняется в п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 апреля 1993 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении дел по заявлениям прокуроров о признании правовых актов противоречащими закону» (в ред. от 25 мая 2000 г.): «Под нормативным правовым актом понимается изданный в установленном порядке акт уполномоченного на то органа государственной власти, органа местного самоуправления

или должностного лица, устанавливающий правовые нормы (правила поведения), обязательные для неопределенного круга лиц, рассчитанные на неоднократное применение, действующие независимо от того, возникли или прекратились конкретные правоотношения, предусмотренные актом».

Другое понятие «нормативного правового акта» дается в Постановлении Государственной Думы от 11 ноября 1996 г. № 781-II ГД «Об обращении в Конституционный Суд Российской Федерации»: «Нормативный правовой акт — это письменный официальный документ, принятый (изданный) в определенной форме правотворческим органом в пределах его компетенции и направленный на установление, изменение или отмену правовых норм. В свою очередь, под правовой нормой традиционно понималось общеобязательное государственное предписание постоянного или временного характера, рассчитанное на многократное применение». Министерством юстиции Российской Федерации было рекомендовано федеральным органам исполнительной власти при подготовке нормативных правовых актов использовать указанное постановление.

Напомним, что многообразие явлений жизни общества, государства и гражданина порождает потребность в документировании разных видов деятельности и состояний. Нужны фиксация и общезначимое удостоверение фактов, событий и состояний. Документирование представляет собой запись по установленным формам необходимой для управления и иных видов деятельности информации. Документ как письменная форма, удостоверяющая определенную информацию, является наиболее распространенным ее носителем. Это законы, постановления, инструкции, обращения, письма, свидетельства, договоры, аттестаты, сертификаты, лицензии и т.д. Правовые акты занимают в массиве документов особое место.

Отметим прежде всего их публичное, официальное обозначение в Конституции РФ. Так, в п. 1 ст. 15 Конституции РФ использован термин «правовые акты», в п. 3 ст. 15, п. 6 ст. 76 — «нормативные правовые акты», в п. 6 ст. 125 — «акты». Помимо этого в Конституции РФ многократно упоминаются федеральные конституционные и иные законы, указы и нормативные акты Президента, договоры, постановления и распоряжения.

Понятие акта как правового акта является здесь родовым понятием. Оно включает в себя такую разновидность, как нормативные правовые акты, устанавливающие, изменяющие и отменяющие правовые нормы. Все названные выше акты — за-

коны, указы и др. — являются видами правовых актов, в которых выражено общее и особенное.

Для правового акта как разновидности документа характерны прежде всего такие общие свойства, как документальное фиксирование информации, официально признанное закрепление и выражение ее в документах строго определенных форм. Вместе с тем правовой акт обладает специфическими признаками, выделяющими его среди других документов. К числу таких признаков можно отнести прежде всего круг субъектов, управомоченных готовить и принимать правовые акты. Таковыми являются носители властных функций и полномочий. Правовой акт рассчитан на установление норм и их реализацию, т.е. на возникновение, изменение и прекращение правоотношений.

Важен Указ Президента Российской Федерации о классификаторе правовых актов (в ред. Указов Президента РФ от 5 октября 2002 г. № 1129, от 28 июня 2005 г. № 736). В целях унификации банков данных правовой информации, а также обеспечения автоматизированного обмена правовой информацией между федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами прокуратуры Российской Федерации и органами местного самоуправления одобрен классификатор правовых актов.

Рекомендовано федеральным органам государственной власти, органам государственной власти субъектов Российской Федерации, органам прокуратуры Российской Федерации и органам местного самоуправления использовать классификатор правовых актов при формировании банков данных правовой информации и при автоматизированном обмене правовой информацией.

Правовой акт — это письменный документ, принятый управомоченным субъектом права (государственным органом, местным самоуправлением, институтами прямой демократии), имеющий официальный характер и обязательную силу, выражающий властные веления и направленный на регулирование общественных отношений.

Правовым актам присущи определенные устойчивые признаки. К ним относятся:

а) правовой акт есть письменный документ определенного рода, обладающий особой формой выражения содержащейся в нем информации. Данная форма предполагает: структуризацию текста акта и его построение по правилам юридической техники (главы, статьи, элементы, нормы и т.п.); формулирование правил поведения длительного или разового характера; нормативный

язык; использование специфически юридических понятий и терминов; соблюдение обязательных реквизитов, свойственных каждому акту;

б) официальный характер правового акта заключается в его издании от имени органа, организации либо государства. Управомоченность названных субъектов принимать правовые акты предопределяется конституцией, законом, положением, уставом, т.е. статутным актом. Отсюда следует важное правило об издании каждым субъектом только тех видов правовых актов, которые за ним закреплены. Нередко же на практике государственные органы произвольно избирают форму правового акта и нарушают тем самым законность;

в) издание правовых актов допускается строго в пределах компетенции органа, организации. Министерство, администрация области, городское собрание представителей и иные органы государственной власти и местного самоуправления с помощью правовых актов осуществляют закрепленную за ними компетенцию, действуют в рамках предметов ведения и полномочий. Хозяйствующие субъекты — предприятия, учреждения, организации принимают локальные акты в рамках закона и устава, положений о них.

Поэтому строгое соответствие правового акта характеру и объему компетенции органа государства, местного самоуправления, правосубъектности предприятия и учреждения является важнейшим критерием его законности, содержательности и обоснованности;

г) правовой акт обладает целевой ориентацией. В нем выражены в концентрированной форме социальные интересы. Акт может выражать государственную волю (если акт издан от имени государства), волю социальной общности (населения той или иной территории), властное веление (если акт издан государственным органом), согласие и равнопартнерские отношения. В любом случае интерес и воля получают строго определенную и обязательную форму выражения;

д) правовой акт предназначен для регулирования общественных отношений. Это достигается с помощью разных способов — путем установления правовых норм, возникновения, изменения и прекращения правоотношений, признания, создания и изменения юридического состояния, посредством обеспечения реализации правовых норм, правовой защиты законных интересов;

е) правовой акт обладает общеобязательностью. Это значит, что акт официально признан государством и его институтами.

Его обязаны исполнять физические и юридические лица, которым он адресован, с ним они должны соотносить свои акты и юридические действия. Игнорирование правовых актов, их нарушение, воспрепятствование реализации актов являются нарушениями законности и недопустимы. Они влекут различные способы восстановления баланса актов, их юридической силы и авторитета, с одной стороны, применение мер дисциплинарной, административной, гражданско-правовой, уголовной ответственности к виновным лицам — с другой;

ж) правовой акт есть звено в реальной правовой цепи — правосознание, установки, правовые потребности, правоцелесообразное, правотворчество, правореализация, юридические действия и состояния. Это циклически возобновляемая правовая цепь, и правовой акт служит ее импульсом, выполняя роль и ее цели, и ее средства. Наиболее же отчетливо его предназначение выявляется по завершении процесса правотворчества, когда акт выступает как его конечный продукт. Действие, применение, исполнение правового акта служат его практической реализации и воплощению норм, предписаний, поручений, установлений в реальной действительности.

Здесь особенно уместно отметить три канала влияния правового акта. Во-первых, правовой акт высшей юридической силы воздействует на правовой акт меньшей юридической силы. Так, согласно ст. 15 Конституции РФ законы и иные правовые акты не должны противоречить Конституции РФ, указы и распоряжения Президента РФ не должны противоречить Конституции РФ и федеральным законам (ст. 90). Постановления и распоряжения Правительства издаются на основании и во исполнение Конституции РФ, федеральных законов и нормативных указов Президента РФ (ст. 115).

В конституциях республик в составе Российской Федерации установлена соподчиненность актов правительства, министерств, ведомств конституции и законам республики, актов местного самоуправления их законам. В уставах краев и областей закреплена аналогичная зависимость актов.

Во внутрифедеральных отношениях отмеченная соподчиненность актов определена Конституцией РФ. К сожалению, она нередко нарушается, когда федеральные органы издаются акты по предметам ведения субъектов Федерации, а последние — по кругу полномочий органов Федерации.

Требует разъяснения такое понятие, как юридическая сила правовых актов. Данное понятие в самом концентрированном

виде содержит характеристику видов правовых актов и каждого из них в отдельности, а также их места в правовой системе и соотношения между собой. Юридическая сила правовых актов есть обязательное требование. С помощью понятия «юридическая сила акта» можно установить его соотносимость и соподчиненность с другими актами, выразить те системные связи и зависимости, которые присущи законодательству в целом и его отраслям, правовой системе.

Юридическая сила правового акта выражается:

а) в обязательном соответствии каждого акта принципам и нормам Конституции РФ;

б) в строгом соответствии установленной Конституцией РФ и законом официальной классификации правовых актов;

в) в признании обязательной соподчиненности между видами актов — конституция, закон, указ, постановление, приказ, инструкция и т.д. Именно в такой последовательности «убывает» юридическая сила каждого названного акта и увеличивается «поле обязательности» для него других актов;

г) в установлении иерархической соподчиненности актов государственных органов, занимающих более высокое место и более низкое место в государственной системе. Например, акты глав областных администраций должны соответствовать постановлениям и распоряжениям Правительства РФ, а их собственным правовым решениям должны соответствовать акты глав администраций районов и городов. Аналогичная соподчиненность актов есть в отраслевой системе, между актами федерального министерства и одноименных министерств, иных органов субъектов Федерации (в области образования, экологии и т.д.);

д) в определении оснований и рамок понятия того или иного акта, его основного содержания. Формулы «на основе и во исполнение закона», «в соответствии с указом, постановлением правительства» и т.п. выражают эту правовую связь;

е) в признании правового акта, игнорирующего установленные юридические зависимости, нарушающим законность и теряющим юридическую силу. Для этого существует набор специальных средств — приостановление действия акта, оспаривание акта, отмена акта, признание акта недействительным, признание утратившим юридическую силу самого акта и связанных с ним других актов и порожденных ими юридических последствий. Каждое из названных средств содержится в Конституции РФ, законах о статусе государственных органов, местного самоуправления,

о судах и процессуальных правилах. И ими надлежит правильно и последовательно пользоваться.

Правовой акт подчиняется общим правилам подготовки и принятия служебных документов. Есть четкие требования к текстам документов, образцы бланков, порядок составления и оформления документов, их регистрации, учета, приема, передачи и хранения. Составляются номенклатуры дел, проводится систематизация и унификация документов. Все это определяется единой государственной системой делопроизводства, типовыми и отдельными инструкциями по делопроизводству в учреждениях, организациях и на предприятиях, причем отдельные виды правовых актов, например законы, проходят свой цикл подготовки, принятия, регистрации и т.д. В упомянутых процедурных правилах этому уделяется особое внимание.

Но есть еще один аспект соотношения правовых актов и документов. Имеется в виду их первичность и вторичность, когда правовой акт как бы порождает, признает, удостоверяет и обеспечивает юридическую силу документа. Достаточно обратиться к некоторым иллюстрациям.

Во многих случаях подзаконный акт — указ, постановление, приказ и др. — точно устанавливает виды документов, их признаки, содержание, реквизиты и т.д.

Как видно, существует двойная зависимость между правовым актом и документом. Удостоверение и обеспечение достоверности и юридической силы документа правовым актом сочетается с документальным обеспечением правоотношений. Все это должно способствовать укреплению законности и правового порядка. Граждане и юридические лица действуют в условиях достаточно определенно урегулированных отношений.

Многие граждане, знакомые с правовыми актами, их готовящие и применяющие, подчас не знают, как определить содержание правовых актов. Поэтому сам факт подготовки и принятия акта служит свидетельством решения той или иной проблемы. Но реально ли она решается, те ли юридические средства избраны, высок ли уровень правового решения, удачно ли избрана его структура? Увы, к сожалению, приходится нередко давать отрицательные ответы на эти вопросы. Постараемся пояснить, как давать положительные ответы.

Содержание акта — это точное юридическое формулирование его главной цели и серии обусловленных ею задач, выбор и установление наиболее эффективных правовых средств и прежде

всего норм, определение субъектов, т.е. юридических и физических лиц, наделяемых правами и обязанностями, это расчет требуемых и возможных ресурсов (материальных, денежных, людских) для реализации акта, временные и пространственные характеристики действия акта, место акта среди других правовых актов и их соотношение.

Практика свидетельствует о немалых трудностях в выборе предмета правового акта. То его темой становятся вопросы, не относящиеся к данному жанру акта, то вопросы, выходящие за пределы компетенции издающего органа, то явления, плохо познанные и невнятно структурированные.

Советуем использовать следующие правила. Первое — строго соблюдать компетенцию органа или должностного лица, правомочного принимать соответствующий правовой акт. Второе — принимать акт тогда, когда его появление прямо предусмотрено конституцией, законом или другим актом более высокой юридической силы. Третье — определять тему акта в соответствии с объемом и характером регулируемых им отношений. Четвертое — четко формулировать название акта и адекватное ему содержание.

Важнейшее значение имеет выработка и формулирование правовых норм как первичных правил поведения. Существует общее и наиболее известное их деление на императивные, управомочивающие и диспозитивные нормы. Вместе с тем можно провести и более конкретную классификацию норм с учетом характера и объема их регулирующего воздействия: а) нормы-определения (дефиниции); б) нормы-принципы, в) нормы-цели; г) нормы-режимы; д) нормы — конкретно предписывающие, е) нормы-запреты; ж) нормы-стимулы; з) нормы-санкции; и) нормативно-технические требования.

Понятно, что только правильный выбор «наборов» норм позволяет придать акту свойства эффективного правового решения. Лишь тогда побуждаемые им юридические действия приведут к нужным результатам. И, напротив, увлечение одним видом норм, к тому же неудачное их формулирование снижает эффективность акта. Возникает неясность, кто и что может или должен делать, что нельзя делать. Расплывчатые и декларативные положения — беда многих правовых актов.

Полезно обеспечивать связь норм разных правовых актов, имея в виду нормы-приоритеты, нормы-доминанты (в случае коллизии), нормы конкретизирующие, нормы производно-отсылочные, нормы смежные, но не дублирующие.

Необходимо тщательно учитывать влияние на комбинации, «наборы» норм характера решаемой задачи, а также намеченных и достигаемых правовых состояний. Да и акты неодинаковы по своим нормам. К примеру, именно в законах преимущественно содержатся нормы-дефиниции, цели, принципы, компетенционные нормы. В разных подзаконных актах пропорция норм тоже неодинакова. А в локальных актах, в распоряжениях должностных лиц больше конкретных заданий, поручений, предписаний.

Структура правовых актов должна определяться с учетом ряда факторов.

1. Строгий учет специфики актов, когда именно законы, и среди них кодексы, отличаются наиболее сложной структурой. Это разделы, главы, статьи, иногда — часть. Для подзаконных актов характерна более простая структура, особенно для оперативно-конкретных актов. Искусственное усложнение ее и копирование структуры законов смысла не имеют.

2. Структурное членение правовых актов не должно быть произвольным, механическим. В основу должны быть положены строгие критерии — предмет регулирования или объект правового воздействия, правовой институт и т.п.

3. Необходимо объединить правовые нормы, регулирующие однородные отношения, в главы или разделы. Не следует допускать рассредоточенности норм, встречающейся в правовых актах.

4. Первичной клеткой акта служат правовые нормы, которым целесообразно посвящать отдельные статьи закона или указа. Иногда сложная норма может быть расчленена на пункты в рамках статьи.

5. Для правового акта важны юридически точные названия глав и статей, как своего рода их девизные заголовки.

6. Требуется обеспечивать строгую последовательность в изложении правового материала и построении статей, глав, разделов. Повторения и логические нарушения недопустимы.

7. Обязательным требованием к акту является юридический язык, не допускающий вольных выражений, метафор и т.д., и правила юридической техники.

Многообразие общественных отношений, регулируемых правом, порождает множество правовых актов. Они схожи по основным признакам, о которых говорилось выше, но и различаются между собой. Специфику правовых актов нужно отчетливо представлять себе и в полной мере учитывать в процессе их подготовки, принятия и реализации. Иначе затрудняется

решение задач, стоящих перед тем или иным государственным органом. Возникает путаница с наименованиями, содержанием и юридической силой разных актов. Допускаются многочисленные нарушения законности. Это и «сбои» в деятельности и взаимоотношениях государственных органов, это и трудности для граждан в реализации и защите их прав и законных интересов.

Избежать указанных проблем можно с помощью правильно построенных классификаций правовых актов. Классификации позволяют четко расположить и расставить правовые акты в той линии, где каждый из них имеет свое место и находит верное соотношение с другими актами. Ярче обнаруживаются системные зависимости актов внутри правовой системы, причем возможна классификация правовых актов по разным критериям. Кратко поясним их.

Классификация правовых актов по видам позволяет официально различать их¹. Официально признанное различие правовых актов устанавливается в Конституции РФ и законах и определяется спецификой органов, которые принимают те или иные акты. Каждый акт как бы «привязан» к тому или иному виду государственных органов. В этом смысле такой акт является одним из отличительных признаков органа и служит реализации возложенных на него задач и полномочий.

Виды актов универсальны для всех органов определенного типа. Например, закон есть акт представительного и законодательного органа Российской Федерации и соответствующего органа ее субъекта — республики, края, области, автономных образований, городов федерального значения. Постановление — акт Правительства Федерации и республики, инструкция — акт министерства Федерации и министерства республики.

Соотношение правовых актов — емкое понятие. Оно выражает положение конкретного акта в правовой системе, отражение в нем объема полномочий соответствующего субъекта права, соподчиненность по юридической силе, целевую и функциональную связь между актами, адекватную меру правового регулирования. Отступления от этих критериев приводят к искусственным правовым диспропорциям. Иногда обилие одних актов сдерживает развитие других, когда слабость одних актов порождает поток других и превышение ими допустимой меры регулирования.

Есть случаи ограничения сферы действия актов — в пределах территории. Им противодействуют «свои» акты и действия.

¹ Конституция, закон, подзаконный акт. М.: Юридическая литература, 1994.

Как видно, подвижные соотношения актов не являются каким-то механическим их движением. Акты одушевляют люди с их интересами и мотивами поведения, с тем или иным пониманием своих сфер деятельности и объема прав и обязанностей. Ошибки и ложные шаги ведут к сбоям в правовой пирамиде, она рушится. В итоге падение уровня законности, а также экономические и социальные потери. Хотя на первый взгляд они невидны.

Возможны разные классификации правовых актов на основе тех или иных критериев. На практике чаще всего эти классификации совмещаются, если не полностью, то в основном или частично. Ведь акт должен обладать всеми свойствами жизнеспособности. И все же есть своего рода базовая классификация, служащая опорной конструкцией для всех вариантов построения системы правовых актов. В ее основе — юридическая форма акта, отражающая все его основные признаки. Большая часть актов «привязана» к строго определенному субъекту (закон), другие присущи разным субъектам (постановления и др.)

Формы актов имеют официальный характер и закреплены в конституции и законах. Отступления от такой классификации недопустимы, поскольку она служит обеспечению стабильности правового порядка и укреплению законности. В свою очередь установленные формы актов как типичные, родовые могут члениться на более конкретные виды. Сказанным и определяется предлагаемая нами классификация правовых актов и структура последующего изложения в данной книге.

Приведем перечень нормативных правовых актов в Российской Федерации.

Федеральный уровень

1. Конституция Российской Федерации.
2. Федеральный конституционный закон.
3. Федеральный закон.
4. Акты Палат Федерального Собрания РФ.
5. Международный договор РФ (ратифицированный федеральным законом).
6. Государственный договор (о разграничении полномочий и др.).
7. Указы и распоряжения Президента РФ.
8. Постановления и распоряжения Правительства РФ.
9. Акты федеральных министерств и иных федеральных органов исполнительной власти.
10. Акты Центрального Банка России.

11. Акты государственных организаций регулирующего характера.

Региональный уровень

1. Конституция, уставы субъектов Российской Федерации.
2. Законы субъектов Российской Федерации.
3. Акты высшего должностного лица субъекта РФ.
4. Акты Правительства (Администрации) субъекта РФ.
5. Акты органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации.

Федеральный — региональный уровень

1. Соглашение о передаче полномочий.

Муниципальный уровень

1. Акты местного самоуправления.
2. Акты органов местного самоуправления.

Федеральный, региональный, муниципальный уровни

1. Акты референдума и иных институтов непосредственной демократии.
2. Соединенные (утверждаемые) нормативные правовые акты в форме положений, регламентов, правил.

Проблемы системы правовых актов весьма актуальны, поскольку их решения способствуют упорядочению всего нормативного массива и правильному определению межсистемных и внутрисистемных связей, и соотношению актов между собой. В Республике Беларусь и Республике Казахстан есть немало полезных разработок в этой сфере, на одну из которых мы сделаем сноску¹.

Классификацию правовых актов можно построить на основе такого критерия, как их нормативная природа. В этом смысле различается, во-первых, нормативный правовой акт как письменный документ установленной формы, принятый уполномоченным органом в пределах его компетенции и направленный на установление, изменение или прекращение действия правовых норм. Это акт, адресованный к широкому кругу лиц, — субъектов права, акт длительного действия.

¹ Проблемы иерархии нормативных правовых актов в контексте кодификации законодательства Республики Казахстан: Сборник материалов Круглого стола 26 июня 2006 г. Астана, 2006.

Во-вторых, нормативный правовой акт индивидуального содержания, адресованный конкретному лицу или органу и рассчитанный на однократное применение. Возможны акты, доводящие до сведения исполнителей другие акты.

Примерами нормативных правовых актов могут быть законы, постановления правительства о порядке лицензирования производства продукции (товаров), решения местного самоуправления о правилах торговли. Иллюстрацией ненормативных правовых актов служат указы о назначении министров, распоряжения главы администрации области о выделении дополнительных (резервных) средств какому-либо органу, информация мэра о решении правительства.

Различение нормативных и ненормативных правовых актов часто наблюдается в законодательстве, в решениях Конституционного Суда РФ и особых мнениях судей Конституционного Суда РФ.

§ 2. Конституционно-правовое регулирование

В природе конституционного регулирования многих стран есть много общего. Это доминирующее положение в правовой системе, закрепление устоев общества и его основных институтов, предельно-широкая сфера регулирования и др. В то же время оправдана типология конституций и соответствующего регулирования с учетом особенностей политических теорий, устройства власти и экономики, культуры и традиций страны, исторического этапа государственно-правового развития. В самом кратком виде можно вести речь:

- а) о высокой нормативно-регулятивной роли конституций в романо-германской правовой системе¹;
- б) о конституционных принципах стран общего права;
- в) о социально-правовых характеристиках государства в странах Латинской Америки²;
- г) о тесном слиянии конституционных положений с принципами мусульманского права³.

¹ Конституции Государств Европы: В 3 т. Т. 1. М.: Норма, 2006.

² Конституции Государств Америки: В 3 т. Т. 1: Северная и Центральная Америка. М., 2006. Т. 3: Южная Америка. М., 2006.

³ Галюк С.Е. Сравнительная характеристика источников современного мусульманского права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Львов, 2009.

В отечественной доктрине и практике стало привычным придавать конституции роль важнейшего правового регулятора. Обоснованию этого посвящены десятки и сотни научных трудов как отечественных, так и зарубежных. Признаки и свойства конституции получили обстоятельную характеристику¹, и к ним хотелось добавить пояснения разных аспектов регулятивного конституционного регулирования. Во-первых, идеологическое воздействие, когда конституция отражает не только правовую, но и государственную модель страны, идеи которые служат ее основаниям. Именно они формируют правовое сознание людей. Во-вторых, непосредственное конституционное регулирование своего рода особого круга общественных отношений. В-третьих, опосредованное конституционное воздействие на общественные процессы, когда оно служит первичным источником отраслевого законодательного и иного регулирования.

Целесообразно выделить следующие критерии соответствия Конституции Российской Федерации федеральных законов и законов субъектов Федерации.

1. Полное отражение принципов конституционного строя:

- а) обеспечение прав и свобод человека и гражданина;
- б) народовластие и участие граждан в управлении государственными делами, гласность;
- в) правовое государство и верховенство закона;
- г) обеспечение устоев федеративного устройства;
- д) единство системы государственной власти и осуществление ее на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную.

2. Правильное использование конституционных понятий и терминов:

- а) признаки государства (ч. 1 ст. 1, ч. 1 ст. 7);
- б) источник власти (ч. 1 и 2 ст. 3);
- в) государственная власть (ч. 3 ст. 5, ст. 10, 11);
- г) органы исполнительной власти (ч. 1 ст. 110, ч. 1 ст. 112);
- д) формы собственности (ч. 2 ст. 8);
- е) права и свободы человека и гражданина (ч. 1 ст. 2, ст. 17), юридическая сила Конституции, законов (ч. 2 ст. 4, ст. 15, 76) и др.

3. Обоснованный выбор предмета законодательного регулирования. Исходными положениями для этого являются:

¹ См.: Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. М.: Норма, 2005. Конституционное законодательство России. М.: Формула права, 1999.

а) нормы ст. 71, 72, 73 Конституции РФ о предметах ведения Российской Федерации и ее субъектов;

б) нормы Конституции РФ, конституций и уставов субъектов Российской Федерации, законов о компетенции государственных органов и издаваемых им актах.

4. Принятие закона (правового акта) в надлежащей форме.

Речь идет: а) о различных формулах — «закон», «федеральный закон», «федеральный конституционный закон», «закон субъекта Российской Федерации», «законодательство»; б) о специфике федеральных законов в виде кодексов, основ законодательства, общих принципов, о поправках Конституции РФ, о ратификации и денонсации международных договоров РФ.

5. Обеспечение адекватности содержания законодательных и конституционных норм.

Для этого целесообразно:

а) сопоставлять конституционные и законодательные нормы по объему и характеру регулирования, по возможностям их «совмещенного» действия, по отдельным элементам;

б) учитывать неодинаковые способы выражения норм.

6. Соблюдение процедуры принятия и вступления закона в силу. Рекомендуется учитывать:

а) этапы подготовки, согласования, принятия, подписания и вступления закона в силу, закрепленные в Конституции РФ, в конституциях и уставах субъектов РФ, в регламентах законодательных органов;

б) процедуры и последовательность действий участников законодательной деятельности.

Последние десятилетия XX и начало XXI в. характеризуются стремительными и масштабными конституционными преобразованиями во многих странах и регионах. Если старые конституции и закрепленный ими конституционный строй отличались стабильностью, то в современных условиях наблюдается небывалый конституционный динамизм в России и других государствах СНГ, в странах Центральной и Восточной Европы, в других государствах. Влияние политических и экономических перемен усиливается вследствие общемировых интеграционных процессов. Наука конституционного права не должна отставать от практических, политических и иных решений. Поэтому нужны новые решения вопросов теории конституции и конституционного права.

Как известно, в истории России идеи и принципы конституционализма зарождались и развивались медленно и очень

противоречиво. Либерально-конституционные взгляды и проекты в течение XIX в. то появлялись на гребне общественной волны, то оказывались под нею. Создание Советского государства сопровождалось принятием первой отечественной Конституции как целостного правового акта. Медленно формировалось государственное право, где преобладающее место занимали вопросы конституции и устройства власти. Сугубо государствоведческая ориентация не сопровождалась адекватными правовыми формами. И тем не менее были плодотворные попытки создания науки конституционного права и преодоления традиционного взгляда на государственно-правовые отношения как сугубо властеотношения, расширения объема конституционного регулирования за счет включения в него вопросов социально-экономической и политической систем, суверенитета народа и наций.

С распадом Союза ССР произошло на редкость быстрое отмежевание от прошлых теорий. Признание общих концепций прав человека, разделения властей, верховенства права привело к стремительному формированию нового конституционного права. По сути дела все учебники построены по схеме действующей федеральной Конституции. Традиционный раздел об основах теории или науки конституционного права открывает разделы — главы о конституции, об основах конституционного строя, о правах и свободах человека и гражданина, о федеративном устройстве, о конституционных основах государственной власти или конституционной системе власти, включая местное самоуправление, о конституционных поправках и пересмотре Конституции.

Досадно, что и в прошлые годы и сейчас мало внимания уделяется анализу такой фундаментальной проблемы как роль конституции в развитии правовой системы, отраслей права и законодательства. Гордое одиночество не оказалось сколь-нибудь полезным для обеих «правовых сторон».

Да и понятие «правовая система», обсуждаемая в юридической литературе около 20 лет, получила лишь некоторое признание в п. 4 ст. 15 Конституции. Между тем речь идет о сложном феномене, состоящем из ряда элементов, — нормативных, институциональных, интеллектуальных.

Внутренние и внешние действия и проявления правовой системы свидетельствуют о ее жизнеспособности в разных сферах жизни общества¹. Всемирный учет внутрисистемных связей и

¹ См. подробно: *Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В.* Введение в российское право. М.: Городец, 2003.

зависимостей очень важен для ее устойчивости, и, напротив, их ослабление снижает эффективность действия.

Особо отметим такое явление, как юридические корреляции в нормативной подсистеме. Речь идет:

а) о подвижных соотношениях между разными видами правовых актов в связи с решениями экономических, социальных и иных задач. Повышение удельного веса законов ведет к снижению объема подзаконных актов и стимулирует локальное нормотворчество. Активная саморегуляция и договорные отношения предприятий и организаций должны сопровождаться уменьшением количества ведомственных актов. Главное, конечно, в «наборе норм»;

б) о корреляции между правовыми актами и государственными и общественными институтами. Первые обеспечивают статус и легальное русло деятельности вторых, а вторые служат способом реализации и охраны правовых актов;

в) о зависимости между актами, нормами и реальным правосознанием и правовым поведением. Нигилизм, отчуждение, противоправность действий, с одной стороны, ценности, мотивации, правовые установки — с другой, служат иллюстрацией данного процесса. Ясно, что систематическое изучение этих и других корреляций позволяет своевременно вскрывать и правильно использовать внутренние закономерности развития правовой сферы общества и его правовой системы.

С этой точки зрения актуален прежде всего вопрос о способах воздействия Конституции на формирование правовой системы. Выделим в данной связи, во-первых, конституционное установление видов правовых актов и их соотношения между собой. Подобная классификация является официальной и позволяет четко разграничивать признаки конституционных или органических законов, виды законов (кодексы и др.), акты глав государств, правительств, ведомств, публично-правовые договоры (международные, включаемые в правовую систему, и внутригосударственные) и т.д. В разных странах, естественно, неодинаковы виды и наименования актов, но неоспорим принцип верховенства закона.

Во-вторых, важнейшее значение приобретает четкое фиксирование конституционных понятий и терминов. Они приобретают тем самым базовый обязательный смысл для всего законодательства и всех подзаконных актов. Так, «чистота» и содержательность понятий «власть», «государственная власть», «исполнительная власть», «формы собственности» и др. во многом

определяют обоснованность построения отдельных институтов и законов. В противном случае не удастся исключить юридические противоречия.

В-третьих, конституционное построение отраслей законодательства (ст. 71 и 72 Конституции РФ) создает стабильный фундамент их гармоничного развития. Для нашей страны задача соотношения законодательства Федерации и ее субъектов еще решается¹.

В-четвертых, большее внимание к содержанию и видам конституционных норм позволяет углубить каналы их неуклонной реализации. Эти нормы специфичны, часто имеют лишь диспозицию в виде концентрированной юридической формулы. И здесь весьма актуальны как вопросы прямого действия конституционных норм, так и совмещенного действия конституционных и текущих норм. Ведь первые обладают более высокой степенью нормативной концентрации и ценностной ориентацией, что отмечают и зарубежные исследователи.

В-пятых, статичные конституционные характеристики правовой системы должны дополняться динамичными характеристиками, иначе процесс ее действия и развития будет хаотичным и неэффективным. Здесь важен механизм реализации Конституции, который является комплексным и не сводится к изданию или изменению правовых актов. Одним из его элементов является охрана Конституции, понимаемая двояким образом: как защита конституционных положений, норм и как охрана конституционного строя (таковы, например п. 4 ст. 3 Конституции РФ и ст. 120 Конституции Греции). Углублению первого аспекта посвящена содержательная концепция конституционной охраны в виде пресекаательно-модификаторских, нормативно-применительных и концептуально-легитимных средств.

С этим связано толкование Конституции и законов, которое дается либо парламентом либо конституционным судом. Оно требует совершенствование, как процедур, так и методики толкования конституционных и законодательных норм. Накопленный опыт в России весьма показателен, хотя общие и особенные моменты выявлены еще не в полной мере.

Вышесказанное позволяет более плодотворно решать вопрос о соответствии Конституции законов и иных актов. Бесспорность этой формулы ослабляется либо отсутствием либо применением

¹ См. подробно: Соотношение законодательства Российской Федерации и законодательства субъектов Российской Федерации / Отв. ред. Т.Я. Хабриева. М., 2002.

разных критериев конституционности правовых актов, отсюда неизбежен ненужный субъективизм и разноречивость в использовании средств укрепления конституционной законности. К таким критериям можно отнести, по нашему мнению, отражение конституционных идей и принципов, правильное использование конституционных понятий и терминов, место акта в правовой системе, форму акта, принятие акта конституционно-управомоченным органом, соблюдение конституционной процедуры принятия акта, корреляция объема и содержания конституционной нормы и нормы закона, иного акта. Добавим и соблюдение общепризнанных принципов и норм конституционного права.

Все большую значимость приобретает разработка вопросов федерального коллизионного права и механизма предотвращения и устранения конституционных коллизий. Их острота и распространенность диктуют большее внимание к введению процедур и определению юрисдикции судов, компетенции президентов, правительств, примирительных и третейских структур. В России резко возрастает объем публично-правовых споров, когда оспариваются акты госорганов и местного самоуправления, иски предъявляются к Правительству, обжалуются нарушения избирательных прав граждан и т.д. Конфликты обострили вопрос о грани между международно-правовыми и конституционными процедурами и средствами их преодоления. Какие из них и когда следует применять?

В-шестых, следует разрабатывать и правильно использовать такое понятие, как континуитет. Оно означает в развитии в условиях нашей действительности конституционной преемственности, обеспечивающей устойчивость основ конституционного строя, государственных и иных институтов и принципов правовой системы. Иначе беспрерывные перемены в общественной жизни каждый раз как бы отбрасывают государственно-правовую сферу назад... и социальное строительство начинается вновь, «старое» полностью отвергается. Вообще проблема правопреимственности является особенно актуальной в рамках не только гражданского права, но и конституционного, административного, экологического, трудового и международного права.

В-седьмых, весьма интересна еще одна грань соприкосновения конституции и правовой системы в целом. Речь идет о своеобразной рокировке норм, когда одни нормы перемещаются с конституционного уровня на законодательный уровень, и с последнего — на конституционный уровень. Такие перемещения можно заметить между нормами Конституции и нормами

гражданского, трудового, семейного и уголовного кодексов. Более того, развитие отраслевого законодательства и обобщение богатой практики правоприменения — судебной, управленческой, хозяйственной — служат питательной основой не только для реализации конституционных положений, но и их изменений — дополнений и обновления. Такую линию взаимосвязи, к примеру, можно считать актуальной в современный период применительно к нормам ст. 71, 72, 73 Конституции РФ о разграничении предметов ведения и полномочий органов государственной власти Федерации и ее субъектов.

Естественно, и конституционное право как отрасль и ядро публичного права занимает специфическое место в системе российского права. Она является базовой отраслью нормативно-ценностной ориентации, состоящей из идей, принципов и норм. Их сложно структурировать по аналогии с другими отраслями, поскольку наличие собственной исключительной сферы регулирования сочетается с широкой сферой смежного регулирования совместно с другими отраслями. Возможно по этой причине конституционное право чаще воспринимается в нерасчлененном виде.

С учетом сказанного можно структурировать конституционное право как отрасль. Ее подотрасли: а) конституционный статус Российского государства (природа, цели, территория, гражданство, публичная власть, федеративное устройство, атрибуты); б) конституционный статус личности и гражданина; в) конституционная организация государственной власти; парламентское право; г) прямая демократия и избирательное право; д) право местного самоуправления; е) конституционные основы социально-экономической сферы.

Каждая подотрасль состоит из институтов, хотя небесполезна разработка общих «сквозных» конституционных институтов.

Развивается система конституционного законодательства как нормативного ядра этой отрасли¹. В нем различаются два взаимосвязанных уровня — законодательство Федерации и ее субъектов.

Современная концепция конституционализма и конституционного права позволяет высказать ряд суждений о крупных теоретико-практических проблемах. По нашему мнению, их предстоит решать обновленному конституционному праву в ближайшем и отдаленном будущем.

¹ Конституционное законодательство России. М.: Городец, 1998.

Именно через призму конституционного права можно воспринять правовой образ государства как целостной социальной системы¹. Все или основные признаки государства получают конституционные характеристики, что характерно для конца XX в. Речь идет об устройстве государства как федеративного с разными моделями отношений «центра» и «мест». Предстоит их совершенствование, равно как и регулирование административно-территориального деления, процедур изменения границ и т.п.

С этим связано усиление внимания к проблемам государственных состояний, которые в силу своей подвижности облекаются в те или иные конституционные режимы. Имеется в виду конституционное и законодательное регулирование чрезвычайного и военного положения, пост-конституционного периода и особенно временных переходных периодов, как было с передачей Гонконга, области Саар, с разделением Чехословакии на два государства, с обсуждаемым статусом Гибралтара в споре между Англией и Испанией. Россия нуждается в таких режимах. Все это позволит более успешно решать задачи в условиях обеспечения конституционной правопреемственности.

В центре внимания конституционного права находятся проблемы власти в двух аспектах. Публичная власть в широком социальном смысле ассоциируется с народовластием, которое выражается в государственных формах, в институтах прямой демократии, в местном самоуправлении и иных формах политической самоорганизации. Каналы реализации народом, населением, жителями, нацией, гражданами своей конституционной правосубъектности развиты еще не в полной мере.

Организация государственной власти является наиболее объемной и традиционной проблемой конституционного права. Несмотря на ее основательную научную разработку, современная конституционная практика выдвигает ряд новых аспектов. Речь идет, во-первых, о классификации государственных институтов и степени их включенности в механизм власти. Во-вторых, о способах разделения функций и полномочий разных ветвей власти, их взаимосдержек и особенно способов взаимодействия. Для России последнее обстоятельство является весьма актуальным. В-третьих, важно преодолеть разрыв между конституционным статусом института или органа и его реальным правовым положением.

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Государство: развитие теории и общественная практика // Правоведение. 1999. № 3.

Противоречия возникают как из-за отсутствия соответствующих законов о министерствах и т.п., так и вследствие их нарушений. Отклонения от конституционной модели пагубны.

В-четвертых, все более осязаемой становится новая модель построения властей. Провозглашаемый в актах Совета Европы принцип субсидиарности означает взаимодополнение и взаимозаменяемость властей на межгосударственном, государственном, региональном и локальном уровнях. Таковы положения Хартии местного самоуправления и Хартии регионального управления. Поэтому в конституционном праве нужны механизмы, отражающие новую концепцию, например, процедуры взаимодействия «уровней», делегирования прав, соотношения актов, принятия совместных актов. Показательно, что в преамбуле Конституции Польша 1997 г. есть положение о законах, опирающихся на взаимодействие властей, общественный диалог, а также на принцип дополнительности, укрепляющий правомочия граждан и их сообществ.

Устойчивой тенденцией становится углубление конституционных основ гражданского общества. В отличие от прошлых десятилетий конец XX и начало XXI в. характеризуются существенным расширением конституционно-правового регулирования в данной сфере. Это заметно в доктринах и конституционной практике Испании, Греции, Португалии, Бразилии 1970–1980-х годов, в конституциях постсоциалистических государств. Тем самым конституционное право становится стабильным фундаментом для обеспечения прав и свобод человека и гражданина и демократизации общественной жизни. Оно охватывает главные устои общества.

Важнейшее значение приобрело конституционное признание приоритета прав и свобод человека и гражданина. В соответствии с международными актами данный принцип получил универсальное выражение почти во всех странах. Но по-прежнему актуальны вопросы соотношения конституционного статуса граждан с их статусами в отраслях текущего законодательства. Укрепление гарантий реализации прав и свобод граждан должно сочетаться с реальной переориентацией деятельности государственных органов и должностных лиц. Нужен более четкий ответ на вопрос о пределах внутригосударственного и международного обеспечения прав и свобод граждан через призму сохранения суверенитета государств.

В поле зрения конституционных прав находятся вопросы признания статуса наций, национальных меньшинств, защиты прав

женщин, молодежи и других слоев общества. Конституционное право граждан на объединение предполагает не только развитие законодательства о партиях, профсоюзах, об общественных организациях, о СМИ, но и прочие гарантии обеспечения свободы слова, мысли и политической деятельности. Опыт ряда стран свидетельствует о немалых трудностях.

Все более осязаемой становится конституционно-правовое регулирование задач и функций государства в экономической и социальной сферах, в деле защиты окружающей среды. Эти программно-ориентирующие нормы создают своего рода социальные стандарты, которым должна отвечать деятельность государства. Это его социальные обязательства перед обществом, которые нередко нарушаются.

В Российской Конституции закреплены принципы регулирования сфер гражданского общества — единство экономического пространства и свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, свобода экономической деятельности и поддержка конкуренции, признание и защита равным образом всех форм собственности, в том числе на землю, гармоничное развитие социальных отношений и создание условий достойной жизни граждан и свободного развития человека. Эти принципы реализуются в новых гражданском, трудовом, бюджетном, налоговом кодексах, в процессуальных законах, в законах о судебной власти.

Общемировые и региональные интеграционные процессы обуславливают тесное взаимодействие конституционного и международного права. Первое как бы открывает путь международно-правовым актам в национальные правовые системы. Конституции многих государств признают их частью национальной правовой системы после выполнения необходимых конституционных процедур. В нашей стране таков смысл п. 4 ст. 15 Конституции РФ. Конституционная легализация служит единственным способом официального признания международно-правовых актов. В России в Федеральном законе «О международных договорах Российской Федерации» ст. 34 посвящена соответствию международных договоров федеральной Конституции.

Можно выделить несколько каналов влияния международного права на конституционное право: а) нормативно-ценностная ориентация; б) соблюдение процедур государственного признания международных норм; в) признание одобренных международных норм составной частью национальной правовой системы; г) установление приоритета имплементированных международных

норм; д) введение порядка разрешения коллизий между нормами международного и национального права; е) использование международных норм в качестве образца и критерия толкования конституционных и законодательных норм.

В современном мире все более яркое выражение получает тенденция универсализации конституционных принципов. Если в послевоенные годы некоторые иностранные юристы высказывали предположение о постепенном формировании «конституционного международного права», которое определяет права и обязанности всех государств и каждого в отдельности, то теперь можно отметить и серьезные позитивные перемены. В документах ООН, Совета Европы, Европейского Союза, Содружества независимых государств содержатся общепринятые принципы конституционного развития государств. Послевоенные конституции европейских стран и новейшие конституции восприняли общие идеи конституционализма. Более того, появляются своего рода международные конституции типа Конституции Европейского Союза, заменяют Лиссабонским Договором, готовящегося Конституционного Акта Российской Федерации и Республики Беларусь. В Содружестве принят ряд модельных конституционных законов, рекомендованных странам-участницам. Российская доктрина конституционного права признает и поддерживает эти процессы.

Конституционная форма стала столь популярной, что ею пытаются охватить основы унифицированного регулирования, например в рамках ВТО. Но тут есть очевидная условность, хотя следует признать нарастающее совмещенное действие международных и конституционных регуляторов. Иностранные ученые активно развивают эту тематику¹.

Исследователи отмечают расширение объема конституционно-правового регулирования, усиление сходства в структуре и содержании конституционного права различных стран и в то же время расширение «конституционно-правового» разнообразия, возрастающее влияние на конституционное право общегуманных ценностей, уменьшение удельного веса идеологизации и усиление элементов политизации и социализации в конституционном праве. Подчас заметны и падение роли конституций и масштабные проявления их нестабильности. И поэтому оптимистична

¹ См.: *Сол Пиччото*. Многоуровневое международное управление: на пути к созданию глобальной Конституции. Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 4 (7).

реплика о создании в перспективе общемировых принципов конституционного права¹.

Соглашаясь с оценкой названных тенденций, отметим нарастающее сближение некоторых принципов, институтов и норм национального конституционного права разных стран как главную закономерность. В ее русле может быстрее формироваться общее региональное конституционное право и лишь постепенно международное конституционное право как своего рода общая часть национального конституционного права. Сравнительно-правовой анализ будет занимать все большее место в общем русле сравнительного правоведения², ибо приходится выделить конституционное сравнительное право, как и любое отраслевое. Ближайшей и отдаленной задачей остается обеспечение устойчивого верховенствующего положения конституционного права в национальном праве. Таковы цели теории конституционного права.

§ 3. Теория закона

Закон играет важнейшую роль в жизни государства и всех граждан. Таков опыт истории и современного общества. Закон считался основным источником римского права, выражая волю римского народа с помощью государственных установлений и будучи обнародован. Мыслители всех времен признавали громадное значение закона. Ш. Монтескье в XVIII в. писал: «Законы в самом широком значении этого слова суть необходимые отношения, вытекающие из природы вещей... Законы должны иметь для всех одинаковый смысл». XIX в. признал общесоциальное верховенство закона, XX в. — придал закону значение основы правового государства и статуса гражданина, XXI в. придает закону значение универсального регулятора.

Закон — сложное комплексное явление, не отождествляемое с текстом акта³. Появляясь в процессе познания действительности на основе научного анализа информационно-аналитических и юридических документов путем согласования социальных интересов, он отражает ее разные стороны.

¹ Сравнительное конституционное право. М., 1996. С. 719–724.

² См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М.: Норма, 1996.

³ См.: Тихомиров Ю.А. Теория закона. М.: Наука, 1982.

Закон в широком смысле слова означает действие всех нормативных правовых актов. В строгом смысле Закон есть общеобязательный правовой акт, принятый законодательным органом или путем референдума для регулирования важнейших общественных отношений и обладающий высшей юридической силой. Для закона характерны такие признаки, как: выражение воли народа и общих социальных интересов; принятие законодательным органом или путем народного голосования; регулирование основных сторон жизни общества, государства и граждан; принятие посредством специальной процедуры — законодательного процесса; обладание высшей юридической силой и соответствие ему всех иных правовых актов; наибольшая стабильность

С помощью законов регулируются основные и наиболее важные стороны общественной жизни. Сферы законодательного регулирования определяются в Конституции государства либо посредством установления общих и исключительных его объектов (например, ст. 34 Конституции Франции), либо путем общей характеристики этих объектов (например, ст. 15, 71, 72, 76 Конституции Российской Федерации). Речь идет о правах и обязанностях граждан, устройстве власти, формах и режимах собственности, демократических институтах, основах безопасности и обороны и т.п.

Законы различаются по своему содержанию, форме, юридической силе и порядку принятия. В России есть федеральные конституционные законы и федеральные законы (кодексы, основные принципы, о поправках к Конституции, о ратификации международных договоров), в Португалии — конституционные законы, органические законы, законы, во Франции — органические законы, финансовые законы, программные законы, в Молдове — конституционные законы, органические законы, ординарные законы. Понятие конституционных и органических законов может быть тождественным и различным, а понятие конституционного закона — означать либо законы, «названные» в Конституции, либо законы по пересмотру Конституции.

Юридическая сила законов в отношении подзаконных актов выражается в обязательном соответствии вторых — первым, в возможностях приостановления, отмены и изменения подзаконных актов в случае их противоречия законам. Все государственные органы и организации, должностные лица обязаны действовать в соответствие и во исполнение закона, в пределах полномочий, установленных законом, иначе — рост подзаконных актов. Однако на практике ведомственный бум не уменьшается.

Подготовке и принятию закона посвящен законодательный процесс со своими участниками и стадиями. Его основные характеристики тройкого рода содержатся в конституциях государства: либо в главах, разделах, посвященных парламенту (например, ст. 93, 94 раздела IV Конституции Украины, ст. 99, 101 гл. 4 Конституции Республики Беларусь), либо в специальных главах, разделах (например, раздел II «Составление законов» Конституции Италии), либо в специальных частях (например, таковы тематические части «Законодательство», «Финансовые законопроекты», «Сроки обсуждения законопроектов», «Подписание и промульгация законов», «Передача законопроекта на решение народа» Конституции Ирландии).

Регламенты палат национальных парламентов подробно регулируют порядок подготовки, внесения, рассмотрения, принятия законов и вступления их в силу. Опубликование законов — конституционное требование.

Понятие «Закон» служит нормоформирующим для понятия «Законодательство». Долгие годы в нашей стране оно рассматривалось в широком смысле, охватывая Закон и иные общенормативные правовые акты. К сожалению, и сейчас в бюджетных, налоговых и других законах допускается смешение закона и подзаконных актов (в том числе субъектов Федерации и местного самоуправления). Более точным является понимание законодательства как системы собственно законов, как структуры упорядоченного массива законодательных актов. Ему присущи общие цели, принципы и такие составные части, как отрасли, подотрасли, правовые институты, законы. Важны, конечно, и межотраслевые связи.

Современная система российского законодательства еще весьма противоречива и пробельна. Неравномерно развиваются ее отрасли. Много внутренних юридических коллизий.

Первая задача — важно определить внутрисистемные зависимости и приоритеты, а также природу традиционных и комплексных отраслей законодательства. Нужны четкие ответы на эти вопросы — и доктринальные, и официально-юридические.

Вторая задача — четкое разграничение законодательной компетенции Российской Федерации и ее субъектов. Речь идет прежде всего о правильном определении характера предметов и объема регулирования отраслями законодательства согласно пп. «ж», «о», «п» ст. 71 и п. «к» ст. 72 Конституции РФ. Важно во втором случае провести четкое разграничение федеральных и региональных регуляторов в рамках как названных отраслей

законодательства, так и тех, которые охватывают — чаще всего комплексно — разные сферы (образование, здравоохранение, устройство государственных институтов и др.). Проводимая в этом направлении большая работа в соответствии с известным Указом Президента РФ должна завершиться в середине 2002 г. крупными юридическими решениями.

Третья задача связана с обеспечением соблюдения общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров Российской Федерации. Речь идет о строгом соблюдении конституционного порядка ратификации международно-правовых договоров и процедур их реализации в соответствии с Федеральным законом «О международных договорах Российской Федерации», о приоритетном характере действия одобренных международно-правовых норм в случае их коллизии с правилами закона, о возможности участия России в межгосударственных объединениях и передачи им части своих полномочий. Очевидны процедуры более «жесткого» влияния актов этих объединений на законы и иные правовые акты, специфика структуры и объема международно-правовых норм, содержащих либо принципы, либо «укрупненные» нормы.

Длительное время закон воспринимался как «производное явление» в деятельности органов государственной власти, и его роль, естественно, была невелика. Последнее десятилетие изменило эту зависимость, но одновременно уменьшилась роль институционального обеспечения закона. Между тем в процессе законодательства возрастает роль Правительства РФ и федеральных органов. Министерство юстиции РФ выполняет громадный объем координационно-аналитических работ в данной сфере. Прочные контакты связывают его с Институтом законодательства и сравнительного правоведения.

Особенно велика роль государственных и общественных институтов на стадии действия закона. Информация, убеждение, стимулирование, финансовые и материальные ресурсы, организация, юридическая защита — таковы элементы институционального обеспечения закона. И их нельзя недооценивать и рассматривать вне контекста жизни закона.

Суммируя сказанное, подчеркнем возможные средства совершенствования законодательства. Первостепенное значение имеет совершенствование правотворчества. Необходимо решение ряда взаимосвязанных задач: преодоление неравномерности развития отдельных отраслей, их внутренней неупорядоченности, слабости

межотраслевых связей, обеспечение реального верховенства Конституции и ее прямого действия, проведение масштабной работы по приведению российского законодательства в соответствие с международно-правовыми нормами и др.

Для того чтобы обеспечить успех в этом направлении представляется целесообразным:

- в программах законопроектной деятельности Правительства РФ, в соответствующей работе министерств и ведомств полнее учитывать научные концепции;
- незамедлительно принять Федеральный закон «О нормативных правовых актах», который позволит упорядочить систему правовых актов и добиться правильного соотношения закона и подзаконного акта;
- принять федеральные конституционные законы, федеральные законы, предусмотренные гражданским, земельным, семейным и другими кодексами, законы, регулирующие внутрифедеральные отношения и статус государственных органов;
- разработать на уровне Федерации соответствующие модельные законы для использования в субъектах Федерации, имеющие рекомендательный характер и одобряемые Советом Федерации;
- повышать роль перспективных и текущих программ законопроектных работ с выделением приоритетов, «пакетов» законов;
- координировать усилия субъектов законодательной инициативы, в частности, через Объединенную комиссию по координации законодательной деятельности;
- расширять юридические и иные экспертизы, проводить целенаправленные публичные обсуждения концепций и проектов законов;
- добиться информационного обеспечения всей законодательной деятельности с применением современных электронных технологий;
- осуществить подготовку и опубликование Свода законов;
- расширить участие граждан в правотворческой деятельности на всех уровнях.

Нужно быстрее установить статусы всех видов исполнительных органов в федеральных законах «О федеральных органах исполнительной власти», «Об общих принципах организации и деятельности органов исполнительной власти субъектов РФ» (новая редакция ранее принятого закона). Будет полезна типовая схема положений о министерствах и иных органах, которым

должны соответствовать и схемы территориального управления, предусмотренные законодательством.

Следует усилить акцент на выполнение законов на федеральном и региональном уровне. В процессе реализации законов нужна согласованность всех законодательных, исполнительных и судебных органов, обмен информацией между ними. За неисполнение конституций, уставов и законов нужно применять строгие меры ответственности.

Предстоит обеспечить укрепление законности и защиту прав граждан. Дело в том, что бурный процесс законотворчества в России не сопровождается совершенствованием адекватного механизма реализации законов. В этой связи необходимо существенно активизировать деятельность органов исполнительной власти всех уровней в данной сфере, переориентировать их внимание на реализацию законов. Полезным будет Федеральный закон «Об административных процедурах». Не менее важно формировать умение государственных служащих управлять на основе закона.

В настоящее время отсутствуют четкие процедуры предотвращения и преодоления разногласий и споров между федеральными и региональными органами. Поэтому важно:

а) доработать и ускорить принятие федерального закона «О процедурах преодоления разногласий и разрешения споров между органами государственной власти Российской Федерации и ее субъектов»;

б) организовать обучение депутатов и государственных служащих приемам ведения переговоров и разрешения конфликтов.

Одна из важных задач — повышение эффективности контрольной деятельности в стране. Ее решение предполагает упорядочение специальной системы контрольных органов и всестороннюю активизацию деятельности соответствующих правоохранительных органов, в системе которых необходимо определить четкое место Уполномоченному по правам человека.

Завершение судебной реформы позволит обеспечить судебный контроль за применением законов и административных актов, эффективность которого в настоящее время невысокая. Задерживается принятие федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции Российской Федерации». Необходимы более частые обращения соответствующих органов в Конституционный Суд РФ, в арбитражные и общие суды в части контроля за применением нормативных и ненормативных актов. Особое внимание следует уделить систематическому обобщению

судебной практики по применению законов, нарушения которых порождают публичные споры.

В настоящее время надлежащая защита прав граждан и юридических лиц в сфере государственного управления затруднена из-за недостаточного развития административного судопроизводства. В этой связи целесообразно разработать концепцию расширения сферы административного судопроизводства, имея в виду решение четырех задач. Во-первых, обновление сначала Кодекса об административных правонарушениях, затем подготовку и принятие кодекса административного судопроизводства, во-вторых, разработку предложений о поэтапном формировании органов административного правосудия, и принятии федерального конституционного закона о федеральных административных судах, в-третьих, определение юрисдикции органов административного правосудия, включая возможную корректировку функций арбитражных судов и прокуратуры, в-четвертых, ускоренную подготовку специального судейского корпуса.

Цикл жизни закона пока еще освоен и усвоен не очень глубоко. Думаю, такая оценка относится ко многим гражданам нашей страны. Между тем цикл жизни законов удивительно загадочный и таинственный. И первое, что следует отметить среди тенденций развития закона — это главный кирпичик, с помощью которого строятся все отрасли законодательства.

Речь идет прежде всего об осмыслении закона посредством категории «притязание». Об этой категории в теории права немного написано. Притязание означает гарантированную возможность легально защитить свой статус, стремление реализовать законный интерес и даже послушаться требований действующего права.

Проблема притязания — это крупнейшее политико-правовое явление. Ее решение служит поиску предмета регулирования закона. А это оказалось очень сложным делом. Наш институт с этой задачей встречается каждый день, и если у парламента, правительства и президента в работе около 800 проектов законов, то полагаю, что только треть или четверть относятся к предмету собственно законодательного регулирования.

Закон существует в различных нормативных сочетаниях. Каждый закон действует как таковой и его эффект достижим и измерим. Группа однородных законов и правовой институт оказывают концентрированное воздействие на общественные отношения, и здесь многое зависит от их согласованности между собой. Отрасль законодательства представляет собой структурно-оформленную подсистему со своим общим предметом и принципами регули-

рования, сходными методами воздействия. Наконец, система законодательства как макросистема зиждется на единых принципах и строгих внутрисистемных зависимостях. Их нарушение деформирует всю систему, что часто случается на практике.

Закон, как видно, служит главным «кирпичиком» для постройки и устойчивости законодательного здания. Выбор плана «юридической застройки» предполагает, во-первых, соблюдение иерархии законов и их формы, когда кодексы более пригодны для единообразного регулирования, а общие принципы и основы — для отражения предметов совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов.

Во-вторых, с помощью законов формируются все отрасли законодательства. Находят отражение нормы материального и процессуального права при бесспорном приоритете первых. Пока же явно отстает административно-процессуальное, уголовно-процессуальное и гражданско-процессуальное законодательство. Процессуальные нормы — редкие гости.

В рамках правовой системы закон «встречается» с множеством правовых актов. Главная линия их соотношения — правильный баланс закона и подзаконного акта. Ею определяется соотношение закона и договорных актов, актов нормативной саморегуляции, которые приобретают все больший удельный вес в условиях самостоятельной экономической деятельности разных субъектов. Закон выходит на международную арену и его связи с нормами международного права из параллельно развивающихся становятся все более органичными. Сильное взаимное влияние — налицо.

Если в прежние времена законы мало использовались в сфере регуляции, то сейчас есть стремление тотального, сплошного законодательного регулирования. По любому поводу считается нужным иметь закон. И в этом смысле его роль, как первичного важнейшего регулятора, утрачивается. Поэтому проблема притязания в ответ на общественные потребности и социальные интересы возникает уже на первом этапе жизни закона.

Нужна стабильность закона. Казалось бы, что закон всегда несет в себе идеал стабильного общества и образ жизни, который с его помощью в жизни внедряется. Закон связан именно с «успокоением» в обществе, с действием структур и гарантий граждан и хозяйствующих субъектов. Но, увы, и это связано с тем, что сама конструкция законодательства требует серьезных усилий. Примечательно, что в настоящее время больше всего говорят и пишут о законе по формуле *de lege ferenda*, о законе развиваю-

щемся. Таковы многие предложения к новому законодательству. Понимание же закона как действующего, в какой-то мере выходит из сферы нашей жизни. Это рождает массу трудностей.

Стабильность системы законодательства нарушается «изнутри». Почему некоторые законы провозглашают себя главными. Почему Гражданский кодекс считается главным в этой отрасли? Почему Трудовой кодекс — важнейший в своей сфере?

Серьезнейшая задача — соотношение между статутными законами и тематическими законами, которые регулируют сферы общественных отношений. Пока же, к примеру, Федеральный конституционный закон «О Правительстве Российской Федерации» «разорван» многочисленными тематическими законами. Это касается и уставов областей, которые тоже создают иную правовую ситуацию.

Стабильность законов подрывается поразительным стремлением разных ведомств быстро менять уже принятый закон в угоду своим интересам.

Для иностранцев удивительно, а для нас уже стало привычным, что Уголовный кодекс к примеру, не вступив в действие, был подвергнут изменениям. Государственная Дума утвердила законодательный план на осень 2000 г., в который включены 81 приоритетный закон. Но там на очереди еще около 200. Из 81 — 38 это поправки и изменения. Ровно половина. Мы безжалостно ломаем законы и не используем полностью их регулятивный потенциал.

Закон в системе источников права — это, казалось бы, азбука, но она оказалась очень непростой. Вечное противоборство законов и подзаконных актов сейчас как будто увенчалось некоторой победой первых. Закон постепенно вытесняет ведомственные акты. Указное право как будто уменьшается в объеме. Происходят интересные перемены в соотношении нормативных и ненормативных актов. Можно в данной связи поддержать новеллу свердловских юристов, которые в уставе области записали: областная администрация, ее департаменты не вправе издавать нормативные акты. Иными словами, ведомственное правотворчество ограничено только актами правоприменения.

Все это хорошо, но проблема дискреции, конечно, остается, поскольку специализированное и оперативное регулирование не может исчезнуть полностью. Есть сложные технологии, есть функционирование транспорта и т.п. Вопрос в том, какую меру усмотрения следует использовать строго в рамках законодательных норм.

Плохо исследовано соотношение законов и локальных актов. О последних писали ученые — трудовики Ленинградского университета много лет назад. Локальный акт приобрел сейчас высокую значимость. Но ведь это акт хозяйствующих субъектов, акционерных обществ, государственных предприятий, университетов и др. Их уставы по существу создают большую зону саморегуляции. Какова их соотносимость с законом? Закон, очевидно, должен содержать нормы, которые будут больше стимулировать эту активность на нижнем этаже правового здания¹.

Хочу пригласить коллег к рассуждению о том, как соотносится закон с судебными актами, судебными решениями. Сейчас в нашей стране активно пропагандируется идея судебного прецедента. Откуда она появляется и как движется, всем хорошо известно. Много есть вполне доступной литературы. Но я бы заметил, как разлагается массовое сознание, когда проходящий судебный процесс в межмуниципальном суде завершается принятием решения и его объявляют как созданный судебный прецедент. Но есть соответствующая норма УК, норма «спит», бездействует. Но она же есть... А Пушкин сказал очень хорошо: «Закон не умирал, но был лишь в усыплении. Теперь проснулся он».

И вот, создавая ложное представление о том, что прецедент в таком виде появляется мы недооцениваем, такой феномен, как правовые позиции Конституционного Суда. Давно известен и такой феномен, как руководящие разъяснения Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда.

И, наконец, третья грань закона — юридические коллизии. Привычное для юридической мысли и науки статичное представление о законе и «любование» его гранями мешает более глубокому пониманию реальной жизни закона. Действие закона зависит не только от внешних факторов — экономических, политических и др., но и от факторов самой правовой системы и системы законодательства. Отклонения, «сбои», ошибки, неприменение закона, изменения ситуаций, новые проблемы нередко порождают острые юридические коллизии и конфликты в стране.

Может ли законодательство «защищаться» и вводить правовые резервы и компенсаторные механизмы? Пока правовые отклонения редко предвидимы. Ведь не сводится же дело к законам о предотвращении техногенных катастроф и чрезвычайном и

¹ Правовое положение коммерческой организации / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М., 2001.

военном положении. Нужно создавать нормативные модели отклонений и резервные юридические режимы.

Увеличение объема юридических коллизий — явление, характерное для многих правовых систем¹. Ведь не столько процесс законотворчества многое определяет, сколько процесс правоприменения. Это становится юридической трагедией. За советские годы с 1938 по 1988 г. было принято около 100 законов в чистом виде, не утверждавшихся указами Президиума Верховного Совета СССР. Сейчас новых законов около полутора тысяч. Но число правонарушений выросло почти в полтора раза. Парадокс. Мы клянемся перед законом, который считаем верховенствующим в нашей жизни, но объем правонарушений растет. Эти коллизии бьют по стабильности закона и выражают другие притязания к закону.

В связи с этим не удастся отладить механизм действия закона. В нем есть юридические, экономические, структурные и социально-психологические средства. Их надо использовать комплексно. Не хватает процедур разрешения коллизий. Поэтому нужны законы об административных процедурах, о процедурах разрешения споров между органами государственной власти РФ и ее субъектов, об административных судах и административном судопроизводстве.

Коллизии зарождаются, конечно, от незнания закона. Вот ответы на вопрос, как вы знакомы с действующей Конституцией? Знаком в общих чертах — 34%, хорошо знаком — 5%, затрудняюсь ответить — 6%, плохо знаком — 28%, совсем не читал — 7% («Время», 9 декабря 2000 г.).

К тому же сейчас рядом с формальным правом бурно развивается неформальное право. Это больной нерв нашей жизни. Неформальное право «давит», отодвигает в сторону формальное официальное право, публичное и частное.

Еще одна проблема — мы вообще перестали изучать общественное правовое поведение, раз есть нормы и их много, значит процесс движется в заданном направлении, работают суды и т.д. Но нормы одушевляются людьми, поэтому проблемы правового поведения весьма остры и неоднозначны. Есть правомерное и неправомерное поведение.

Проблема закона и власти — это вечная борьба двух антагонистов. Она понятна с древних времен и была изложена уже на страницах древних трактатов. Но что это такое? Сначала нам

¹ См. подробно: Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. М., 2000.

казалось, что власть создает закон. Теперь мы считаем, что право, как таковое, и закон в том числе создают власть. Но никто не победит в этой дуэли, потому что не совсем понятно, каковы мысли, установки и внутренняя логика поведения человека, предпринимателя, депутата, госслужащего, любого юридического лица, гражданина в русле закона.

Более того, сейчас при сбоях государственных институтов возникают трудности из-за того, что обилие законов не получает никакой институциональной поддержки. Поэтому триада — притязание — стабильность — коллизия — отражает жизнь закона. Это притязание, но правомерное, эта стабильность — очень нужная и гарантированная, и конечно, разрешение коллизий по строгим процедурам.

А какова законодательная сфера в иностранных государствах? Читатель может сравнить известные ему российские законы в социальной сфере и зарубежные законы в этой сфере.

Австрия. Закон о пенсиях. Закон о мерах по защите данных при электронном документообороте в сфере здравоохранения. Закон о документах в сфере образования. Закон о союзах. Закон о социальном страховании. Закон о музыкальной терапии. Закон об организации школ. Антидопинговый закон. Закон о табаке. Закон о продуктах питания. Закон о рабочем времени. Закон о времени отдыха. Закон об азартных играх. Закон о поддержке занятости. Закон о поддержке спорта.

Бельгия. Закон о борьбе против дискриминации между мужчинами и женщинами, связанной с сексуальной принадлежностью, в области страхования. Закон об исполнении межпрофессионального соглашения. Закон-постановление о социальном страховании работников. Закон о различных предписаниях в целях полного учета малых рисков при обязательном страховании медицинских услуг. Закон о введении новых общих рамок для признания профессиональной квалификации. Закон о мерах по гармонизации пенсионных режимов. Закон о различных предписаниях в области занятости на период кризиса.

Германия. Закон об обязательном страховании. Закон о модернизации сельскохозяйственного социального страхования. Социальный кодекс. Закон о страховом надзоре. Закон о пребывании, занятости и интеграции иностранцев на территории федерации. Закон о поддержке деятельности молодежи. Закон о пособиях на детей. Закон о дотациях на аренду жилья. Закон о дальнейшем развитии организационной структуры в медицин-

ском страховании. Закон об обеспечении занятости и стабильности в Германии.

Польша. Закон «О переводе пенсионных прав чиновников Европейского Союза». Закон «Устав учителя». Закон «Об оказании медицинских услуг, финансируемых из публичных средств». Закон «О государственной медицинской службе спасения». Закон «О социальном обеспечении работников сельского хозяйства». Закон «О физической культуре». Закон «О профессиональной и социальной реабилитации, а также о трудоустройстве лиц с ограниченными возможностями». Закон «Фармацевтическое право». Закон «О принципах признания профессиональной квалификации, приобретенной в государствах—членах Европейского Союза». Закон «О профессиях врача и врача-стоматолога». Закон «О пенсиях и рентах, выплачиваемых из средств Фонда социального обеспечения». Закон «О системе социального страхования». Закон «О социальных денежных пособиях по случаю заболевания и материнства». Закон «О социальной ренте». Закон «О семейных пособиях». Закон «О социальной помощи». Закон «О помощи в трудоустройстве и институтах рынка труда». Закон «О пособиях в системе здравоохранения, финансируемых из публичных средств». Закон «Право о высшем образовании». Закон «О помощи в трудоустройстве и институтах рынка труда». Закон «О научно-исследовательских учреждениях». Закон «О системе социального обеспечения». Закон «Об оказании помощи лицам, имеющим право на получение алиментов». Закон «О принципах финансирования науки». Закон «Об уполномоченном по правам ребенка». Закон «О финансовой поддержке семей в приобретении собственного жилья». Закон «О пенсиях из открытых пенсионных фондов». Закон «О пенсиях, выплачиваемых за работу в особо сложных условиях». Закон «О профессиональной и социальной реабилитации, а также о трудоустройстве лиц с ограниченными возможностями». Закон «О правах пациента и Уполномоченном по правам пациента». Закон «О консультантах в сфере охраны здоровья». Закон «О системе просвещения».

Полезно будет дать информацию о Европейской Ассоциации содействия законодательству. Европейская Ассоциация содействия законодательству была основана 13 декабря 1991 г. в г. Бад-Хомбург (ФРГ) на международной конференции «Актуальные проблемы законодательства европейских стран». Цель учреждения Ассоциации, как указано в ее Уставе, — укрепление сотрудничества европейских стран в развитии и унификации за-

конодательства. Первоначально в состав Ассоциации вошли по одному представителю от 25 стран, в том числе от Российской Федерации. Президентом Ассоциации был избран профессор Ульрих Карпен, который остается на этом посту по настоящее время. За пять лет существования Ассоциации в ее состав вошли около 200 видных законодателей и ученых из более чем 50 стран мира, а также более 10 национальных ассоциаций содействия законодательству.

Ассоциацией были проведены два международных конгресса — в 1993 г. в г. Льеж (Бельгия) и в 1995 г. в г. Рим (Италия), на которых обсуждались вопросы теории и практики законодательства, унификации правовых систем. Материалы конгрессов были опубликованы на английском и ряде других языков (русское издание материалов Конгресса в г. Льеж «Очерки методологии законодательства» было опубликовано в начале 1996 г. немецким издательством «Номос»).

Ассоциация работает в тесном контакте с органами Европейского Союза и иных международных организаций, национальными парламентами целого ряда стран.

Создание Российской ассоциации содействия законодательству и ее вхождение на правах коллективного члена в Европейскую Ассоциацию содействия законодательству позволят российским законодателям и правоведам активно включиться в работу по совершенствованию национального законодательства с учетом общеевропейских тенденций развития права.

Весьма полезна Европейская Конвенция «Об информационном и правовом сотрудничестве, касающемся «информационных услуг» (Москва, 4 октября 2001 г.). В ней говорится о том, что стороны настоящей Конвенции будут регулярно информировать о законодательных изменениях системы «информационных услуг» на общеевропейском уровне и при необходимости иметь возможность для обсуждения и обмена информацией и идеями относительно этих событий. Это позволит обеспечить правовую основу для проведения государствами—членами Совета Европы, обмен, где это возможно с помощью электронных средств, текстами проектов внутренних норм, направленных конкретно на «информационных услуг». В соответствии с положениями настоящей Конвенции Стороны обмениваются текстами, где это возможно с помощью электронных средств, из проекта внутренних правил, направленных конкретно на «информационные услуги», и должны привлекаться к работе информационно-правового сотрудничества. Система создана в соответствии с Конвенцией.

Для целей настоящей Конвенции: «Информационное общество услуги» означает любые услуги, обычно предоставляемые за вознаграждение на расстоянии, с помощью электронных средств и по индивидуальному запросу получателей услуг; «внутренние правила» означают правовые документы, касающиеся соблюдения требований общего характера, деятельности по предоставлению услуг, в частности, положения, касающиеся услуг, услуг и получателей услуг, за исключением любых правил, которые непосредственно не направлены на информационные услуги.

Каждая Сторона назначает орган, который отвечает за передачу и получение, где это возможно с помощью электронных средств, проекты внутренних правил, направленных конкретно на «информационные услуги», а также любые другие документы, относящиеся к функционированию настоящей Конвенции. Каждая Сторона препровождает, где это возможно с помощью электронных средств, генеральному секретарю Совета Европы текст проектов внутренних нормативных положений, направленных конкретно на «информационные услуги», и которые находятся на стадии полготовки, а также краткое резюме этих текстов на английском или французском языке.

§ 4. Кодекс: специфика регулирования

Среди разных видов правовых актов, включая законы, наибольшую «популярность» имеет кодекс. С ним связывают целостное регулирование типовых отношений, приоритеты и удобство пользования. Кодекс «путешествует» по миру, приобретая новые структурные и содержательные аспекты в качестве крупного сводного акта, и активно влияет на многие области правотворчества и правоприменения, на правосознание, порождает кодификацию законодательства как способ его упорядочения и обновления¹. Поэтому в более узком и традиционном плане кодекс выделяется рядом признаков.

Кодекс обладает следующими признаками, отличающими его от других нормативных правовых актов:

а) кодекс — это закон, занимающий высокое место в иерархии актов;

¹ Из последних работ в этой области отметим: *Рахманина Т.Н.* Кодификация законодательства. М., 2005; *Тихомиров Ю.А., Дворникова О.А., Егорова Н.Е., Морозов А.Н., Плюгина И.В., Помазанский А.Е.* Юридические приоритеты и коллизии в федеральном законодательстве // Журнал российского права. 2008. № 11.

б) кодекс представляет собой сводный нормативный правовой акт, который на основе единых принципов регулирует ту или иную сферу общественных отношений;

в) кодекс регулирует важную и достаточно обширную область общественных отношений;

г) кодекс вносит существенную новизну в содержание и методы правового регулирования однородных общественных отношений;

д) кодекс обеспечивает полноту регулирования и представляет собой крупный сводный акт, отличающийся внутренним единством, целостностью и согласованностью нормативных предписаний;

е) кодекс способствует упорядочению и укрупнению законодательства.

По своему содержанию кодексы можно разделить на ряд групп — кодексы функциональные (Бюджетный, Налоговый и т.п.), кодексы статутные (Гражданский, Трудовой), кодексы тематические (Транспортный и др.), кодексы правоохранные (ГПК, УПК, КоАП). По характеру регулирования различаются кодексы нормативно-обязательные, кодексы самообязательства, модельные (примерные), международно-ориентирующие.

Приведенная классификация свидетельствует о популярности формы кодекса для разных способов регулирования. Но первая разновидность кодексов не всегда еще отличается своей интеллектуальной и юридической мощью и нередко не является носителем принципов и юридических конструкций универсального действия.

Определяя место кодексов в российской правовой системе, отметим аспекты их соотношения с другими федеральными законами в рамках отрасли законодательства, в регулировании смежных или однородных отношений с нормами статутных законов.

В правовой доктрине и в законотворческой практике начиная с советского времени существует мнение о верховенстве кодексов над другими федеральными законами. Это обусловлено тем, что кодексы часто «самопровозглашают» свое верховенство над другими отраслевыми федеральными законами. Так, например, в ч. 2 ст. 3 ГК РФ сказано, что гражданское законодательство состоит из ГК РФ и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов, регулирующих гражданские отношения. Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ. В соответствии с ч. 1 ст. 2 Земельного кодекса РФ нормы земельного права, содержащиеся в других

федеральных законах, законах субъектов Российской Федерации, должны соответствовать ЗК РФ.

Наиболее строгой является норма УК РФ (ч. 1 ст. 1) — «Уголовное законодательство состоит из настоящего Кодекса. Новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий Кодекс».

В то же время отдельные кодексы (УИК РФ, КВВТ РФ, Воздушный кодекс РФ, Лесной кодекс РФ) положений о приоритете своих норм над нормами других законодательных актов не содержат.

По пути признания приоритета кодексов идет и практика — принимаются акты, направленные на приведение норм федеральных законов в соответствие с положениями кодексов. Таков, например, Федеральный закон от 26 июня 2007 г. № 118-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в части приведения их в соответствие с Земельным кодексом Российской Федерации», Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 161-ФЗ «О приведении Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и других законодательных актов в соответствие с Федеральным законом «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации».

Правительство РФ периодически готовит проекты законов о приведении в соответствие норм федеральных законов с положениями кодексов. Так, например, в сентябре 2008 г. готовился проект федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации (в части замены в законодательных актах ссылок на Кодекс законов о труде Российской Федерации)». Проект закона предусматривает приведение Закона Российской Федерации от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании», Федерального закона от 26 ноября 1996 г. № 138-ФЗ «Об обеспечении конституционных прав граждан Российской Федерации избирать и быть избранными в органы местного самоуправления» и Федерального закона от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» в соответствие с положениями Трудового кодекса РФ.

В отношениях между кодексами и федеральными законами наблюдается и обратная связь — нередко *при введении в действие отдельных федеральных законов вносятся изменения в нормы соответствующих кодексов*. Такова, например, ст. 17 Федерального закона от 24 июля 2008 г. № 161-ФЗ «О содействии развитию жилищного строительства»; ст. 1 Федерального закона от 24 апре-

ля 2008 г. № 49-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об опеке и попечительстве». Действуют федеральные законы, устанавливающие приоритет содержащихся в них норм над положениями других нормативных правовых актов. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 4 Федерального закона от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании» закрепляется, что законодательство РФ о техническом регулировании состоит из данного Закона, принимаемых в соответствии с ним федеральных законов и иных нормативных правовых актов РФ.

В отдельных случаях кодексы сами отдают приоритет закону (или другому кодексу) перед нормами данного Кодекса. Так, в ч. 3 ст. 129 ГК РФ сказано: «Земля и другие природные ресурсы могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому иными способами в той мере, в какой их оборот допускается законами о земле и других природных ресурсах». В п. 4 ст. 539 ГК РФ установлен приоритет законов и иных правовых актов в сфере энергетики перед нормами § 6 (энергоснабжение) главы 30 данного Кодекса.

По ч. 1 ст. 31 Земельного кодекса в субъектах Российской Федерации — городах федерального значения Москве и Санкт-Петербурге — выбор земельных участков для строительства осуществляется органом исполнительной власти соответствующего субъекта РФ, если иное не предусмотрено законами этих субъектов РФ.

В Конституции РФ упоминание о кодексах как об особых видах нормативных правовых актах отсутствует. Процедура принятия и опубликования федеральных законов и кодексов одинакова, по юридической силе они формально равны. В определениях Конституционного Суда РФ от 5 ноября 1999 г. № 182-О и от 3 февраля 2000 г. № 22-О сказано, что ни один федеральный закон в силу ст. 76 Конституции РФ не обладает по отношению к другому федеральному закону большей юридической силой.

Вместе с тем в Постановлении Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П, в частности, сделан вывод, что в целях реализации конституционных принципов федеральный законодатель, кодифицируя нормы, регулирующие производство по уголовным делам, вправе установить приоритет УПК РФ перед иными федеральными законами в регулировании уголовно-процессуальных отношений, причем приоритет УПК РФ не является безусловным и ограничен рамками специаль-

ного предмета регулирования. Приоритет УПК РФ может быть ограничен как установленной Конституцией РФ иерархией федеральных конституционных законов и обычных законов, так и правилами о том, что в случае коллизии между различными законами равной юридической силы приоритетными признаются последующий закон, закон, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений, а также закон, устанавливающий дополнительные гарантии прав и законных интересов отдельных категорий лиц, обусловленные, в том числе, их особым правовым статусом. Конституционный Суд РФ в указанном Постановлении также отмечает, что положения ч. 1 и 2 ст. 7 УПК РФ не противоречат Конституции РФ, так как закрепляют приоритет Кодекса перед другими федеральными законами лишь постольку, поскольку уголовно-процессуальным законом является именно Кодекс.

И все же пока не ясны критерии выбора кодекса как одной из форм законов. Нередко кодекс «возникает» на пустом месте, при отсутствии накопленного нормативного материала, и ему, по сути, нечего кодифицировать.

Есть и федеративный аспект. Принятие в ряде субъектов Российской Федерации кодексов (Библиотечного, Избирательного, Музейного, Трудового и др.) неоправданно. Допускается дублирование или нарушение федеральной законодательной компетенции. Форма кодекса неадекватна характеру и объему регулируемых им отношений.

Думается, основанием для разработки, принятия и реализации кодекса должны служить потребности крупных качественных изменений в механизме правового регулирования. И их соответствие с этапами социально-экономических преобразований вполне оправдано. Пока же этого почти нет.

И все же вывод очевиден: кодексы способствуют укреплению внутрисистемных связей в законодательстве, выполняют важную интегрирующую роль в соответствующих отраслях и сферах законодательства. Целесообразно поэтому в федеральном законе о нормативных правовых актах установить принцип соответствия кодексу других нормативных правовых актов в части регулирования общественных отношений, входящих в сферу действия данного кодекса. Нужны дополнительные гарантии стабильности кодексов против их частых изменений. Оправданы строго обоснованные программы кодификации в соответствии с этапами социально-экономического развития и темпами законотворчества.

Что представляют собой кодексы иностранных государств? Дигесты Юстиниана явились, пожалуй, одним из первых кодексов в многовековой истории права Европы. В поручении об их подготовке было сказано о необходимости собрать и исправить все римские постановления и включить в один кодекс разрозненные тома разных авторов, устранить противоречия, дополнить и исправить то, что устарело. В 50 книгах были закреплены положения о праве и законе (в частности, формула Модестина «Позднейшие законы имеют большее значение, чем те, которые были раньше»), о функциях должностных лиц, о статусе людей, о процедурах в судах, об имущественных правилах и сделках, о браке, об опеке, о военном деле и др. Как видно, в кодексе собраны правила по многим отраслям права, и их значение как четких юридических формул подтверждено веками.

Последующие столетия право в европейских странах развивалось в русле римских принципов и постулатов. Шагом вперед был Гражданский кодекс Франции 1804 г. (Кодекс Наполеона), который на рубеже нового исторического времени содержал в систематизированном виде юридические нормы о лицах, вещах и сделках. Это живой кодекс, и уже вышло в свет более 100 изданий.

Во Франции этот способ исторически пользуется большой популярностью, но его содержание во многом отличается от привычной для российской доктрины и практики формы кодификации.

Кодификация понимается как собрание, объединение в один или несколько томов совокупности правовых норм перманентного характера, относящихся к определенной области (социальная безопасность, шахты, кредит и др.), вступивших в силу после одобрения и официального опубликования. Тексты распределяются методически, классифицируются в соответствии с объектом и по плану. Они представлены в частях, различающихся в соответствии с этим планом, следуя их природе: закон, декрет Госсовета, декрет, решение. В кодексе две части — законодательная и регламентационная.

Кодекс не создает новые правила, а охватывает только действующее право. В то же время нормы актов, не включенные в кодексы, утрачивают юридическую силу. Поставлена задача кодифицировать все французское право, обеспечивая соотношение его с международными нормами и лишь интерпретируя директивы и регламенты ЕС.

Следует отметить, что кодексы европейских стран при всей общности имеют и отличия по объему и способам регулирования. В некоторых из них наряду с гражданскими действуют торговые кодексы. В Италии есть Навигационный кодекс, трудовые отношения регулируются Гражданским кодексом и другими актами. Нет трудового кодекса и в Германии, зато есть Социальный кодекс. Семейное право нередко выражается в нормах гражданских кодексов. В Англии предпочтение отдается законам, которые консолидируют применительно к тем или иным институтам нормы прежних актов и прецедентного права. В 2001 г. Верховная Рада Украины одобрила Хозяйственный кодекс. В США кодификация в сфере гражданского, уголовного и процессуального права начиналась в штатах, где готовились и своды законов.

Одним из первых модельных кодексов стал Единообразный торговый кодекс США¹, разработанный Американским институтом права и Национальной конференцией уполномоченных по разработке единообразных законов штатов и одобренный в 1952 г. К 1990 г. появилось несколько его обновленных редакций. Кодекс — скорее модельный, нежели непосредственно регулирующий акт, ибо таковым становится лишь после одобрения законодательными органами штатов. Ряд его норм допускает альтернативные варианты. Это не полная кодификация, а скорее собрание норм по отдельным институтам, причем без традиционных для гражданских кодексов общих положений, так как последние относятся к компетенции штатов.

Актуализируется международная кодификация. Происходившее интенсивное расширение процесса договорной унификации, отражающего формирование способов единообразного регулирования международных сделок и коммерческого оборота, позволяет вести речь о субправе. Устав и документы УНИДРУА, принципы европейского контрактного права и акты других международных структур дают основание говорить об усилении тенденции создавать «нормы будущих отношений» — те четкие формулы, которые служат моделью будущих наилучших решений. И поэтому кодексы занимают среди них все более видное место, будучи порождением согласованной воли государств-учредителей таких структур предоставить субъектам торгово-экономических отношений выбор норм не национальных систем, а внациональной правовой системы.

¹ Единообразный торговый кодекс США / Пер. с англ. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996.

Тут и выбор, и свобода контракта, и императивность общего правового порядка¹.

Устойчивость государственного строя и экономики стран североевропейского права предопределила стойкую тенденцию к унификации. В 1880 г. на территории Швеции, Финляндии и Дании вступил в силу единый Кодекс о векселе, позднее появились единые законы о торговом знаке, торговом реестре, фирме и др. В первой трети XX в. вступают в действие единые законы о купле-продаже движимого имущества, о договорах, в 1970-х годах — о торговых посредниках, о платежах в рассрочку и др. Этим актам свойственны не общие части, а конкретно-регулирующие нормы, видимо, в силу общих преимущественно историко-правовых истоков общественного сознания и жизни этих стран.

Шагом вперед в развитии кодексов как формы международно-правовой унификации стал Кодекс Бустаманте (Конвенция о международном частном праве 1928 г.), принятый на Шестой конференции американских государств.

В рамках Содружества Независимых Государств более десяти лет действует Межпарламентская Ассамблея. Ее главное детище — модельные законы как рекомендательные правовые акты. Их уже более 220. Они могут быть полнотекстовыми или содержать лишь общие согласованные принципы и институты. Имеют смысл акты нормативной ориентации, приобретающие непосредственно регулирующее значение после рассмотрения в национальных парламентах и принятия в целом или частично. Появились и модельные кодексы, например Гражданский и Налоговый (специальная часть — по отдельным видам налогов). Они содержат типичные правовые характеристики субъектов права, их обязанностей и ответственности, которые конкретизируются в национальных кодексах. К сожалению, используются модельные акты не в полную силу.

Примечательная тенденция последних десятилетий, отражающая усиление глобальных интеграционных процессов в экономической и финансовой сферах и громадную самостоятельную роль крупнейших национальных, транснациональных компаний и корпораций, — разработка ими нового вида кодексов. К их числу можно отнести Международный налоговый кодекс Гарвардского университета, который стал гегемоном в «налоговом мире», кор-

¹ См. подробнее: *Бахин С.В.* Субправо. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2002.

поративные кодексы МБРР и МВФ, которые трансформируются в нормы национального гражданского и акционерного права. Корпоративный кодекс как свод норм-самообязательств для хозяйствующих субъектов в целях обеспечения их «примерной деятельности» действует и в России.

Усиливаются кодификационные работы в рамках Европейского Союза. Принят, в частности, Европейский кодекс конкуренции с судебными процедурами. В конце 2002 г. опубликован проект Европейской Конституции, в которой есть раздел об актах и их иерархии. С ней должны будут считаться государства-члены. Готовится Конституционный акт союзного государства России и Беларуси. Подобные конституционные акты повлияют на общую кодификацию, что становится характерным для правовых систем именно межгосударственных объединений. Кстати, в рамках Международной академии сравнительного права готовится европейский гражданский кодекс.

Появляются кодексы как профессиональные нормы-самообязательства. Это кодексы, призванные регулировать поведение лиц определенной профессии. В них содержатся преимущественно нормы этико-морального характера, но есть и правовые нормы. Принимаются кодексы либо в пределах профессионально-трудового сообщества, либо органами и саморегулирующими организациями, которые выражают их интересы. В любом случае они представляют собой свод правил-самообязательств, выполнение которых служит залогом успешной трудовой и производственной деятельности.

В хозяйствующих субъектах нередко создаются кодексы делового поведения. Готов корпоративный кодекс, как уже говорилось. ФКЦБ подготовила проект кодекса аудиторской этики и представила его на рассмотрение Совета по аудиторской деятельности при Министерстве финансов. В нем содержатся требования к членам аудиторских объединений. Российский союз промышленников и предпринимателей принял Хартию деловой и корпоративной этики. Действует Кодекс чести, принятый судейским сообществом. Появился Кодекс государственных служащих. В январе 2003 г. на съезде адвокатов принят Кодекс профессиональной этики адвоката.

Каков же общий вывод? Кодификация выступает наиболее радикальным способом упорядочения и обновления законодательства, и кодексы, занимают видное место в системах национальных законодательств. Оправданно использование кодексов как формы унифицированного международно-правового регули-

рования и как способа тематического структурирования разных правовых актов. Все это объясняет интерес к дальнейшей разработке проблем теории кодификации и методологии правовой регламентации общественных отношений.

§ 5. Подзаконное регулирование

В этом параграфе речь идет о самом широком — по объему и способам — правовом регулировании. Подзаконное регулирование в общем механизме регулирования играет роль специально-оперативного обеспечения государственного и локального управления, связывая нормы более общего характера с предметной деятельностью организаций, учреждений и предприятий, с конкретными действиями людей. Речь идет, во-первых, о строгой подзаконности; во-вторых, об опосредовании функций органов исполнительной и муниципальной власти, организаций; в-третьих, о предметной специализации актов; в-четвертых, конкретность их предписаний; в-пятых, об оперативности разработки, принятия и выполнения.

Естественно, круг подзаконных актов весьма широк, но уделяем в данном случае внимание преимущественно актам в системе исполнительной власти. Их можно разделить на три группы — правительственные акты, ведомственные акты и локальные акты, связанные между собой началами иерархической и функциональной зависимости. Тогда цепь актов выстраивается по принципу «от общего — к частному», меняя в разных звеньях сферы, объемы и способы регулирования. Но опорной конструкцией служит обеспечение правильного соотношения закона и подзаконного акта.

Задаемся вопросом: как закон относится к появлению других актов? Возможны два основных ответа. Первый означает законодательное регулирование статуса исполнительных органов и установление оснований и порядка издания ими соответствующих актов. Пока, к сожалению, в нашей стране нет федерального закона «О нормативных правовых актах», федерального закона о федеральных органах исполнительной власти. «Компенсацией» служат подзаконные положения и регламенты и нормы тематических законов. В субъектах РФ есть законы об исполнительных органах и о нормативных правовых актах.

Для сравнения обратимся к опыту Канады. Там есть Закон «О подзаконных актах». Statutory Instruments Act (R.S., 1985,

с. S-22); Постановление Правительства Канады «**О законодательстве**». Cabinet Directive on Law-Making March 1999; Акт устанавливает принципы нормотворческой деятельности Правительства; Постановление Правительства Канады «**О совершенствовании подзаконных актов**». Cabinet Directive on Streamlining Regulation; Правительство устанавливает необходимость соответствия подзаконных актов агентств и департаментов общим установленным в Постановлении стандартам; Постановление Правительства Канады «**Об учете фактора воздействия на окружающую среду при составлении проектов правил, программ, планов**». Cabinet Directive on the Environmental Assessment of Policy, Plan and Program Proposals; Акт Правительства Канады «**Об общих научных и технологических рекомендациях: принципы и подходы эффективного использования научных и технологических рекомендаций при принятии решений Правительством**». A Framework for Science and Technology Advice: Principles and Guidelines for the Effective Use of Science and Technology Advice in Government Decision Making. Акт Правительства Канады «**О мерах предосторожности при принятии научно обоснованных решений относительно риска**» A Framework for the Application of Precaution in Science-based Decision Making about Risk.

«Подзаконный акт» 1994 г. № 104 от 1994 г. С учетом поправок от 21 сентября 2007 г.

Часть 1 — Предварительные выборы

1. Цель.
2. Вступление в силу.
3. Определения.
4. Установленное статутное правило.
5. Автоматическое аннулирование статутного правила.

Часть 2. Подготовка к установленному законному правилу.

6. Консультация.
- 6А. Консультационное удостоверение о и нарушении закона.
7. Обстоятельства при которых подготавливаются положения о регулировании разногласий.
8. Исключения из 7-го пункта.
9. Изъятие из 7-го пункта.
10. Положения об урегулировании противоречий.
11. Комментарии и предложения.
12. Уведомление о принятии решения.
- 12А. Удостоверение о правах человека.

Часть 3. Создание, табулирование и вступление в силу статутных правил

13. Раздел 13 удостоверения.

14. представление статутных правил действующему губернатору.

15. законодательные нормы, которые представлены Парламенту.

16. Время вступления в силу статутных правил.

Часть 4. Публикации и Доступность

17. Статутное правило должно быть пронумеровано, распечатано и опубликовано.

18. Инкорпорация поправок.

19. Ссылка на статутную норму.

20. Доступность статутного правила.

Часть 5. Проверка, приостановление действия

21. Рассмотрение Контрольным Комитетом статутного правила.

22. Полное или частичное приостановление действия статутного правила.

23. Приостановление или отмена статутных правил или части статутных правил.

24. Последствия приостановления статутного правила или части этого правила.

25. Удостоверение о приостановлении статутного правила или части этого правила.

Часть 6 — Общая

26. Руководящие принципы.

27. Консультативные функции Контрольного Комитета.

28. Правила процедуры.

Часть 7. — Отмененные положения

Положения ст. 29–32 — Отменены.

Часть 8. Важные (постоянные) и переходные положения.

33. Отмена подзаконного акта 1962.

34. Применение переходного положения 35, 36 — отменено.

Расписание — 1-е вопросы, которые должны быть включены в руководящие принципы.

Расписание — 2 — Отмена.

Заключение.

1. Общая информация.

2. Таблица поправок.

3. Пояснение деталей.

Целями этого акта являются:

А. Обеспечить чтобы правомочие издания подзаконных актов осуществлялось при условии контроля и подотчетности власти Парламента;

В. Регулирование подготовки, изготовления, публикации и анализа законодательства, подзаконных актов;

С. Обеспечение общественности в подготовке и проверке подзаконных актов;

Д. Внесение изменений в толкование законодательных актов, закон 1984 г. в связи с инкорпорированием документов, инкорпорированием поправок и использованием подзаконных актов.

Второй ответ на поставленный вопрос касается содержательного соотношения закона и подзаконного акта. Последний выступает либо в рамках круга, очерченного законом в общих компетенционных границах субъектов, либо круга, заполняемого актами «во исполнение закона». Сделаем более подробные пояснения.

Незыблемым остается конституционное положение о деятельности публичных и иных структур на основе и во исполнение закона. Правовое государство призвано обеспечивать верховенство закона, и этому служат закрепленные обязанности граждан соблюдать закон, обязанности всех органов и организаций действовать в соответствии с законодательством. Таковы обязанности органов исполнительной власти, установленные Конституцией РФ, конституциями и уставами субъектов РФ, федеральными и региональными законами, наконец, положениями об этих органах. В п. 1 ст. 15 и п. 3 ст. 18 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» на служащего возложены *обязанности по соблюдению закона*.

В научной литературе даны обстоятельные характеристики системы правовых актов и обоснована высокая роль закона как основного и первичного регулятора общественных отношений. Вопрос в том, насколько глубоко усвоены эти положения и насколько последовательно они реализуются в практике государственного строительства.

В федеральных и региональных законах можно увидеть разные способы влияния на подзаконные акты: установление компетенционных границ органа, принципов и содержания правотворчества в сфере, отрасли, определенных типов актов, подлежащих принятию, поручение принять конкретный акт.

Нельзя упрощать связи между правовыми актами и сводить их к единичным «встречам». Мы не обращаем внимания на *вну-*

трисистемные зависимости, на внутренние корреляции в правовой системе. Между тем они важны, и вот некоторые из них:

а) плотность законодательного регулирования уменьшает и даже исключает «поводы» для принятия подзаконных актов (и напротив, слабость норм их провоцирует);

б) формирование «правовых цепей» означает комплексное связывание органов и организаций. Например, ФЗ «О техническом регулировании», ФЗ «О пожарной безопасности», ФЗ «Технический регламент о требованиях пожарной безопасности» служат основанием принятия специальных нормативных правовых актов для обеспечения пожарной безопасности объектов защиты (продукции). У них своя иерархия;

и) идет «восхождение» формы правового акта снизу — вверх и подготовка текста закона путем иной концентрации ведомственных норм;

г) возрастание удельного веса локальных актов и актов самоуправления уменьшает потребности в подзаконном регулировании;

д) перераспределение функций в системе исполнительной власти влечет изменение видов регулирования;

е) неисполнение закона порождает дополнительные правовые нагрузки.

На практике соотношение закона и подзаконных актов нередко воспринимается в самом общем виде, без выделения их элементов как первичных клеток. Но ведь именно они в качестве норм, правил регулируют поведение людей и деятельность организаций. Вот почему в структуре закона оправданно выделять: нормы-дефиниции, нормы-принципы, нормы-цели, нормы-стимулы, нормы-санкции, нормы-запреты, нормативно-технические требования и др. Наборы этих норм в разных законах используются неодинаково.

В подзаконных актах, естественно, преобладают распорядительные нормы, конкретные предписания, нормы-задания, поручения. Причем и их состав неодинаков в правительственных, ведомственных и локальных актах, что плохо учитывается в практической деятельности.

Сказанное позволяет устанавливать такую корреляцию закона и подзаконных актов, которая отражает их иерархичность и функциональные связи.

Казалось бы, концептуальные основы верховенства права в управлении гарантируют его устойчивость и эффективность. Но в действительности картина иная. Можно заметить противоречивое

наличие «законодательных пустот» и заполнение их подзаконными актами. *Некоторые демократические институты требуют законодательных решений, например о публичных слушаниях и обсуждениях, об общественном контроле.* И, конечно, важнейшие сферы жизни — торговля, социальные услуги, коммунальное хозяйство, застройка, промышленная политика и др. — должны иметь законодательную основу.

Бывает и «капитуляция» законодателей. Например, в Петербурге действует жесткая норма строительного регламента — высота строений до 100 метров. Но городской парламент недавно уступил поправке в Генплан и открыл дорогу «высоткам».

Иногда наблюдается обратная картина — законы «мельчат», посвящаются решению узкоспециальных и конкретно-ситуационных проблем. Но, очевидно, к этому лучше приспособлены подзаконные акты разных видов и уровней.

Значит, нужен баланс.

Как известно, правовые акты служат основным способом осуществления компетенции органов исполнительной власти и иных структур. Среди их полномочий первое место занимают разработка, участие в обсуждении и принятии и реализация законов. Таковы императивы тематических (отраслевых) законов и положений об органах. В наборе иных полномочий без труда выявляются правовые акты и документы. Так, в ст. 5 Федерального закона «Об охране окружающей среды» к полномочиям федеральных органов отнесены «статусы и режимы», «порядок», «требования» «учет», «информации» наряду с содержательными действиями (мониторинг, контроль, охрана и т.п.).

Для сравнения рассмотрим Положение о Министерстве природных ресурсов и экологии РФ, утвержденного 29 мая 2008 г. На основании и во исполнение Конституции РФ, ФКЗ и ФЗ, актов Президента РФ и Правительства РФ министерство самостоятельно принимает следующие виды актов и документов: «порядок», «классификация», «методики», «форма бланков», «региональные перечни», «федеральные нормы и правила», «требования», «форма декларации», «технические нормативы», «инструкции», «методические указания», «инструктивно-методические документы», «положения», «нормативы», «таксы», «акты» — всего 50.

Такая детальность актов и документов имеет в конечном итоге своим источником законодательные нормы, но определить их реальное соотношение очень трудно. Добавим содержащийся в положениях о федеральных министерствах запрет устанавливать

не предусмотренные указанными выше законами и правовыми актами Президента РФ и Правительства РФ при осуществлении правового регулирования функции и полномочия органов, равно как и вводить ограничения прав граждан и юридических лиц «вне» нормы закона и указанных актов.

Рассмотрим проблемы формирования массива ведомственных актов. Этому способствуют Правила подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации (в ред. постановлений Правительства Российской Федерации от 11 декабря 1997 г. № 1538, от 6 ноября 1998 г. № 1304, от 11 февраля 1999 г. № 154, от 30 сентября 2002 г. № 715, от 7 июля 2006 г. № 418) и Разъяснения об их применении, утвержденные приказом Минюста России от 4 мая 2007 г.

Установлено, что нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти издаются на основе и во исполнение федеральных конституционных законов, федеральных законов, указов и распоряжений Президента Российской Федерации, постановлений и распоряжений Правительства, а также по инициативе федеральных органов исполнительной власти в пределах их компетенции. Нормативные правовые акты издаются федеральными органами исполнительной власти в виде постановлений, приказов, распоряжений, правил, инструкций и положений. Издание нормативных правовых актов в виде писем и телеграмм не допускается.

Подчеркнем: структурные подразделения и территориальные органы федеральных органов исполнительной власти не вправе издавать нормативные правовые акты.

Нормативный правовой акт может быть издан совместно несколькими федеральными органами исполнительной власти или одним из них по согласованию с другими.

Проект нормативного правового акта подлежит согласованию с заинтересованными министерствами и ведомствами, если такое согласование является обязательным в соответствии с законодательством, а также если в нормативном правовом акте содержатся положения, нормы и поручения, касающиеся других министерств и ведомств. Согласование нормативного правового акта оформляется визами.

Одновременно с разработкой проекта нормативного правового акта должны быть подготовлены предложения об изменении и дополнении или признании утратившими силу соответствующих ранее изданных актов или их частей.

Если при подготовке нормативного правового акта выявились необходимость внесения существенных изменений и дополнений в ранее изданные нормативные правовые акты или наличие по одному и тому же вопросу нескольких актов, то в целях их упорядочения разрабатывается единый новый акт. В проект такого акта включаются новые, а также содержащиеся в ранее изданных актах нормативные предписания, которые сохраняют свою силу.

Государственной регистрации подлежат нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, устанавливающие правовой статус организаций, имеющие межведомственный характер независимо от срока их действия, в том числе акты, содержащие сведения, составляющие государственную тайну, или сведения конфиденциального характера. Государственная регистрация осуществляется Министерством юстиции Российской Федерации, которое ведет Государственный реестр нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти. Государственная регистрация нормативного правового акта включает: юридическую экспертизу соответствия этого акта законодательству Российской Федерации; принятие решения о необходимости государственной регистрации данного акта; присвоение регистрационного номера; занесение в Государственный реестр нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти.

В регистрации нормативного правового акта может быть отказано, если при проведении юридической экспертизы будет установлено несоответствие этого акта законодательству Российской Федерации. Нормативные правовые акты возвращаются Министерством юстиции Российской Федерации издавшему их органу с указанием причин отказа. В течение 10 дней со дня получения отказа в государственной регистрации руководитель федерального органа исполнительной власти или лицо, исполняющее его обязанности, издает соответствующий документ об отмене нормативного правового акта, в регистрации которого отказано, и направляет его копию в Министерство юстиции Российской Федерации.

Порядок подготовки и принятия нормативных правовых актов при осуществлении нормативного регулирования в установленной сфере деятельности (для федеральных органов исполнительной власти, наделенных соответствующими полномочиями) установлен «Типовым регламентом внутренней организации федеральных органов исполнительной власти». Нормативные правовые акты издаются федеральным органом исполнительной власти

в виде приказа или в ином установленном законодательством Российской Федерации виде в соответствии с утверждаемыми Правительством Российской Федерации правилами подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации. Далее излагается тот же порядок подготовки и согласования проекта нормативного правового акта. Нормативные правовые акты федерального органа исполнительной власти подписываются руководителем федерального органа исполнительной власти (лицом, исполняющим его обязанности).

Как показывает изучение практики, исполнительные органы нередко нарушают законы. С опозданием изменяются и отменяются устаревшие, но принимаются акты «во исполнение». Игнорируются законодательные нормы либо искажаются и неверно применяются. Локальные предписания рождаются не на основе закона, а в силу ошибочных и незаконных ведомственных актов и даже произвольно. Поэтому *действия по отмене таких актов и признанию их недействительными по протестам органов прокуратуры и решениям судов должны быть последовательными и бескомпромиссными*. Отрадно, в частности, что Верховный Суд РФ усилил контроль за законностью правительственных и ведомственных актов.

Подчеркнем: разные законодательные нормы служат источниками для подзаконного правотворчества и правоприменения, то мягкими, то жесткими, то ориентирами, то поручениями — **обязательствами**. И все органы и организации обязаны действовать на основе закона и во исполнение его. Таков императив. Реагирование на закон и его нормы должно быть умелым, правильным, обоснованным и своевременным. Но оно, естественно, не придает управленческой деятельности механистического характера, поскольку исполнительные органы обладают законно установленной мерой самостоятельных решений и действий. Они действуют в соответствии с нормативно-целевыми ориентирами, заданиями длительного радиуса, используют набор средств для их выполнения путем оценки их альтернативности. В этом и заключается **управленческое усмотрение**, позволяющее творчески решать традиционные и новые проблемы.

Упорядочению соотношения закона и подзаконного акта и обеспечению всей управленческой деятельности в соответствии с законодательством служат процедуры. Казалось бы, зачем они нужны, если в ходе управления приходится быстро принимать решения в меняющейся обстановке, где многое зависит от ком-

петентности и усмотрения руководителей и специалистов. Но при этом нельзя отклоняться от базовых правовых принципов и нормативно установленных целей, иначе — ущерб делу и гражданам, нарушения законности.

В нашем законодательстве всегда допускалась недооценка роли процедур, которым отводилось место лишь в юрисдикционной сфере. Поэтому ныне особую значимость приобретают известные процедуры подготовки и принятия законов, актов Правительства РФ и федеральных органов, региональных органов. Полезны и иные процедуры.

В условиях административной реформы совершен поворот — разрабатываются и утверждаются административные регламенты осуществления функций государственных органов и оказания государственных услуг. Еще предстоит улучшать их качество и процесс реализации, но бесспорна полезность упорядочения и «юридической предсказуемости» текущей управленческой деятельности.

В современных условиях актуализируется вопрос о качестве подзаконного регулирования. Проводимая административная реформа отчетливо выявила серьезные проблемы в развитии ведомственного нормотворчества, в организации подготовки, принятия и реализации правовых актов федеральных и региональных органов исполнительной власти. Разрастание массива этих актов и их невысокое качество требуют принятия мер по экономии средств и времени для их принятия и оперативности реализации.

Как известно, в настоящее время вопросы подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти регулируются «Правилами подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации», утвержденными постановлением Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1009, а также разделом 5 Типового регламента внутренней организации федеральных органов исполнительной власти, утвержденного постановлением Правительства РФ от 28 июля 2005 г. № 452, в значительной степени повторяющим положения постановления № 1009. Общее регулирование дополняется специальными нормами, предусмотренными регламентами федеральных органов исполнительной власти, а также отдельными административными регламентами.

Однако, нормативное регулирование вопросов подготовки и принятия ведомственных актов нельзя признать удовлетвори-

тельным. Нормы о порядке подготовки, принятия и регистрации указанных актов крайне лаконичны и фрагментарны, при этом содержательные аспекты остались в стороне. Анализ практики разработки, принятия и реализации нормативных актов федеральных органов исполнительной власти свидетельствует о наличии ряда серьезных проблем в указанной сфере.

а) Отсутствует четкое разграничение нормативных и ненормативных актов федеральных органов исполнительной власти, что порождает случаи обхода существующего порядка подготовки и регистрации нормативных актов. В частности, наблюдаются попытки включения норм права, затрагивающих права и законные интересы граждан и организаций, в акты, по форме относящиеся к индивидуальным (ненормативным), что позволяет ведомствам игнорировать требование об их регистрации в Министерстве юстиции РФ.

б) Ведомственные акты слабо ориентированы на исполнение соответствующих норм законов, нередко принимаются вне сферы их действия и с большим опозданием.

в) Допускаемые постановлением Правительства РФ № 1009 шесть видов нормативных актов в настоящее время используются федеральными органами исполнительной власти весьма произвольно, для решения разных задач и плохо отражают специфику статусов разных государственных органов. Их смешение приводит к использованию одного вида акта для решения различных вопросов и неодинаковых видов для разрешения однородных задач. Также следует отметить использование ведомствами не предусмотренных постановлением № 1009 некоторых видов актов, что порождает бессистемность и путаницу в системе ведомственного нормативного регулирования.

г) В действующих нормативных правовых актах четко не определены основания для подготовки и принятия ведомственных нормативных актов, что не препятствует выходу органа власти за пределы своей компетенции, принятию различными ведомствами нескольких нормативных актов, регулирующих одни и те же отношения, а также подмене и вытеснению подзаконными актами норм федеральных законов.

д) Мешает отсутствие правил взаимодействия в системе органов исполнительной власти в ходе подготовки и принятия нормативных актов.

е) Не преодолено проявление ведомственного интереса в ущерб государственным и социальным интересам. Это выража-

ется: в излишнем увеличении количества и объема ведомственных актов; в ограничении прав и законных интересов граждан и юридических лиц, введении административных барьеров; в произвольном изменении норм федеральных законов, указов и постановлений Правительства РФ, аналогичных актов на уровне субъектов РФ; в отсутствии государственного и общественного контроля за принятием и реализацией ведомственных актов; в задержке изменений или отмены ведомственных актов после принятия новых законов и актов вышестоящих органов.

ж) Подавляющее число ведомственных нормативных актов принимается без проведения какого-либо анализа и прогноза последствий их реализации, что снижает эффективность решения с их помощью актуальных социально-экономических задач.

В этой связи представляется целесообразной в рамках административной реформы разработка:

а) нового постановления Правительства РФ «О порядке подготовки, принятия и реализации нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации», которое позволило бы устранить указанные недостатки и способствовало решению проблем подзаконного нормотворчества;

б) Методических рекомендаций анализа и оценки эффективности реализации нормативных актов федеральных органов исполнительной власти;

в) корректировке процедур подготовки проектов федеральных законов.

Серьезного внимания заслуживает растущий массив специальных **технико-юридических правил**, в том числе технических регламентов, их содержание существенно влияет на качество разных видов деятельности, а несоблюдение нормативных требований представляет серьезную общественную опасность. Это определяет крайнюю социальную значимость процессов подготовки, принятия и реализации указанных актов. Однако в указанной сфере есть существенные проблемы.

а) В настоящее время отсутствует какой-либо порядок подготовки указанных технико-юридических правил, утверждаемых федеральными органами исполнительной власти, а также их экспертной и общественной оценки. Это приводит к бессистемности развития массива указанных документов, разнообразию их видов и названий, а также неопределенности их положения в системе нормативных актов. Не удается детализировать и унифицировать

правила подготовки и принятия технико-юридических актов, четко определить их соотношение между собой (в том числе их юридическую силу), а также с иными подзаконными актами.

б) Налицо слабая информированность граждан и организаций о вступлении в силу и содержании технико-юридических актов, а также существенность издержек частных лиц, связанных с поиском соответствующей информации.

В этой связи представляется целесообразной:

а) разработка постановления Правительства РФ «О порядке подготовки и принятия федеральными органами исполнительной власти технико-юридических нормативных актов», определяющего:

- основания принятия технико-юридических нормативных актов;
- виды технико-юридических нормативных актов, их соотношение между собой и с иными нормативными актами;
- структуру и содержание технико-юридических нормативных актов;
- порядок их подготовки, экспертного и общественного обсуждения;
- способы оценки эффективности технико-юридических актов;

б) подготовка Министерством промышленности и торговли РФ предложений о порядке формирования свода правил технического регулирования.

Следовало бы усилить внимание к качеству локальных правовых актов. Изучение нормотворческого массива свидетельствует о возрастании удельного веса локальных актов, принимаемых в организациях, учреждениях и предприятиях разных форм собственности. В этом отражается тенденция децентрализации управления и развития институтов экономического саморегулирования. Однако в этой деятельности возникает немало проблем, требующих разрешения.

До сих пор не упорядочены системы локальных актов в области образования, здравоохранения и т.п., в саморегулируемых организациях. Не вполне обоснованы реальные соотношения локальных актов с законами и иными подзаконными актами, что порождает ограничения самостоятельности учреждений и организаций. Остается невысоким качество локальных актов.

С учетом сказанного целесообразно:

а) поручить федеральным органам исполнительной власти обобщать опыт принятия и реализации соответствующих ло-

кальных актов, разработать и реализовать предложения по их упорядочению;

б) поручить научно-образовательным центрам разработать типовые методические рекомендации о процедурах подготовки, принятия и реализации локальных актов.

Громадный и неупорядоченный объем правотворческой и правоприменительной деятельности органов исполнительной власти порождает немало нарушений законности. Это требует системного анализа причин и видов нарушений и принятия мер по их устранению. Во-первых, в действующих положениях о федеральных органах исполнительной власти необходимо более точно определить функции органов в сфере укрепления законности и основания ответственности за нарушения законодательства. Во-вторых, при подготовке административных регламентов, регламентов предоставления информации в соответствии с федеральными законами «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» следует строго определить обязательные требования и виды актов и документов, используемых в органах исполнительной власти.

В-третьих, назрела необходимость в обеспечении согласованной деятельности юридических служб органов, организаций и учреждений. Утвержденное постановлением Правительства РФ от 2 апреля 2002 г. «Типовое положение о юридической службе федерального органа исполнительной власти» может быть изменено соответствующим образом. Следует обобщить опыт координации юридических служб в Центральном федеральном округе. Целесообразно поручить Министерству юстиции РФ подготовить предложения об организации системной деятельности юридических служб в стране.

В-четвертых, необходимо добиться более эффективного реагирования органов исполнительной власти на протесты и представления органов прокуратуры и решения судебных органов. В частности, требуются последовательные действия по реализации постановления Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих».

Все это будет способствовать укреплению законности в государственном управлении.

§ 6. Договорное регулирование

Рассматривая механизм правового регулирования в широком смысле, мы считаем нужным выделять договорное регулирование и договоры и соглашения как его цель и результат. В этом смысле можно вести речь о договорных актах в широком смысле, для которых характерны равенство сторон, самостоятельный выбор или предмет договоренности, добровольное принятие на себя обязательств в соответствии с предметом договора, и самоответственности за надлежащее выполнение обязательств.

Истоки многих договоров и соглашений заложены в конституциях и законах и едва ли нужно проводить какие-либо иллюстрации. Важнее подчеркнуть «победное шествие» договоров, соглашений в рамках многих отраслей права и законодательства.

Обратим внимание на подвижное место договоров и соглашений в общей цепи правовых актов. Они могут служить правообразующим источником для законов и подзаконных актов, с одной стороны, и быть производными от них — с другой. Перераспределение полномочий в системе публичной власти и управление часто влечет за собой замену императивных регуляторов — договорными, а иногда и закону последних актами правительственных, ведомственных и локальных актов. Импульсом для отмеченных рокировок служат правильно понятые перемены в объектах регулирования, но нередко и сугубо субъективистские и лоббистские мотивы и действия.

Поиск меры регулирования и тут очень важен, поскольку договоры и соглашения знаменуют собой свободный выбор более гибких правовых средств решения задач и достижения эффекта по принципу саморегулирования.

В сфере публичного права отечественной и зарубежной практике широко известны договоры и соглашения в рамках конституционного¹, административного², отчасти финансового, земельного, экологического и трудового права. Обще известный постулат о развитии международного правового регулирования путем разработки, принятия и выполнения международных,

¹ См.: *Иванов В.В.* Нормативный конституционно-правовой договор: теория и практика. М., 2008.

² См.: *Старосыяк Е.* Элементы науки управления. М.: Прогресс, 1965; *Демин А.В.* Административные договоры. Свердловск, 1996; *Курчевский С.В.* Административный договор. Формирование современной теории и основные проблемы. Воронеж, 2002.

правительственных и межведомственных договоров не требуют доказательств.

Добавим к сказанному и соглашения, сторонами которых выступают общественные организации и объединения граждан как с публичными и экономическими, социальными субъектами, так и между собой.

Еще раз подчеркнем, одной из разновидностей правового регулирования является договорное регулирование. Договоры выступают юридической формой свободного волеизъявления равноправных сторон по поводу добровольного принятия и выполнения обязательств. В этом смысле речь идет о самообязательствах, и не случайно договоры получили «прописку» почти во всех отраслях права и очень широкое распространение даже в рамках механизма публично-правового регулирования. Но, разумеется, их родиной является гражданское право и в этом убеждают характеристики договоров, разработанные цивилистами¹.

В нашей стране долгое время основная масса договоров заключалась во исполнение или для исполнения плановых актов. Воля контрагентов в договорах складывалась под прямым или косвенным влиянием заданий государственных органов.

Тенденция повышения роли договора стала проявляться в последние годы в современной России. Эта тенденция связана с коренной перестройкой экономической системы страны и признанием частной собственности, сужением государственного регулирования хозяйственной сферы, установлением свободы выбора контрагентов².

Отмечается, что регулирующая роль договора сближает его с законом и иными нормативными актами, отличается от правовой нормы происхождением правил поведения (договор выражает волю сторон, а правовой акт — волю издавшего его органа) и различием пределов действия правила поведения: договор непосредственно рассчитан на регулирование поведения только его сторон — для тех, кто не является сторонами, он может создать права, но не обязанности. Правовой нормативный акт порождает общее для всех и каждого правило. Отмеченные особенности отличают именно гражданско-правовой договор. Есть различные виды публично-правовых договоров, — грань, отграничивающая

¹ См. подробно: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 1. Общие положения. 2-е изд., исправл. М.: Статут, 1999. С. 9–14.

² *Предпринимательские договоры.* М.: Юриспруденция, 2008; *Оглоблина О., Тихомиров М.* Образцы договоров по гражданскому законодательству Российской Федерации. М., 2007.

его от нормативного акта, стирается. И все же во всех случаях в публичном договоре в конечном счете определяющее значение имеет воля сторон.

Договор служит формой активности участников гражданского оборота. Несмотря на изменение его социально-экономического содержания, в ходе истории общества сама по себе конструкция договора как порождение юридической техники остается весьма устойчивой.

С развитием системы общественных отношений, опосредствуемых договорами, расширился состав возможных участников наряду с физическими лицами (гражданами) в этой роли могут выступать коллективные образования, признанные самостоятельными субъектами гражданского права — юридическими лицами. Все более многообразными становились предусмотренные в законодательстве типы договоров, усложнялись комбинации элементов, используемых при конструировании договорного правоотношения, и др.

Важное регулирующее значение имеют локальные акты и среди них те, которые содержат корпоративные нормы¹. Корпоративные нормы регулируют не отдельный случай или конкретно общественное отношение, а типичные ситуации, или вид отношений, имеющих место в корпорации, и в этом плане можно говорить о создании с их помощью моделей корпоративных отношений. Корпоративные нормы имеют общий характер, т.е. рассчитаны не на одного или нескольких человек, а сразу на многих лиц, поименно не указанных.

Сфера действия корпоративных норм ограничивается принадлежностью субъекта к коллективу или членством, возникающим по различным основаниям. Содержание корпоративных норм составляет воля коллектива корпорации.

Корпоративные нормы строятся чаще всего по принципу согласования мнений, выражают баланс интересов управляющих и акционеров, а также интересов наемных работников. Корпоративные нормы характеризуются соединением в одном лице субъекта и объекта регулирования.

В правовой системе корпоративные нормы занимают особое место. Корпоративными нормами должны регулироваться не все отношения, складывающиеся в организации, а лишь те из них, которые затрагивают основы жизни коллектива. В нормативно-

¹ См. подробно: *Кашанина Т.В.* Корпоративное (внутрифирменное) право. М.: Норма, 2003. С. 76–86.

правовую систему органично включаются также корпоративные нормы, образуя свою подсистему.

В нормах общего действия предусматривается возможность коллектива регулировать свое поведение самостоятельно. В общих нормах определяются направления корпоративного регулирования путем указания на цели, задачи общества, государства, того или иного нормативного акта либо на назначение того или иного вида деятельности. Установлены пределы корпоративизма о регулирования. Нормы, изданные государством, определяют и процедуру принятия корпоративных норм. Корпоративные нормы по своему содержанию не должны противоречить нормам общегосударственным.

§ 7. Техничко-юридическое регулирование

Технические нормы всегда рассматривались вне системы правового регулирования ввиду необычности субъектов и объектов соответствующих отношений. Новые условия экономического и научно-технического развития настоятельно требуют открыть двери храма классического права для новых участников правовой сферы.

Какова динамика данного явления? В середине и конце XIX в. отечественных и иностранных юристов в большей степени интересовали вопросы соотношения права с другими социальными нормами и особенно с нравственностью. Технические нормы не относились к их числу и оставались в «тени». Н.М. Коркунов в «Лекциях по общей теории права» (1880), анализируя определение права, выделил нормы технические и этические. Содержание первых определяется, по его мнению, объективными данными сообразно «закона данной группы явлений», независимо от субъективного отношения к ним. От человека зависит только выбор целей, а технические нормы служат правилами их достижения. Ведь «техно» по-гречески означает искусство. Эти нормы являются факультативными, в отличие от этических норм, в том числе правовых, которые обязательны¹.

И все же техническое регулирование и технико-юридические нормы не были «новичками» на правовой сцене. В начале XX в. техницизм ворвался в правовую систему, но скорее в виде ино-

¹ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб: Юридический центр-пресс, 2003. С. 51–56.

родного явления. Известный юрист Е.Б. Пашуканис различал собственно правовое регулирование общественных отношений и регулирование в почтовой, железнодорожной и военной службах, где оно жестко предопределено целью и характером деятельности диспетчера, врача и т.п. Здесь нет, в отличие от правового порядка, частных субъектов с их притязаниями. Такая конструкция вписывалась в рамки общей тенденции усиления непосредственного, т.е. административно-технического, руководства в порядке подчинения общему хозяйственному плану. «Классовость» права с его формами ей уступает¹.

Отторжение технических норм от правовых приобрело в 1920–1930-х годах устойчивый характер и сохранилось поныне. Почти все учебники по теории государства и права не включают технические нормы в число источников права, т.е. нормативных правовых актов, нормативных договоров, правовых обычаев и судебного прецедента. Правда, их стали нередко называть технико-юридическими. В административном праве к источникам также относят чаще всего нормы, регулирующие общественные отношения в сфере деятельности исполнительных органов и муниципальных органов, а также в сфере деятельности общественных организаций и негосударственных организаций, предприятий и учреждений при осуществлении ими отдельных властных полномочий. В классификации обязывающих, запретительных, разрешительных и иных норм не находят места технические нормы, хотя они обладают, бесспорно, административно-регулирующим характером.

Пришло время коренным образом изменить взгляд на техническое регулирование и свойственные ему правила. Это вызвано усиленной технизацией, электронизацией и информатизацией многих сторон общественной жизни и закономерностями глобализации, включая правовую сферу. Опасности, связанные с техногенными и природными катастрофами, служат дополнительными аргументами. Признание роли технико-юридических норм и включение их в систему права позволит лучше понять и использовать такой эффективный регулятор социально-экономических процессов. Можно предвидеть, что удельный вес таких норм будет возрастать не столько за счет количественных, сколько качественных изменений. К примеру, в перечне приоритетных научных направлений — развитие нанотехнологии как процесса

¹ См.: Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории права и государства. М.: Наука, 1980.

построения новых объектов и материалов с помощью манипуляций с отдельными атомами. Уже ведется работа по созданию одобренного мировым сообществом строгого свода правил о применении нового знания.

Техничко-юридические предписания имеют ярко выраженный публичный характер и обращены к неопределенному кругу лиц. Регулируя конкретные операции с материальными объектами, они формируют правоотношения с одним «обязанным» субъектом и рассматривают сквозь призму операций и индикаторов их социальные последствия — положительные и отрицательные.

Нормы различаются по своему содержанию. Одни из них — технологические — адресованы конкретному лицу в рамках его должностных обязанностей, другие — производственные и строительные — адресованы как обязанному субъекту, так и его партнерам, третьи устанавливают количественные показатели операций — квоты, объемы, статьи, отчетность и т.п., четвертые содержат нормативы (ориентиры и пределы) действий.

Законодательство устанавливает особый юридический режим введения и применения техничко-юридических норм. Речь идет:

- а) о нормативных основаниях принятия таких норм, содержащихся в законах и подзаконных актах;
- б) разных видах техничко-юридических норм, которые должны быть введены в действие;
- в) об обязанностях органов исполнительной власти принять определенные виды техничко-юридических норм;
- г) о поручении принимать меры технического регулирования;
- д) об обязательности введения таких норм, как условия возникновения правоотношений, и запрете юридических действий без их принятия;
- е) обязательном характере соблюдения техничко-юридических норм;
- ж) ответственности за соблюдение техничко-юридических норм.

Как и традиционные нормы права техничко-юридические нормы защищены законом. В Трудовом кодексе РФ закреплены обязанности работодателя по обеспечению безопасных условий и охраны труда, в частности проверка знаний работниками соответствующих инструкций, наличие комплекта нормативных правовых актов, содержащих требования в данной сфере (ст. 213). Материальная ответственность работника за ущерб, причиненный работодателю, предполагает оценку выполнения им производственно-технических требований. Ведь при заключении

трудового договора работодатель обязан ознакомить работника с локальными актами, имеющими отношение к его трудовой функции (ст. 68).

Более строгие меры ответственности за нарушение технико-юридических норм установлены в КоАП РФ. Таковы составы административных правонарушений в промышленности, строительстве и энергетике, когда их основаниями считаются нарушения требований промышленной безопасности или условий лицензии, государственных стандартов, технических условий, проектов норм или правил строительства, эксплуатации машин и оборудования, отсутствие специальных разрешений, отступления от правил приема и ввода объектов, нарушения правил пользования электрической и тепловой энергией, правил пользования электроустановками (ст. 9.1–10.14). В главе 12 содержится перечень административных правонарушений в области дорожного движения, возникающих вследствие нарушений основных положений по допуску транспортных средств к эксплуатации (приложения к Правилам дорожного движения) и других специальных правил. Средством обеспечения технико-юридических норм являются и статьи Уголовного кодекса.

Рассмотрим законодательные основания установления и применения технико-юридических норм. В Федеральном законе от 30 марта 1999 г. №52-ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» определены санитарно-эпидемиологические требования обеспечения безопасности среды обитания для здоровья человека. Имеются в виду санитарные правила, санитарно-эпидемиологические заключения, физиологические нормы питания, критерии безопасности атмосферного воздуха, нормативы предельно допустимых выбросов химических и иных веществ (ст. 12–27).

В главе VII Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» закреплён перечень требований в области охраны окружающей среды при осуществлении хозяйственной и иной деятельности. Это соблюдение нормативов допустимой антропогенной нагрузки на окружающую среду, нормативов выброса веществ, введение технических средств контроля и технологий обезвреживания отходов производства, правила производства, хранения, транспортировки, применения, захоронения радиоактивных веществ (ст. 34–56).

Весьма широкие потребности в техническом регулировании имеются в сфере транспорта, что нашло свое выражение в зако-

нодательных актах о железнодорожном транспорте, в Воздушном кодексе РФ и Кодексе торгового мореплавания.

Шагом вперед в развитии технического регулирования стал Федеральный закон от 27 декабря 2002 г. № 1840-ФЗ «О техническом регулировании», который придал технико-юридическим нормам статус законодательных норм, способствуя тем самым формированию их мощного комплекса. Дана дефиниция технического регулирования как правового регулирования отношений в области установления, применения и исполнения обязательных требований к продукции, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, а также в области установления и применения на добровольной основе требований к продукции, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, выполнению работ или оказанию услуг и правовое регулирование отношений в области оценки соответствия. Правительство РФ разрабатывает предложения об обеспечении соответствия технического регулирования интересам национальной экономики, уровню развития материально-технической базы и уровню научно-технического развития, а также международным нормам и правилам. В этих целях утверждается программа разработки технических регламентов, которая должна ежегодно уточняться и опубликовываться.

Базовым элементом признается технический регламент как документ, который принят международным договором РФ, ратифицированным в порядке, установленном законодательством РФ, или федеральным законом, или указом Президента РФ, или постановлением Правительства РФ, и устанавливает обязательные для применения и исполнения требования к объектам технического регулирования (продукции, в том числе зданиям, строениям и сооружениям, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации).

Установлен порядок разработки, принятия, изменения и отмены технического регламента. Главное — регламент принимается федеральным законом в порядке, установленном для принятия федеральных законов, с учетом положений Закона о техническом регулировании. Разработчиком проекта технического регламента может быть любое лицо. О разработке проекта технического регламента должно быть опубликовано уведомление в печатном издании федерального органа исполнительной власти по техническому регулированию и в информационной системе общего пользования в электронно-цифровой форме.

Обеспечивается целостность всего блока технического регулирования. В этих целях технические регламенты, международные стандарты, документы и правила стандартизации, нормы стандартизации и рекомендации по стандартизации, национальные стандарты других государств и информация о международных договорах в области стандартизации и подтверждения соответствия, о правилах их применения составляют Федеральный информационный фонд технических регламентов и стандартов. Этот фонд является государственным информационным ресурсом. Порядок его создания и ведения устанавливается Правительством РФ.

Как видим, действует огромное количество технико-юридических норм. Потребность в их высоком качестве и эффективном использовании становится все более острой. Что же нужно сделать для ее удовлетворения? Тут не обойтись «чистой» в этом массиве, сокращением одних норм, формированием других. Требуется системный подход.

На развитие всего комплекса технико-юридических норм все сильнее влияют международно-технические акты и нормы. На предприятиях России активно внедряется международная система качества ХАССП, которая введена в качестве ГОСТа, в Беларуси — система менеджмента качества ИСО серии 9000, повлиявшая на процедуры и методы сертификации продукции и услуг, систему управления качеством с паспортами операций. Международные стандарты могут использоваться в качестве основы для разработки проектов технических регламентов, при этом технический регламент может быть принят международным договором, в том числе с государствами СНГ. В стране широко внедряется система международной бухгалтерской отчетности.

Налицо тенденция согласованности и унификации национальных и международных технико-юридических норм. Вопрос заключается в степени реальной готовности к введению подобных систем международно-технических норм как на предприятиях, так и в отраслях. Этого требует вступление страны в ВТО.

Целесообразно изменить взгляд на природу технического регулирования, которое опосредовано правом, признать его специальной разновидностью правового регулирования, а технико-юридические нормы — одним из источников права.

Нужны исследования в данной области, которые позволят установить типичные черты технико-юридических норм. Это подчиненность нормам закона в качестве средства их специализированного юридического обеспечения, хотя эта линия не вы-

явлена еще в полной мере. Это формирование массива норм по предметно-отраслевому признаку и главным образом в рамках административного права и других отраслей права, где их пока не замечают.

В то же время обнаруживаются трудности в создании и применении технико-юридических документов. Во-первых, существуют разнобой и путаница в их наименованиях (требования, правила, нормы и т.п.); во-вторых, нет строгой системы и иерархии их документов между собой; в-третьих, мешает отсутствие согласованности между субъектами, уполномоченными их разрабатывать, утверждать и применять.

Сделаны первые шаги. Действуют правительственные программы разработки технических регламентов в 2004–2006 гг. и 2007–2009 гг. Приняты федеральные законы о технических регламентах о качестве производства ряда продуктов питания, пожарной безопасности и др. Продолжение работ в этом направлении следует сочетать с глубоким изучением технических правил и их последовательном и строгом соблюдении, с жестким контролем. Цена ошибок и нарушений очень велика.

§ 8. Международно-правовое регулирование

Со второй половины XX и в начале XXI в. все более отчетливо выявляется высокая регулятивная роль международного права. Оно обеспечивает прочность мирового правопорядка и устойчивое сотрудничество государств в разрешении общих проблем как в глобальном, так и региональном масштабах. Государства ищут и находят согласованные правовые решения, облекая их в различные формы международно-правовых актов, — декларации, договоры, уставы, модельные кодексы, стандарты и т.п. Содержащиеся в этих актах нормы-дефиниции, нормы-принципы, нормы-цели, коллизионные нормы, презумпции дают конкретизированную ориентацию международной и национальной деятельности и порождают соответствующие реакции государств и модификации в их правовых системах.

Весьма примечательная тенденция последних десятилетий, когда в общих международно-правовых актах увеличивается удельный вес правовых актов, «прошедших» на международный уровень из сфер национального права. Там они укрупняются до той степени нормативной концентрации, которая присуща имен-

но международным нормам, и в таком преобразованном виде. Они «возвращаются» в сферы национального права в виде деклараций, договоров, хартий, кодексов и т.д. К примеру, в рамках Организации экономического сотрудничества действуют «Принципы корпоративного управления ОЭСР», в Европейском Союзе есть Кодекс хорошего административного поведения, принятый в 2001 г., призванный нормализовать отношения институтов и их служащих с гражданами и юридическими лицами.

Каковы критерии правильного использования международно-правовых норм? Видимо, их несколько: а) верное понимание международных нормативных понятий и терминов; б) обоснованное «приложение» принципов международного регулирования к предметам национально-правового регулирования; в) строгое применение нормативных «связок» «ссылка», «отсылка» к национальным актам и действиям; г) сочетание международных и национальных норм для согласованного регулирования однородных или смежных отношений; д) соотносимость между международными нормами по их юридической силе, времени и сферам действия; е) легальность применения международных норм после их прохождения «через» конституционные процедуры ратификации; ж) правильное и своевременное корректирование национальных норм.

В оценке соотношения международно-правовых и национальных актов и норм все большую значимость приобретает признание новой роли международного права в процессе сравнительного правоведения. Нами уже отмечалась функция международно-правовых принципов и норм как интегратора, своего рода общего знаменателя в развитии национальных норм¹. С одной стороны, ими создаются условия для все более активного использования «правовых образцов» других стран, а с другой — гармонизации национальных законодательств и тесного переплетения национальных и «внешних» норм.

Содержание «внешних» — относительно национальной правовой системы — норм зависит и от природы их субъектов. Проведем здесь водораздел между нормами обычных международных организаций и нормами межгосударственных объединений как «сравнительно нового феномена в публичной сфере. Правоведами уже разработаны типичные характеристики международной организации. Это объединение стран, обладающее организаци-

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М.: Норма, 1996.

онным и функциональным единством, учредительным актом, правоспособностью»¹.

Межгосударственное объединение — более высокая форма интеграции государств. Это признано в конституциях ряда стран (в том числе в Конституции РФ, что вытекает из смысла ее ст. 79). Во-первых, их органы построены по аналогии с национальными законодательными, исполнительными и судебными органами, во-вторых, их акты имеют форму прямого действия, т.е. сходны с законами.

Международное право, будучи по своей природе преимущественно договорным, уделяет большое внимание порядку заключения и выполнения международных договоров. Сегодня типичные положения в данной сфере изложены в известных Венских конвенциях о праве международных договоров, касается ли это трех стадий принятия международных обязательств или классического принципа «договоры должны соблюдаться». В нашей стране действует Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации».

В российской правовой системе подписанный и ратифицированный федеральным законом международный договор подлежит реализации. При этом важны оговорки и заявления о применении вместо положений какой-либо статьи договора норм национальных законов, о совместимости обязательств, о намерении признать международные стандарты. Федеральные и иные структуры должны принимать меры по его выполнению. Правительство РФ принимает постановления по выполнению обязательств российской стороны, вытекающих из международных договоров. В частности, определяется министерство или другое ведомство как национальный (административный) орган по соблюдению данного договора, даются поручения о принятии конкретных решений, правил и т.п. Заключаются хозяйственные соглашения.

Самой универсальной международной организацией является Организация Объединенных Наций. Учрежденные Уставом ООН органы принимают различные правовые решения. Генеральная Ассамблея — рекомендации, резолюции, решения, рассматривает общие принципы сотрудничества (ст. 18). Совет Безопасности — доклады (общие и специальные), рекомендации, решения о конкретных мерах, срочных военных мероприятиях, собственные

¹ См. подробнее: *Ушаков Н.А.* Государство в системе международного регулирования. М., 1997.

правила процедуры. Решения Совета Безопасности выполняются членами Организации непосредственно и путем их действий в соответствующих международных учреждениях.

Успешно действуют специальные Комиссии ООН (по международной торговле и др.), европейских структур (Комиссия по контрактному праву Европарламента и др.), чьи нормативные модели чаще всего служат стандартом для применения в национально-правовых системах.

Источником нормообразования служат постоянные международные форумы. Участники Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) периодически принимают документы или акты, содержащие их согласованные оценки международных ситуаций и направления совместной деятельности. Так, в июне 1990 г. принят Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению в декабре 2009 г. — программные принципы в сфере климата.

Своеобразным является процесс унификации права в странах Латинской Америки. Первоначально был сделан упор на подготовке кодексов международного публичного и частного права. В послевоенный период возрастает роль «кодексов поведения», «стандартов регулирования», «общих принципов регулирования», вводимых с помощью конвенций. Унифицированные нормы, в основе которых лежат международные договоры, обладают приоритетом в иерархии норм. Межамериканские конвенции, ратифицированные государствами — членами Организации американских государств, формируют единое право. Таковы конвенции о международном частном праве 1928 г. (Кодекс Бустаманте), о получении свидетельских показаний за границей 1975 г., о судебных поручениях 1975 г., об экстерриториальном действии иностранных судебных и арбитражных решений 1979 г. и др.¹

В мире действует немало международных специализированных организаций. Их задача — содействие сотрудничеству государств в различных сферах жизни на основе единых принципов и норм. Международная организация труда (МОТ), ЮНЕСКО, Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) и другие выполняют большой объем работы по реализации общих международно-правовых актов и собственных решений.

Так, МОТ в соответствии с Уставом принимает декларации (об основополагающих принципах и правах в сфере труда и др.),

¹ Унификация права стран Латинской Америки (ч. I и II). М., 1991.

конвенции, резолюции, рекомендаций (например, о процедурах определения условий занятости на государственной службе, о сотрудничестве в отраслевом и национальном масштабе). Есть своего рода соподчиненность между этими государствами—членами в процессе их реализации. После ратификации конвенций ими осуществляются законодательные меры, меняется практика, распространяется информация¹.

К сожалению, положения международных договоров и соглашений иногда просто дублируются в текстах национальных правовых актов. В некоторых случаях их вообще игнорируют. Поэтому столь важна подготовка Федерального закона «О порядке реализации международно-правовых актов в правовой системе Российской Федерации».

Нарастающая информационно-технологическая идентичность многих видов деятельности государств настоятельно требует ее единообразной и даже «жесткой» регламентации. Иначе неизбежны катастрофы, потери, убытки, жертвы из-за неправильной эксплуатации технических средств. Регламентные нормы, регулирующие вопросы авиационного и морского движения, иные аналогичные нормы имеют обязательную силу². Признанием и подтверждением ее являются соответствующие нормы, содержащиеся в Воздушном кодексе и Кодексе торгового мореплавания нашей страны.

В русле этих процессов можно отметить и повышение удельного веса правил, норм и стандартов, разрабатываемых и принимаемых независимыми международными структурами. Высокое качество документов и авторитет этих структур придают их рекомендательным актам значение универсальных регуляторов. Конвенции, кодексы, общие принципы УНИДРУА (например, о международном финансовом лизинге), ЮНСИТРАЛ, принципы Европейского контрактного права, типовые финансовые правила расчетов, кодексы корпоративного поведения и управления все шире используются для нормативной ориентации в процессе правотворчества и правоприменения, при осуществлении финансово-экономических операций.

¹ Основные права человека в сфере труда и их защита. основополагающие международные правовые документы-стандарты. Комментарии специалистов // Библиотека «Российской газеты». 1999. Вып. 22; 2000. Вып. 23.

² См.: *Малинин С.А., Ковалева Т.М.* Правовая природа административно-регламентационных актов, издаваемых межгосударственными организациями // Правоведение. 1999. № 2.

В мире сложились или формируются самые разные межгосударственные объединения. Их акты, как отмечалось выше, более четко структурированы и приближены по форме к национальным актам. Отсюда и более «податливая» реакция последних.

Значительную роль играет Европейский Союз, имеющий различные институты для принятия правовых решений. Их разделяют по объему и характеру регулирования на регламенты (Договоры о ЕЭС, Евроатоме и др.) и общие решения. Первая группа — это акты права ЕС, обладающие одинаковой юридической силой на территории всех государств ЕС и применяемые странами—участниками полностью. Вторую группу актов с обязательной силой образуют директивы. В соответствии с ними адресаты должны принимать меры для решения определенных задач в установленные сроки. К необязывающим актам относятся заключения и рекомендации. В них выражены позиция и оценка органов ЕС, побуждающие адресатов к определенным действиям. В процессе реформы европейских институтов большое внимание уделяется подготовке к принятию «Европейской конституции».

Большую работу по формированию демократических ценностей и институтов в Европе проводит Совет Европы¹. В его структуру входят Комитет министров, принимающий решения, Парламентская Ассамблея, организующая анализ и обсуждение проблем развития демократии, Конгресс региональных и местных властей — рупор низовых структур и населения. Принимаемые конвенции и хартии, а их около 200, служат как бы эквивалентом более 80 тыс. двусторонних соглашений и образуют правовой фундамент для государств—членов и внесения изменений в национальные законодательства и их гармонизации. Круг вопросов охватывает различные сферы: от защиты компьютеризированных данных, насилия во время спортивных мероприятий и охраны природы до деятельности средств массовой информации, культурного сотрудничества, предотвращения пыток и защиты национальных меньшинств.

В отношении проблем, не подходящих для разработки конвенций, Комитет министров принимает рекомендации, содержащие предложения по основным направлениям политики для национальных правительств.

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод направлена на защиту основных прав и свобод каждой

¹ Конвенции Совета Европы и Российская Федерация: Сборник документов. М.: Юридическая литература, 2000.

личности. Право процедур позволяет государствам—членам или отдельным гражданам подать жалобу на то государство, которое, как они считают, нарушает положения Конвенции. Европейский Суд по правам человека обеспечивает подателям жалоб прямой доступ к Суду.

Европейская социальная хартия легла в основу законодательных реформ в области семьи, защиты молодых рабочих, прав профсоюзов, социального страхования и т.д. Она гарантирует 23 основных права.

Европейская культурная конвенция является базисом для межправительственного сотрудничества в сфере образования, культуры, спорта и молодежной политики.

Европейская хартия местного самоуправления использована в России при подготовке соответствующих федеральных и региональных законов.

Межпарламентская Ассамблея СНГ (МПА) принимает разные акты — постановления, заявления и др. Особое место занимают модельные акты, которые разрабатываются в целях создания единого правового пространства СНГ, сближения законодательных решений его государств—участников по наиболее важным, принципиальным вопросам, требующим унификации правового регулирования, устранения противоречий и расхождений между правовыми нормами разных государств — участников СНГ, которые могут нанести существенный вред регулированию общественных отношений.

К видам модельных законодательных актов относятся Общие (основные) принципы, Основы единой политики, модельный закон как типовой законодательный акт Межпарламентской Ассамблеи, содержащий нормы, регулирующие определенную сферу общественных отношений; модельный кодекс.

Подготовка модельного акта возможна в виде научной концепции законодательного акта; проекта законодательного акта; проекта определенной части законодательного акта.

Модельный акт рассматривается на пленарном заседании МПА и принимается ее постановлением. Он направляется парламентам государств — участников МПА для рассмотрения в рамках их процедур, без какой-либо ратификации. Однако опыт реализации более 200 модельных актов свидетельствует о низкой степени их действия.

В Договоре об учреждении Евразийского экономического сообщества (2000) предусмотрены решения и рекомендации, принимаемые Межгосударственным Советом и Интеграционным

Комитетом. Межпарламентская Ассамблея вправе разрабатывать основы законодательства в базовых сферах правоотношений, принимать типовые проекты для последующей разработки актов национального законодательства.

Новой ступенью правовой интеграции является раздел VI «Акты Союзного государства» Договора о Союзном государстве России и Беларуси.

Установлено, что для осуществления целей и принципов Союзного государства его органы в пределах своей компетенции принимают нормативные правовые акты, предусмотренные настоящим Договором, а именно: законы, основы законодательства, декреты, постановления, директивы и резолюции. Органы Союзного государства также могут принимать рекомендации и заключения.

По предметам исключительного ведения Союзного государства принимаются законы, декреты, постановления и резолюции. Декреты и постановления принимаются органами Союзного государства на основании настоящего Договора и законов Союзного государства. По предметам совместного ведения Союзного государства и государств—участников принимаются Основы законодательства, директивы и резолюции. Нормативные правовые акты Союзного государства по предметам совместного ведения Союзного государства реализуются путем принятия национальных нормативных правовых актов государств—участников по соответствующим вопросам.

Законы и декреты предназначены для общего применения, являются обязательными во всех частях и после их официального опубликования подлежат прямому применению на территории каждого государства—участника.

В случае коллизии нормы закона или декрета Союзного государства и нормы внутреннего закона государства—участника преимущественную силу имеет норма закона или декрета Союзного государства. Однако данное положение не применяется к коллизии норм закона или декрета Союзного государства и норм, содержащихся в конституциях и конституционных актах государств—участников.

Постановления являются обязательными во всех своих частях для того государства, физического или юридического лица, которому они адресованы. Директивы являются обязательными для каждого государства, которому они адресованы, при сохранении за органами соответствующего государства свободы выбора форм и методов действий. Резолюция — акт, посредством

которого обеспечивается текущая деятельность органов Союзного государства.

При всей важности отмеченных актов ими не исчерпывается содержание международно-правового регулирования. Весьма чувствительная и тонкая сфера межгосударственных отношений и отношений граждан разных стран, организаций экономического и социального характера предполагает появление и реагирование на идеи, теории и концепции, идеологические оценки, подходы суверенных государств, на понимание сфер «международного» и «национально-государственного». Таков опыт истории и современности.

Великий И. Кант был одним из первых мыслителей, кто пытался создать новую модель мирового порядка. По его мнению, международное право, регулирующее отношения между государствами, должно быть вытеснено Конституцией сообщества государств, космополитические правила государств и индивидуумов, правил «всеобщего государства народов». Юрген Хаберман посвятил статью анализу этих постулатов¹.

Приведем ее некоторые положения. С окончанием холодной войны появился однополярный глобальный порядок, в котором безусловно доминирует военная, экономическая и технологическая сверхдержава. То счастливое обстоятельство, что Соединенные Штаты являются в то же время старейшей демократией в мире, может вдохновить на концепцию, отличающуюся от концепции гегемонистического либерализма. Неконсервативный и неокантианский проекты согласуются по своим целям на абстрактном уровне. Оба требуют обеспечения международной безопасности и прав человека во всем мире, но они со всей очевидностью отличаются по выбору средств и в детализации выбранных целей.

Что касается средств, *этически обоснованный* унилатерализм (*unilateralism*) больше не ощущает себя ограниченными установленными процедурами в *международном праве*. И относительно конкретной формы нового глобального порядка гегемонистский либерализм не стремится к правовому (*law-governed*), политически сконструированному мировому обществу, но вместо такого космополитического правопорядка он стремится к международному порядку формально независимых либеральных государств, которые действуют под защитой, обеспечивающей мир сверхдер-

¹ См.: Хабермас Ю. Кантовский проект конституционазации международного права. Есть ли у него будущее? // Проблемы философии права. Т. IV–V. Київ. 2006–2007.

жавы, и повинуются императивам полностью либерализованных глобальных рынков. Согласно этой модели мир был бы обеспечен не благодаря праву, а благодаря этическим ценностям имперской власти; и мировое общество было бы интегрировано не через *политические* отношения среди граждан мира (*world citizens*), а через *системные* отношения (*sistemic relations*) в конечном счете через рынок.

Эти средства больше доступны для международного сообщества, объединенного горизонтально и обязанного эффективно сотрудничать, чем унилатерализм доминирующего государства, которое либо игнорирует, либо инструментализирует международное право. Образ однополярного мира точно отражает асимметричное распределение политической власти, но искажает то обстоятельство, что сложность дифференцированного и высоко взаимозависимого мирового общества не может больше быть управляемым из центра. Конфликты между культурами и основными религиями не могут больше контролироваться исключительно военными средствами, в отличие от кризисов на мировых рынках, которыми возможно осуществлять регулирование административными средствами.

Ученые-международники давно включились в процесс анализа мировых процессов. Украинский академик В.М. Корецкий в статье «Международное хозяйственное право и мировое право», опубликованной в 1928 г., рассмотрел ряд аспектов проблемы¹.

Он писал: «...Если во всех государствах будут установлены одинаковые нормы, регулирующие данный институт, тогда бесчисленные правоотношения международного оборота сделаются простыми, ясными, а потому и прочными.

...Мировое право как “международно-одинаковое право” часто упоминается в литературе. Чудится уже многим, что грезы о мировом (частном) праве претворяются в действительность. Общеизвестные международные конвенции о праве железнодорожном, вексельном и др. кажутся триумфальными шествиями мирового права, и от мечтаний о рисовавшемся недостижимым единстве переходят к изучению практических путей его претворения в жизнь. Ждать естественного нивелирования правовых институтов — не терпится. Рецепцию и простую имитацию считают недостаточными. Договорное (между всеми государствами) соглашение кажется исключительно целедостигающим средством.

¹ Корецкий В.М. Очерки международного хозяйственного права // Избранные труды: В 2 кн. Кн. 1 / АН УССР. Ин-т государства и права; редкол.: В.Н. Денисов (гл. ред.) и др. Киев: Наукова думка, 1989.

Сегуют все же, что сделано в этом направлении пока весьма мало, несмотря на усилия ряда международных организаций. Вернее, почти ничего не сделано, ибо те конвенции (о железнодорожном, вексельном праве и др.), которые заключены были в мироправовых целях, либо сошли с униформистского пути, либо не дали реального эффекта. Неудивительно, что даже униформистов стали обуревать сомнения. Все чаще начинают звучать пессимистические нотки. Усмехаются, когда слышат о возможности достижения мирового права в ближайшем будущем. Подчеркивают препятствия, которые стоят на пути к мировому праву, как к достижению его, так и к сохранению достигнутого: различие языков, несогласованность терминологии, неизбежное различие судебной практики в отдельных государствах при отсутствии единого высшего суда, непрочность международных договоров и др. Признают порою вред униформизма и решаются подойти даже к критике принципиальных оснований его, то вскрывая его «метафизическую сущность», то доказывая, что униформистские попытки, отправляясь от словесного униформизма равнозвучащих норм, приводят к равенству закона вместо того, чтобы привести к равенству права.

В связи с этим все более суживаются объем и пространство рекомендуемого действия мирового права. От широкого охвата всего частного права обращаются к более или менее узкому перечню правовых институтов либо ограничивают в общей форме применение униформизма «пределами хозяйственных интересов мирового оборота». Вместо правового объединения всех государств, и то лишь «культурных, цивилизованных народов», говорят уже о групповом объединении средневропейских (Германия и Австрия), скандинавских, южно-американских и т.д. государств.

Все эти сомнения и ограничения вращаются все же вне сферы основного вопроса, который следует поставить для освещения мирового права как средства регулирования мирохозяйственного оборота: в какой мере современные потребности мирохозяйственного оборота выявляют необходимость установления единообразных норм в мировом масштабе?»

Эстафету глобальной доминанты функциональных норм подхватили в США. Там выполнялись проекты Нью-Йоркского Университета и школы права Института Международного права и Юстиции. Совместный вариант «Глобальное управление и глобальное административное право в международном правовом порядке» был проработан с Мертономским колледжем Нью-Йорк-

ско-Оксфордского Университета. Обзорный материал, подготовленный Нико Криш и Бенедикт Кингсбири, содержит ряд радикальных положений. О чем идет речь?

Глобализация и появление глобального управления трансформируют структуру международного права. Различие между внутригосударственным и международным правом становится менее обоснованными, мягкие формы создания норм становятся все более распространенными, суверенное равенство государств постепенно подрывается и основание легитимности международного права все в большей степени ставится под сомнение.

Глобальное административное право означает, что большая часть глобального управления может пониматься как регулирование и администрация. Зарождается глобальное административное пространство, в котором строгая дихотомия (разделение) между внутригосударственным и международным в большей степени разрушена, в котором административные функции осуществляются часто в сложном взаимодействии между должностными лицами и институтами.

Отмечается, что множество регуляторных функций в глобальном управлении принадлежат внешне не формальным структурам публичной власти, управленческим структурам, номинально являющимся «гибридами», частно-публичными и смежными с частными институтами. Авторы считают спорным вопрос о соотношении компетенции и юрисдикции Всемирной торговой организации, Международного банка, Международного валютного фонда, Международной организации стандартизации, и других международных неправительственных организаций, не входящих в структуру ООН и четко не регламентированных международным правом. Действительно, роль подобных структур увеличивается и их специальные акты строго регулируют движение людей, технических средств и капитала. Но концепция глобального административного пространства рассматривается как альтернатива всем существующим до сих пор научным концепциям и теориям. Ею признается обоснованным множество форм и средств правового регулирования, так сказать, частнопубличного характера. Глобальное административное пространство не имеет национальных границ в правовом регулировании и отражает потребность в появлении новых форм властвования и управления, т.е. императивно-диспозитивных, отражающих потребности и специфику институтов права в условиях глобализации.

Утверждается, что международное право устаревает, благодаря невычлененной, спонтанной системе юридической силы

резолюций и решений Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности ООН, признающих и не признающих их государств. Глобальный административный порядок в рамках глобального административного пространства означает более широкое, подвижное, отвечающее современным требованиям, юридическое новообразование, гармонично вплетающееся в право, политику, экономику, культуру и другие сферы общественных отношений, которое не основано на суверенном равенстве государств, как международное право, но отличается транспарентностью, многофункциональностью и адаптированностью не только к публично-правовым, но и к частноправовым институтам. Новые формы глобального административного права будут являться результатами консолидации международного, внутригосударственного и административного права, посредством появления новых «норм-конгломератов». Данные «нормы-конгломераты» могут появляться за счет имплементации норм не только международного права во внутригосударственное, но и наоборот, в имплементации норм глобального административного управления в систему международного права¹.

Как видно, в научном и политическом плане делается акцент на «растворение» государства как системы, на передачу его функций коммерческим структурам и наднациональным институтам. Специализированные нормы «агентств» получают приоритет. Тем самым подводится теоретический фундамент под любые произвольные действия на международной арене в интересах супергосударства и транснациональных корпораций. Между тем вопрос заключается в правильно понятых и реализуемых национальных и международных интересах. Правовое обеспечение их гармоничного сочетания является актуальной задачей² хотя реальные отступления от правовой модели слишком очевидны.

Весьма содержательны в этом плане Рекомендации Международного научного симпозиума на тему «Принцип соблюдения международных договоров: коллизии международного и национального права», проведенного Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации 21 апреля 2008 г. Участники Международного симпозиума отметили, что в современный период международное право весьма расширило рамки взаимодействия с национальным

¹ European Journal of International Law. Vol. 17. 2006. № 1; Law and Contemporary Problems. School of Law. Duke University. Vol. 68: Summer autumn. 2005.

² Правовое обеспечения национальных интересов. М., 2005.

правом, в том числе за счет интернационализации отношений государств друг с другом на основе международно-правовых стандартов. Универсальным международно-правовым принципом, являющимся наряду с другими общепризнанными принципами и нормами международного права базой взаимодействия указанных систем права, является принцип добросовестного соблюдения международных обязательств. Он касается выполнения норм международных договоров, международно-правовых обычаев, и тех решений международных организаций, которые являются обязательствами согласно их уставам. Формой выражения данного принципа являются как международные договоры, например Устав ООН, так и иные источники международного права. Вместе с тем этот принцип нашел отражение в национальных актах государств, например во многих Конституциях.

Принцип добросовестного соблюдения международных обязательств входит в состав общепризнанных принципов и норм, упомянутых в Конституции Российской Федерации. Этот принцип нашел непосредственное закрепление в Федеральном законе «О международных договорах Российской Федерации». Государство реализует данный принцип посредством соответствующих действий системы органов, которые осуществляют взятые государством международные обязательства.

Основной формой закрепления международных обязательств является международный договор, к которому применяется принцип добросовестного соблюдения международных обязательств, в более узком смысле принцип — договоры должны соблюдаться (*pacta sunt servanda*). Если принцип добросовестного соблюдения международных обязательств является общеотраслевым принципом, то принцип *pacta sunt servanda* следует относить к одной из отраслей международного права — праву международных договоров. Можно определить элементы содержания указанного принципа:

1) если договор заключен и действует, он должен добросовестно соблюдаться;

2) добросовестность выполнения обязательств означает такое выполнение договора, когда его «дух» соответствует «букве» договора (соответствие намерений, целей сторон содержанию договора);

3) выполнение обязательств вытекает из каждого действующего соглашения, а значит, что договор должен выполняться, если он вступил в силу на условиях, определенных в самом договоре, например, при условии ратификации;

4) недопустимость произвольного, т.е. не предусмотренного договором или международным правом основания отказа от выполнения обязательств;

5) нарушения международного обязательства влечет за собой международно-правовую ответственность государства;

6) законодательство государства должно быть приведено в соответствие с заключенными и введенными в действие международными договорами.

Отмечается, что международное сообщество государств еще не в состоянии обеспечить условия, полностью исключаящие нарушения международного права и связанные с этим нарушениями коллизии. В международных отношениях ряд государств опирается на доктрину применения силы при решении спорных вопросов, находящей отражение в актах так называемой гуманитарной интервенции — под предлогом защиты прав человека; под прикрытием борьбы с международным терроризмом; применения так называемых превентивных ударов без санкции Совета Безопасности ООН и т.п.

Нарушение норм международного права противоречит обязанности государств сотрудничать друг с другом и порождает конфликт их интересов. Этот конфликт создает угрозу и реализации норм внутригосударственного права, и безопасности государства.

Другим фактором возникновения противоречий является сложность различных систем права, приводящая к возникновению спорных правовых ситуаций, когда для устранения коллизии необходимо выбрать и применить такие правовые нормы, которые станут основой решения коллизионной проблемы.

Существуют коллизионные нормы, определяющие порядок рассмотрения спорных правовых ситуаций и критерии выбора норм для разрешения коллизионной проблемы, которые способны поддержать и укрепить международный и национальный правовые порядки.

Тенденция динамического соотношения национального и международного права приобрела в современных условиях значение универсальной. Она проявляется как в масштабных взаимодействиях названных правовых систем, так и во все большем «проникновении» международных принципов и норм в национальные правовые системы. Следует вести речь не об одностороннем примате первых, а о строгих национально-государственных критериях такого признания. К ним можно отнести, во-первых, признание в качестве основополагающего принципа национального и между-

народного права суверенитета народа и государства. Противопоставлять ему доктрину о защите прав человека нельзя. Во-вторых, конституционные процедуры имплементации международных норм в национальную правовую систему, начиная с проверки конституционности проектов международных договоров, соответствия их законодательству и кончая ратификацией в форме федерального закона и иными процедурами. В-третьих, принятие правил «оговорок» и «соответствия публичному порядку» при одобрении актов и вынесении судебных решений.

В-четвертых, используется широкий спектр правотворческих, правоприменительных и структурно-компетенционных средств выполнения международных обязательств России, как и любой страны, в рамках собственной правовой системы. Международные договоры применяются непосредственно, кроме случаев, когда требуется издание внутригосударственного акта (ч. 2 ст. 7 ГК РФ). Нужны также действия по изменению и отмене актов.

В-пятых, следует учитывать установление коллизионных правил и процедур, позволяющих преодолевать противоречия между нормами национального и международного права.

Значит, в процессе правотворчества и правоприменения, толкования права необходимо полностью и корректно учитывать соответствующие принципы и нормы международного права.

Глава 8

ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ: ОТ ЦЕЛИ К РЕЗУЛЬТАТУ

§ 1. Механизм правоприменения

В правовой сфере общества довольно устойчивы представления о всемогущей роли государственно-правовых решений. Сам факт их принятия наделяется мифической силой и как будто остается ждать «прихода» желаемых результатов.

Бездействие закона — пагубно. А. Пушкин ярко выразил суть «ситуационного» применения закона в диалоге героев поэмы «Анджело»:

«Изабелла... Ты знаешь, государь, несчастный осужден
За преступление, которое доселе
Прощалось каждому...
...Анджело — Закон не умирал,
но был лишь в усыпленье?
Теперь проснулся он.
...Изабелла — Будь милостив!
Анджело — Нельзя. Потворствовать греху
есть то же преступленье...».

В отечественной истории была такая традиция, и она существует, к сожалению, и в настоящее время. В юридической науке последних десятилетий наблюдается «упоение» правотворчеством, чему посвящены сотни и тысячи научных трудов.

Резонансом является явная недооценка реализации права на практике. Сложилась и действуют стереотипы сознания и поведения, которые объясняют такой феномен. «Стихийное» применение права, «ожидание... нарушений», «главное в обеспечении закона — финансовые средства», «эпизодический контроль» — таковы взгляды на данное явление. Чему же удивляться, если признание верховенства права и закона и громадный поток правовых актов сопровождаются правовым нигилизмом и ростом нарушений законности, налицо парадоксальная закономерность и ее нужно решительно переломить, иначе правовое развитие будет

сопровождаться скорее внешними и формальными решениями и действиями, нежели реально общественно полезными.

Отношение к праву в обществе не бывает простым и однолинейным, поскольку оно отражает широкий спектр интересов и проявления различных факторов. Особенно это характерно для реализации права, где инвариантность поведения порой настолько уводит в сторону от нормативной модели, что бывает нелегко оценить меру собственно правового воздействия на общественные процессы. Трудности усугубляются из-за традиционного использования в теории и на практике гипотезы «реализация права означает соблюдение и осуществление требований правовых актов». Претензии привычно предъявляются к качеству законов и иных актов и контролю. Между тем необходимо отказаться от прежней гипотезы и обосновать новую в связи с реализацией права в сложных поведенческих ролях и действиях¹.

Давно используется понятие реализации права как сложного механизма его осуществления в реальной практике. Большинство ученых-юристов к формам реализации права относят соблюдение, использование и применение², другие широко трактуют понятие применения³. Реализация понимается как завершающая стадия правового регулирования и результат, и как процесс претворения в жизнь правовых предписаний путем осуществления субъективных прав и обязанностей. В нем участвуют по сути дела все субъекты права с присущими им методами, вступая в разных формах в правоотношения. Используемая автором концепция действия права отражает все этапы его возникновения и непрерывного осуществления вплоть до исчерпания конкретных правовых целей, но при обеспечении устойчивой правопреемственности⁴.

Стремительное и масштабное развитие правовой сферы общества побуждает к углублению взглядов на право. Не возвращаясь к старому спору о нормативистском, легистском и социологическом понимании права, подчеркнем еще раз в контексте темы такое явление, как циклы права. Разные грани и проявления права,

¹ Это было сделано в монографии: *Правоприменение: теория и практика* / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. М.: *Формула права*, 2008.

² См., например: *Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право*. М.: *Юридическая литература*, 1973. С. 437–443; *Теория государства и права*. М.: *ИД «Форум»; Инфра-М*, 2008. С. 458–466.

³ См.: *Недбайло П.Е.* Применение советских правовых норм. М.: *Госюриздат*, 1960; *Фалькина Т.И.* *Формы реализации права и механизм их осуществления*. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007.

⁴ См.: *Тихомиров Ю.А.* *Действие закона*. М.: *Известия*, 1992.

как бы их ни оценивать, всегда выражаются в «вечном движении». Осознание правовой потребности, формирование правовой идеи, концепции, определение предмета правового регулирования, разработка и принятие закона и иного правового акта как нормативно-концентрированного выражения правообразующей идеи и воли, реализация права, контроль, анализ и оценка правовых результатов, корректировка действующих актов, изменение правовых взглядов, позиций и подходов, новые законы — таков сложный кругооборот права. Точнее говорить о правовых циклах, соединяющихся между собой и меняющихся по-разному.

В этих циклах мы особо выделяем цикл правоприменения как фазу обратной связи — от общества к правосознанию и нормативной модели. Тем самым модели и принятые на их основе решения проверяются, изменяются, дополняются, появляются условия и возможности формирования новых, причем дело не сводится к отождествлению права и правовых актов, что в течение многих лет наблюдается в теории и практике. Оно породило соответствующие гипотезы исследований, оказавшиеся односторонними. Предлагаемая нами концепция правоприменения отличается комплексным пониманием права как многогранного явления, которое живет и непрерывно развивается в различных проявлениях.

Правоприменение в этом смысле означает развитие правосознания и правовых взглядов, использование и изменение правовых концепций и теорий. Такова динамика интеллектуального потенциала права. Важна динамика правового поведения всех субъектов и деятельности органов и организаций. Их реальные статусы и правовые и неправовые роли меняются, и в результате весьма подвижной является граница между правомерным и неправомерным поведением.

Необходимо добиваться последовательного осуществления норм законов и актов высокой юридической силы в рамках «правовой цепи». На их основе происходит принятие более конкретных актов, индивидуальных решений и совершение юридических действий. Естественно, требуется анализ изменения государственных институтов и органов, муниципальных институтов и общественных институтов, выражающийся в смещении «нормативной оси» и реальных перемен в структуре, содержании и методах деятельности, использования процедур, а также использования ресурсного обеспечения — трудового (кадрового), финансового, материального, информационного.

Итак, правоприменение есть фаза в общем цикле жизни права, правового регулирования, и ей, конечно, присущи свои циклы. Повышенное внимание сменяется подчас безразличием, вместо многих средств используются одно-два, пассивность исполнителей преодолевается с помощью их дисциплинированности и активности, политические и социально-экономические курсы и перемены отодвигают в сторону вопросы правоприменения. Отсюда первый признак правоприменения — непрерывность.

Второй признак, подчеркнем еще раз, отражает системность объектов правоприменения. Это идеи, концепции, акты, институты и т.п. Причем анализу и оценке подлежат не столько «выборочно» отдельные акты какой-либо отрасли, а многие или все акты, нормы разных отраслей права. Сказанное относится к не только к нормам внутреннего, но и международного права, о чем говорилось выше.

Третий признак правоприменения — использование комплекса обеспечивающих средств. К ним относятся юридические, психологические, социологические, экономические и организационные средства и действия. Иначе неизбежна односторонность правового воздействия.

Четвертый признак правоприменения — громадный круг лиц и организаций, вовлеченных в этот процесс. Он намного шире субъектов, участвующих в процессе правотворчества, где строго установлены их статусы и предопределены роли. Здесь же налицо большая степень инвариантности поведения людей, большой удельный вес нормативного саморегулирования, более оперативные и специализированные решения и действия.

Пятый признак — использование разных режимов правоприменения. Исследователи традиционно следуют устоявшейся классификации способов воплощения правовых принципов и норм в реальное поведение и достижение результатов. В ее основу положены критерии различного участия субъектов права в их реализации. Отсюда выделение таких способов, как соблюдение, исполнение, использование и применение, в которых выявляются неодинаковые «правовые старты» и инициирование правоотношений, а также специфические правовые действия их участников. И все же при бесспорной полезности данная классификация не отражает многообразия циклов реализации, действия права. Поэтому предложим свою классификацию способов, а, точнее, режимов реализации права:

а) режим соблюдения права, означающий воздержание от неправомερных действий, строгое следование запретам, предостерегающим от вхождения в зону неправомерного поведения. Запреты содержатся в Конституции, федеральных законах и законах субъектов РФ, подзаконных актах. Особо выделим технико-юридические акты, которые предписывают последовательное совершение действий-операций. Их обязательность становится еще более весомой в условиях регулирования сложных процессов в сфере производства, транспорта, трансграничных коммуникаций и т.п.;

б) режим исполнения обязанностей, предполагающий активные действия правообязанных субъектов права. Это относится к гражданам, юридическим лицам, включая органы публичной власти, бизнес-структурам, общественным объединениям. Таков «вклад» каждого субъекта в «публичную кладовую», из которой черпаются ресурсы для удовлетворения личных, корпоративных, государственных и социальных интересов;

в) режим использования прав как реализация возможностей в рамках правовых условий и гарантий. Знание прав и правильные действия для их реализации обогащают правовой спектр и служат развитию активности граждан и их объединений, публичных структур и организаций.

Разновидностью служит институт самозащиты гражданами своих прав от причиненного вреда, ущерба. Таковы возможности самозащиты гражданских прав (ст. 14 ГК), трудовых прав (ст. 379, 380 Трудового кодекса);

г) режим обеспечения с участием государства и его органов, в рамках их компетенции и установленных процедур. Тут иницилирующими выступают госорганы, должностные лица и служащие, решения и акты которых призваны операционализировать нормы законов и иных нормативных правовых актов и «привязать» их к конкретным лицам, ситуациям и событиям. Создается и поддерживается своего рода цепь правовых актов, приводящих в движение трудовые, материальные, финансовые и иные ресурсы;

д) режим саморегулирования, означающий самостоятельное регулирование субъектом права своего поведения и деятельности. Законодательство создает для этого необходимые условия и гарантии в виде институтов прямой демократии, местного самоуправления, ассоциативных объединений работников и т.п. Свободное принятие решений, определение целей и курсов деятельности на

основе своих интересов, самоконтроль, самоответственность за добровольно принятые решения — самообязательства требуют активных и содержательных действий. Это весьма перспективное направление в развитии правоприменения;

е) режим правоприменения вне правоотношений, когда общие цели и принципы права позволяют субъектам действовать без конкретных норм. Они опираются на неправовые регуляторы — традиции, деловые обычаи, нормы нравственности, корпоративные правила, которые признаются и поддерживаются правом, но не всегда требуют «правовой оболочки». Воздержание от действий, запрещенных правом, сочетается с активными действиями субъектов права по осуществлению некоторых прав и обязанностей (участие в демонстрации и т.п.), когда не возникает юридически значимых последствий.

Шестой признак — использование института правового мониторинга¹. Важно, чтобы названные элементы правоприменения использовались комплексно и с учетом взаимного влияния. Иначе выборочные наблюдения и «замеры» отдельных изменений не дадут полной и достоверной картины. Поэтому нельзя согласиться с жесткой и однозначной детерминацией: чем больше свободы в выборе вариантов решений, тем ниже уровень законности и правопорядка, и наоборот². Она применима лишь к одному из режимов правоприменения, а именно исполнению. Поэтому овладение методологией и методами правоприменения становятся актуальной задачей не только ученых, но и госслужащих, депутатов, работников бизнес-структур и иных организаций. Думается, оно полезно для повышения правовой культуры всех граждан.

Вполне естественно, что для анализа и оценки реальных процессов и явлений в рамках каждого из элементов механизма правоприменения нужны критерии, показатели и индексы изменений. Их нужно разрабатывать и использовать в целях правоприменения применительно к динамике правосознания, актов, институтов и др. Как известно, есть официально утвержденные показатели социально-экономического развития регионов и страны в целом, отраслей и сфер. Утверждены показатели оценки эффективности деятельности органов исполнительной власти и готовятся показатели для федеральных органов. Вопрос в том, как обеспечить сочетание, совмещение правовых и

¹ Правовой мониторинг. М.: Юриспруденция, 2009.

² См.: *Березин А.А.* Пределы правоприменительного усмотрения: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007. С. 8.

управленческих показателей с экономическими, социальными и иными показателями. Тут приходится отражать их взаимную корреляцию.

§ 2. Решения и действия субъектов правоприменения

Выше отмечалось, что в правоприменении участвует широкий круг граждан, органов, организаций, объединений, причем у них разные правовые статусы, позволяющие воспринимать и воздействовать на весь цикл правоприменения. Это позволяет выполнять и нормативные, и оперативные, и обеспечивающие, и контрольные, и содействующие, и охранительные функции. И тогда весь спектр действий виден и доступен.

В более узком смысле «правоприменяющий субъект» («правоприменитель») — это лицо, выполняющее служебную функцию по управлению на профессиональных началах, обладающее специальным правовым статусом, которое осуществляет государственно-властную деятельность, носящую официальный юридический характер и направленную на реализацию права посредством издания правоприменительных актов — документов, содержащих соответствующие его компетенции, обязательные персонифицированные правовые предписания, адресованные конкретным субъектам. Выделяются две разновидности правоприменителей: руководители и оперативные работники. Обоснование специфики правосубъектности правоприменителей как системы свойств и способностей человека, которые признаются законодательством обязательными для того, чтобы он мог занять определенную должность в правоприменительном органе и осуществлять правоприменительную деятельность. «Правоприменительный акт — это официальный документ, составленный (изданный) уполномоченным на то правоприменяющим субъектом и содержащий в себе персонифицированное правовое предписание, адресованное конкретным субъектам». Исходя из свойств и динамических характеристик и в зависимости от выполняемой нагрузки в динамике правоприменительного процесса, автором предлагается выделять исходные, промежуточные, завершающие, информационные и удостоверительные акты применения права¹.

¹ См.: Литвиненко О.В. Правоприменяющие субъекты (общетеоретическое исследование): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009.

Начнем с общественного, демократического элемента правоприменения. Напомним, что в отечественной литературе выявление связи между юридическими нормами и обществом, людьми выражалось в конструкции юридических отношений, т.е. в субъективном праве. Именно преломление норм в фокусе поведения позволяло рассматривать право как способ установления общественного порядка. Отсюда сознание зависимости от власти и психический фактор как фактор, интегрирующий людей и объединяющий людей в общественный союз¹.

Такой подход оказался весьма устойчивым, несмотря на классовые трактовки права и государства, позволяя обнаружить грани перехода правовых норм в ценности и установки действовать в соответствии с ними. При этом граждане как субъекты правоприменения выступают действующими лицами почти во всех названных режимах, но иногда преобладают нормы и действия по формуле «соблюдение», «исполнение» и меньше активных действий в режиме использования прав. Во многом это объясняется разным отношением к реализации статусов граждан. Конституционный статус получает развитие в законах, устанавливающих статусы избирателя, депутата, госслужащего, учащегося, военнообязанного, работника и т.п. Но знание и умение реализовать свои статусы, предпочтение одних статусов в ущерб другим, притязания существенно различаются.

Причина кроется в реальных ролях граждан, которые они фактически играют в соответствии или вопреки своим статусам. К этому побуждают разнообразные интересы и ценности, мотивы и установки людей. Изучение данного аспекта является крайне актуальным с учетом богатого научного наследства прошлых лет².

Пока же активность граждан более заметна в частной сфере, нежели в публичной, хотя конституционный принцип народовластия и нормы законов об участии граждан дают демократический ориентир³.

Вот социологические данные об отчуждении власти от населения⁴.

¹ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 9-е изд. СПб., 2003. С. 154–155, 251–258, 277–281, 338–342.

² Ценности и образы права. № 4/2007. М., 2007.

³ См. о формах участия граждан в управлении: Гражданин, закон, публичная власть. М., 2005; Администрация и частные лица. М.: Статут, 2006.

⁴ По материалам опросов в РАГС: Бойков В. Народ и власть. М., 2007. С. 129–171.

Мнения о преобладающем характере системы государственного управления в стране (в % от количества опрошенного населения и экспертов)

Варианты ответа	Население				Эксперты, 2005 г.
	1998 г.	2000 г.	2002 г.	2005 г.	
Демократия	2,2	8,8	10,7	8,9	12,8
Единоличная власть высших руководителей	18,9	18,5	24,5	21,7	19,7
Бюрократический произвол чиновников госаппарата	13,5	22,8	30,2	29,9	53,2
Анархия, неразбериха	54,6	38,6	16,1	20,5	2,0
Затруднились ответить	10,8	11,3	18,5	19,0	12,3

Мнения населения о том, чьи интересы защищает государственная власть (в % от количества опрошенного населения)

Социальные группы, интересы которых защищает власть	2001 г.	2002 г.
Представители крупного финансового, торгового и промышленного бизнеса	46,9	56,4
Высшие чиновники в системе бюрократии	43,3	54,2
Пенсионеры	10,1	11,0
Представители малого и среднего предпринимательства	7,8	10,1
Служащие государственных и частных предприятий	4,0	9,7
Военнослужащие	3,8	8,2
Рабочие государственных и частных предприятий	2,8	4,8
Лица, занятые индивидуальной трудовой деятельностью (ремесленники, фермеры и т.п.)	2,0	3,6
Крестьяне	12,0	2
Затруднились ответить	14,9	10,3

Распространенность суждений об отчуждении власти от народа (в % от количества опрошенного населения и экспертов)

Вариант ответа	Население		Эксперты, 2005 г.
	1990 г.	2005 г.	
Рядовые граждане не могут ничего сказать о том, что делают власти	38,0	43,0	27,1
Действия властей так запутаны, что рядовые граждане не в состоянии понять, что происходит	61,0	53,9	56,2
Власти мало заботятся о простых гражданах	71,0	78,8	46,3

**Типичные реакции граждан на действия властей
(в % от количества опрошенного населения и экспертов)**

Варианты ответа	Население		Эксперты, 2005 г.
	1999 г.	2005 г.	
Обычно одобряют, поддерживают действия властей	10,7	8,7	7,9
Обычно вынуждены приспособливаться	41,0	46,9	65,5
Стараются держаться в стороне от властей	28,9	27,2	13,8
Относятся к властям к неприязню, когда возможно, противодействуют им	6,5	7,2	5,9
Затруднились ответить	12,9	10,0	5,9

Широкие гарантии предусмотрены в Федеральном законе «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления». Наряду с принципами своевременности и достоверности информации, законности ее поиска и получения в нем предусмотрены права и обязанности органов и пользователей.

Граждане имеют конституционное право обращаться лично и направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления. В обращении граждан в органы публичной власти есть две стороны и каждая должна знать свои права и обязанности. Решению этой задачи посвящен Федеральный закон «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» (принят Государственной Думой 21 апреля 2006 г., одобрен Советом Федерации 26 апреля 2006 г.). Закон предусматривает, что граждане имеют право обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы, органы местного самоуправления и должностным лицам. Рассмотрение обращений граждан осуществляется бесплатно.

При рассмотрении обращения гражданин имеет право получить письменный ответ по существу поставленных в обращении вопросов и обращаться с жалобой на принятое по обращению решение или на действие (бездействие) в связи с рассмотрением обращения в административном и (или) судебном порядке.

В законе различаются следующие виды обращений.

Важны гражданские инициативы. Гражданское общество должно иметь возможность влиять на содержание правового регулирования и стиль государственного управления. Для этого все большее распространение получают общественные форумы

как площадки для совместного анализа и обсуждения социальных проблем. В Москве уже состоялись два гражданских форума «Общество—бизнес—власть: от сосуществования через содействие к сотрудничеству». Выработанные сообща предложения направлены в Правительство Москвы для использования при подготовке Московской программы общественного развития на 2006–2010 годы.

Все чаще проводятся публичные слушания по вопросам, представляющим общественный интерес. Этот демократический институт получает юридическое признание. Так, ст. 28 Градостроительного кодекса¹ посвящена публичным слушаниям по проектам генеральных планов поселений, генеральных планов городских округов. Порядок их проведения определяется уставом или актами представительного органа муниципального образования. Предусмотрены широкие возможности информирования жителей и их равного участия в обсуждении проектов, внесении предложений и замечаний в протокол. Заключение о результатах публичных слушаний подлежит опубликованию, оно учитывается при принятии главой муниципального образования решения о согласовании или отклонении проекта.

Московская областная Дума проводит публичные слушания в процессе подготовки областного бюджета как в областном центре, так и в районах и городах.

Участие в рабочих группах ученых, специалистов, представителей общественных организаций способствует расширению социального фона проекта и его более объективной разработке. Полнее учитываются социальные аспекты и последствия. Добавим к этому и широкие возможности проведения негосударственной экспертизы проектов актов наряду с официальной экспертизой. Это облегчается введением технических регламентов и расширением участия саморегулируемых организаций в выполнении многих важных функций.

Весьма полезны консультативные и иные опросы граждан по вопросам общественной жизни, которые позволяют выяснить их отношение к проектам решений, программ, планов реконструкции, бытового обслуживания, и т.д. В Москве их юридическим основанием служат ст. 60 и 62 Устава². Инициировать опросы могут депутаты, глава управы и группа жителей (не менее 10 человек).

¹ СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 16.

² Вестник Мэрии Москвы (приложение). 2001. Август.

Органы публичной власти призваны быть защитниками прав и законных интересов граждан. Этим объясняется большое внимание развитию административного процесса и процедур¹.

Административная процедура — это нормативно установленный порядок осуществления уполномоченными субъектами права последовательно совершаемых действий в целях реализации их компетенции и оказания публичных услуг. Ее назначение — ограничивать произвольное административное усмотрение и вводить легальные критерии действий государственных и муниципальных структур, служащих, должностных лиц, граждан и юридических лиц. Упорядочение административных процедур придает деятельности государственных органов открытый и заранее предсказуемый характер, а, следовательно, способствует их эффективности и демократичности.

Решение является ядром административного процесса, поскольку в нем дается концентрированная оценка проблемной ситуации и содержится набор средств ее позитивного изменения. Поэтому вопросы подготовки и принятия решений столь важны для гражданина — и с точки зрения правильного выбора адресата обращения, и компетенции субъекта, правомочного принимать решение, и гарантированных условий объективного рассмотрения вопроса. Европейские принципы процедуры, способствующие достижению этих целей, реализуются в российском законодательстве и практике государственного управления.

Обеспечению доступа к государственным органам служит комплекс мер. Начнем с регламентации порядка рассмотрения вопросов и принятия решений. Применительно к каждому органу должны быть определены должностные лица и служащие, которые вправе и обязаны принимать решения в соответствующей сфере. Таковы нормы Регламента Аппарата Правительства РФ, Типового Регламента внутренней организации федеральных органов исполнительной власти и регламентов министерств, агентств и служб. Аналогичные нормативные требования содержатся в законах и положениях об органах исполнительной власти субъектов РФ и органах местного самоуправления. Упомянутые административные регламенты имеют к этому прямое отношение. Во всех случаях речь идет как о решениях в связи с осуществлением компетенции органа, должностного лица, так и решений по обращениям граждан и решений с учетом общественного мнения.

¹ См. подробно: *Тихомиров Ю.А.* Административное право и процесс: Полный курс. 2-е изд. М., 2005.

Рассматривая преимущественно второй тип решений, подчеркнем необходимость знания гражданами установленного порядка рассмотрения и принятия решений. Они всегда могут получить у работников органа или учреждения конкретную информацию по данному вопросу. И последние обязаны дать информацию в соответствии со своим должностным регламентом.

Очень важно обеспечивать компетентность лица, рассматривающего вопрос в предварительном порядке или принимающего решение по существу. Они не могут отказываться от необходимых действий, ссылаясь на свои ложно понятые полномочия. Если же вопрос относится к компетенции другого работника или органа, то надлежит направить обращение гражданина органу, в компетенцию которого входит решение вопроса. Таково требование ст. 8 Федерального закона «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации».

Все действия работников управления должны способствовать реализации европейского принципа о праве гражданина быть услышанным. Должностные лица и служащие применительно к вопросу, требующему решения, вправе и обязаны в предварительном порядке изучить материалы дела, получить дополнительную информацию и выслушать доводы гражданина, если в этом есть необходимость. Разъяснить порядок разрешения вопроса и обжалования решения.

Интересны в этом плане материалы семинара «Административные процедуры и контроль в России и государствах Европы» с участием профессоров Университета Париж-1 Пантеон Сорбонна и сотрудников Института законодательства и сравнительного правоведения (24–25 сентября 2009 г., Москва). В докладах Д. Капитан «Общие принципы административного процесса во Франции», Ж. Марку «Регламентарная власть и субъекты частного права во французской системе права», Ж.М. Понтье «Государственное управление со стороны частных лиц», П. Кассиа «Подразумеваемые решения в административном праве Франции» был освещен широкий круг вопросов, решение которых полезно для административной теории и практики в России.

Органы публичной власти должны последовательно осуществлять свой статус, установленный в соответствующих законах и положениях, который далеко не совершенен, ибо допускает смешение функций, полномочий и актов и содержит пробелы, например, в части взаимоотношений органов. И тем не менее статус должен реализовываться. Однако изучение показывает немало отклонений реальной деятельности от модели в виде не-

полного осуществления компетенции, превышения полномочий, вмешательства, бездействия, коррупционных проявлений, необеспеченности ресурсами, слабых связей с населением. Органы слабо ориентированы на исполнение законов¹. Поэтому полезен опыт ряда государственных органов, где есть структурные подразделения, занятые анализом правоприменительной практики.

В сфере государственного управления возникают многочисленные нарушения законности. Это заметно при анализе и оценке актов Президента и Правительства, Правительства и министерств, федеральных исполнительных органов и соответствующих органов субъектов РФ, исполнительных органов и органов местного самоуправления, хозяйствующих субъектов.

И тем не менее есть острые проблемы. Не обеспечивается системное действие всех актов, включая нарастающее влияние международного права. Нужно, естественно, видеть специфику применения норм и принципов публичного и частного права.

Нарушается предметно-функциональная связь актов между собой, когда издание их «сверху-вниз» во исполнение происходит механически без учета решения реальной и конкретной задачи. Отсюда дублирование актов и «скопление» их там, где нужны действия, — организационные, финансовые и т.п.

Слабо выражается доминанта воздействия закона на подзаконные акты. Поток последних нередко формируется как бы сам по себе без строгой «привязки» к нормам закона. Задерживается принятие или изменение, отмена подзаконных актов после вступления в силу нового закона, почти нет программ реализации и действий. Произвольно изменяется содержание законодательных норм. Необходимо сделать правилом своевременную подготовку и принятие пакета актов во исполнение закона.

Это позволит лучше разобраться в массиве подзаконных и особенно ведомственных актов. В утвержденных Правительством РФ в 1997 г. Правилах подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации содержится шесть общих наименований актов, но их фактически не менее 20 наименований специальных технико-юридических актов («порядок», «технический регламент», «правила», «расчеты» и т.п.). Нарушается системность в их принятии и действии, хотя потери от этого — огромны. Нужно обновить указанное постановление Правительства РФ и урегулировать общий порядок издания ведомственных актов.

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Управление на основе права. М.: Формула права, 2007.

Требуется постановление о порядке разработки, принятия и выполнения специальных технико-юридических актов (документов). Значение последних в обеспечении технических, строительных, транспортных и иных процессов и безопасности возрастает.

Необходимо соразмерить с общей направленностью процесса развитие локальных актов. Пока их системы и порядок принятия и реализации плохо урегулированы и почти не изучаются, хотя и появились работы о корпоративных актах¹. Локальные акты выражают саморегулирование организаций, предприятий и учреждений, и более строгая их корреляция с актами более высокой юридической силы позволит упорядочить и поток последних.

Следует устранять административные барьеры и воспрепятствование прямому применению нормы к конкретным обстоятельствам путем неправомερных требований лишних документов и согласований. Поэтому столь необходимо введение административных регламентов и антикоррупционных экспертиз².

Понятно, почему в процессе применения правовых актов путеводной нитью должны служить не произвольные ходы, а строгие юридические формулы. К их числу относятся:

- а) постепенное уменьшение объема норм-регуляторов по мере движения правоприменительных актов;
- б) запрет воспроизводить или «дробить» нормы вышестоящих актов во избежание «правовой инфляции»;
- в) конкретизация общей нормы путем установления процедур деятельности субъектов, подробного определения их компетенции, издание «названного» акта;
- г) нарастание удельного веса конкретных предписаний в актах нижестоящих уровней;
- д) точная «привязка» нормы к конкретному лицу и факту;
- е) предвидение перехода предписаний в юридически значимые действия.

Юристы давно подметили процесс своего рода «сужения» объема правовых предписаний при движении актов сверху-вниз. К материи права кроме норм относят индивидуальные предписания, санкции, меры защиты, юридические факты³, хотя эти явления весьма неоднородны. Гораздо точнее их выражают путем

¹ См.: *Кашанина Т.В.* Корпоративное (внутрифирменное) право. М.: Норма, 2003.

² Методика первичного анализа (экспертизы) коррупционности нормативных правовых актов. М.: Статут, 2007.

³ См.: *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1966. С. 38.

выделения субнормативного регулирования в виде договорных, сделочных и локальных норм как правил, обязательных для ограниченного круга лиц и не противоречащих гражданско-правовым нормам. У них своего рода «промежуточность» действия между нормой и юридическим фактом¹. Такое утверждение относится ко всем локальным актам и нормативным документам.

Тем самым создается модельный четырехступенчатый процесс — нормативный акт, акт «во исполнение», локальный акт (договор, документ), действие (бездействие). Однако процесс реально деформируется и чаще всего ограничивается принятием актов «во исполнение» в публичных органах и останавливается на локальном уровне, где буйствует собственное усмотрение, решения и действия.

Таковы критерии, которые позволяют анализировать и оценивать законность правовых актов. Далее наступает следующий этап, когда необходимы меры реагирования на спорные или незаконные правовые акты. Они установлены в конституциях, законах и иных актах и являются вполне легитимными и подлежащими неуклонному применению. Назовем их:

1. **Приостановление** — действия актов, например, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации Президентом РФ до решения суда.

2. **Вето на закон, отклонение закона** — предусмотрено Конституцией РФ (ст. 107), конституциями, уставами субъектов РФ.

3. **Отмена актов в иерархическом порядке** — Правительством РФ — актов федеральных министерств и других органов исполнительной власти, губернаторами — актов своих Правительств и иных органов, Министром — в отношении подведомственных организаций в пределах отрасли, руководителем — директором — в пределах организации.

4. **Аннулирование** — действия лицензии, разрешения и т.п.

5. **Представление прокурора** — об устранении нарушения закона (ст. 24 Федерального Закона «О прокуратуре»).

6. **Протест прокурора** — на любой акт (ст. 23 названного Закона).

7. **Обжалование актов органов власти, должностных лиц, актов референдума и др.** — в суд общей юрисдикции.

8. **Признание недействительными ненормативных актов** Президента РФ, Палат Федерального Собрания, Правительства РФ,

¹ См.: Родионова О.М. Гражданско-правовое регулирование: система актов и их действие. Саранск: Изд-во Саранского университета, 2007. С. 18–28.

не соответствующих закону и нарушающих права и законные интересы организаций, граждан (ст. 10 ФКЗ «Об арбитражных судах»).

9. **Разрешение дел о соответствии Конституции** — актов и договоров (п. 2 ст. 125 Конституции, ст. 84–87 ФКЗ «О Конституционном Суде») — «соответствуют или не соответствуют», разрешение споров о компетенции (п. 3 ст. 125 Конституции, ст. 92, 95 ФКЗ «О Конституционном Суде») — «подтверждение полномочий издать акт или совершить правовые действия», «отрицание полномочий».

10. **Отказ в регистрации акта** — при регистрации нормативных актов министерств в Минюсте РФ, при регистрации юридических лиц, при регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

11. Согласительные, третейские процедуры по поводу споров о решениях и действиях юридического характера.

12. **Изменение и отмена собственного акта** органом или должностным лицом, издавшим его.

Названные способы рассмотрения и оценки правовых актов обеспечивают широкие возможности для устранения нарушений законности.

Гораздо активнее действуют бизнес-структуры, которые нетерпимо относятся к нарушениям законности и давлению чиновников и госорганов. Организация «Опора России» и РСПП участвуют в подготовке законопроектов и иных актов, анализируют ход выполнения правовых норм и передают итоги анализов гласности. Хотя и собственных нарушений законности немало¹.

По итогам исследований в ГУ–ВШЭ установлено, что трудности во взаимоотношениях министерств и предприятий во многом объясняются слабой осведомленностью их работников о статусах этих организаций. Так, 34,7% работников предприятий ответили, что практически не знакомы с положениями о министерствах и других органах, 32% указали, что имеют лишь общее представление, 20,4% — знают отдельные положения, 11,6% — знают многие положения. Так же картина в министерствах. В итоге противоположные оценки их взаимоотношений. По мнению 36,1% работников предприятий, федеральные органы, скорее, мешают, чем помогают, 25,2% — не отметили никакого влияния, 4% считают, что федеральные органы мешают развитию предприятий.

¹ Власть, закон, бизнес. М., 2005. С. 134–141.

Отрадно, что бизнес-структуры стараются влиять на качество юридической деятельности. Вот Резолюция круглого стола «Экономика без коррупции: утопия и реальность», проведенного 3 июля 2008 г. в рамках IV ежегодного Конгресса национального бизнеса. Одной из главных задач — улучшение делового климата и создание благоприятной среды для всестороннего развития предпринимательства, целенаправленную реализацию мер системного противодействия коррупции, фактам необоснованного административного давления на бизнес и неправомерного вмешательства в предпринимательскую деятельность. По результатам состоявшегося в ходе круглого стола обсуждения рекомендовано:

- создать с участием государства общественный «Центр борьбы с рейдерством и коррупцией», основной функцией которого было бы оперативное совместное государства и бизнеса реагирование на конкретные факты неправомерных действий чиновников и предпринимателей, а также досудебное рассмотрение споров, этический арбитраж;
- сделать обязательной досудебную посредническую процедуру через Общественные медиаторские центры до их рассмотрения в государственных арбитражных судах;
- законодательно ввести «презумпцию согласия», по которой в случае неполучения предприятиями и физическими лицами ответа от государственных надзорно-контрольных органов на их запросы в установленный срок, запрос должен считаться удовлетворенным, что может подтверждаться решением суда;
- ввести правило, согласно которому любой отчетный документ или копия иного документа юридического или физического лица, ранее переданные в тот или иной государственный орган, не могут быть повторно затребованы тем же или любым иным государственным органом, кроме как по решению суда;
- утвердить систему выборности председателей судов судейскими коллегиями и утвердить порядок их ежегодной ротации;
- ввести систему выборности сторонами судей для ведения арбитражного разбирательства по аналогии с независимыми третейскими судами;
- провести второй этап «налоговой амнистии», распространив ее действие на юридических лиц. Тем компаниям, которые добровольно задекларируют доходы и активы, по которым не были выплачены налоги в предыдущие годы, необходимо разрешить уплатить их по ставке 13%, а их менеджеров и руководителей освободить от административной и уголовной ответственности;

- активизировать работу по совершенствованию механизмов взаимодействия бизнеса и органов законодательной и исполнительной власти по совместному проведению антикоррупционной экспертизы вновь принимаемых и действующих правовых актов, а также приступить к созданию при прокуратурах субъектов Российской Федерации общественных советов, деятельность которых будет направлена на повышение эффективности взаимодействия органов прокуратуры и представителей бизнеса на местах.

Ниже приведены ответы на вопрос о преимущественно используемых предприятием способах разрешения хозяйственных споров (в % к числу ответивших в каждой группе).

Как известно, суд является важнейшим звеном государственного механизма правоприменения. Принимаемые судебные решения служат устранению нарушений законности в связи с конкретными делами¹. Заметно увеличивается удельный вес нормоконтроля, примером служит постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений и действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих».

Но к этому не сводится их роль, поскольку в судебной системе есть и другие цели судебных актов. Неслучайно уже давно ведется спор в юридической науке о том, является ли судебная практика в целом или отдельные судебные акты источником права?² Это тема специальных исследований, которые нужно проводить и в данном случае считаю возможным дать лишь очень краткий ответ.

Судебная практика, как и иная практика реализации права — управленческая, хозяйственная и т.п. — в широком смысле служит правообразующим фактором. В узком смысле лишь определенные формы актов судебных органов можно рассматривать в качестве источников права, но не в смысле правообразования, а в плане «нормативного правоприменения». Мы имеем в виду

¹ См., например: Сведения о нормативных правовых актах федеральных органов исполнительной власти, признанных в январе — августе 2009 года Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ противоречащими законодательству // Российская газета. 2009. 28 окт.

² См. подробно: *Марченко М.Н.* Источники права. М.: Проспект, 2005. С. 385–416. *Судебная практика как источник права.* М.: Юристъ, 2000; *Власенко Н.А., Гринева А.В.* Судебные правовые позиции (Основы теории). М.: Юриспруденция, 2009.

**Преимущественно используемых предприятием способов разрешения хозяйственных споров
(в % к числу ответивших в каждой группе)¹**

Способы разрешения хозяйственных споров	Группы по регионам		Группы по численности				Группы по отраслям					Выборка в целом
	Москва	Другие регионы	До 100 человек	101–500 человек	Более 500 человек	Промышленность	Строительство	Торговля и услуги	Транспорт и связь	Финансовый сектор		
Подача иска в судебные инстанции	57,5	41,2	38,5	56,4	80,4	55,6	44,2	37,5	50,0	80,0	51,2	
Угроза обращения в суд	23,8	20,2	17,6	28,7	23,9	25,8	20,9	16,7	20,8	23,3	22,4	
Обращение в органы власти	12,7	8,8	11,5	10,9	10,9	11,3	9,3	11,1	12,5	13,3	11,2	
Помощь союзов, ассоциаций предпринимателей	7,7	1,8	2,7	5,9	13,0	3,2	4,7	2,8	8,3	20,0	5,4	
Обращение в правоохранительные органы	10,5	6,1	6,8	6,9	19,6	6,5	2,3	9,7	12,5	20,0	8,8	
Помощь частных охранных агентств	4,4	1,8	3,4	4,0	2,2	3,2	0	4,2	4,2	6,7	3,4	
Переговоры для урегулирования споров	86,7	70,2	79,1	83,8	78,3	80,6	72,1	86,1	83,3	76,7	80,3	
Обращение в СМИ	1,7	2,6	1,4	0	8,7	2,4	2,3	0	8,3	0	2,0	
Другое	3,9	3,5	4,7	2,0	4,3	3,2	2,3	4,2	4,2	6,7	3,7	
Количество ответивших	181	114	148	101	46	124	43	72	24	30	295	

¹ Развитие спроса на правовое регулирование корпоративного управления в частном секторе. М., 2003. С. 323.

постановления Пленума Верховного суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, акты толкования Конституции РФ Конституционным Судом РФ и правовые позиции Конституционного Суда РФ. Они служат нормативным типовым ориентиром и своего рода стандартом для решения однородных дел в соответствии с законодательством. Ясно и то, что названные акты должны находиться в общем правовом цикле, и в полной мере учитываться в процессе формирования правопонимания и правотворчества.

И после сказанного в рамках нашей темы еще раз подчеркнем значение судебных и административных процедур, использование которых во всех судах и особенно в административных судах является перспективной задачей. Для нашей страны, постепенно создающей систему административной юстиции, полезен опыт зарубежных стран. В специальных трудах его анализ представлен весьма полно¹.

Как видно, участниками правоприменения в разных статусах выступают граждане, государственные служащие, депутаты, работники экономических и социальных организаций. От их правильного понимания целей и содержания правового регулирования, от согласованной деятельности всех институтов государства и общества в решающей степени зависит эффективность правового воздействия на поведение людей, на общественные процессы.

§ 3. Законность, коллизии, пробелы

В последние годы «вал законотворчества» отвлек внимание теоретиков и практиков от проблем соблюдения законности. По сути дела во всех сферах жизни незнание и игнорирование правовых норм, их неправильное и неумелое применение, кризисные явления приводят к многочисленным правонарушениям в сфере экономических², экологических, социальных и трудовых отношений. Стабильность правового регулирования ослабевает.

¹ См. подробнее: Адміністративна юстиція: Європейський досвід та пропозиції для України. Факт. Київ, 2003; Административно-процессуальное право Германии. Кн. 4 / Пер. с нем. Wolters Kluwer. М.: Волтерс Клувер, 2007; *Андерсон Дж., Грей Г.* Реформа судебной системы в странах Европы и Центральной Азии. М.: Издат. дом ГУ–ВШЭ, 2006.

² См., например: *Либанова С.Э.* Зависимость эффективности норм гражданского права от единообразия правоприменения // *Законы России.* 2009. № 10; *Хлуденева Н.И.* Коллизии в экологическом законодательстве // *Журнал российского права.* 2008. № 12.

Диаграмма 1. Относительное количество нарушений трудового законодательства, выявленных в 1995–2008 гг. и за 6 месяцев 2009 г. в среднем одним госинспектором труда

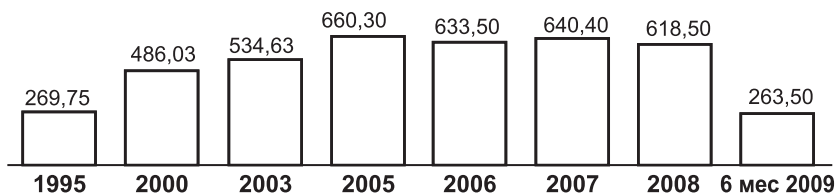


Диаграмма 2. Динамика изменения количества административных наказаний, наложенных госинспекторами труда на лиц, виновных в нарушениях законодательства о труде

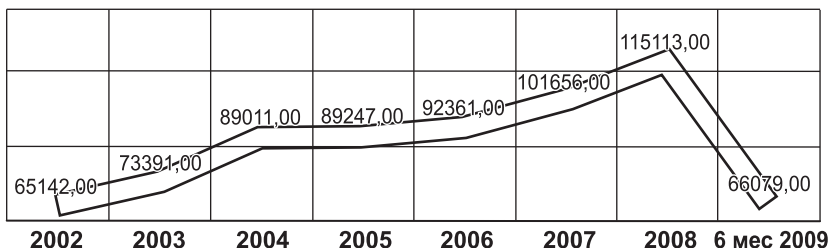
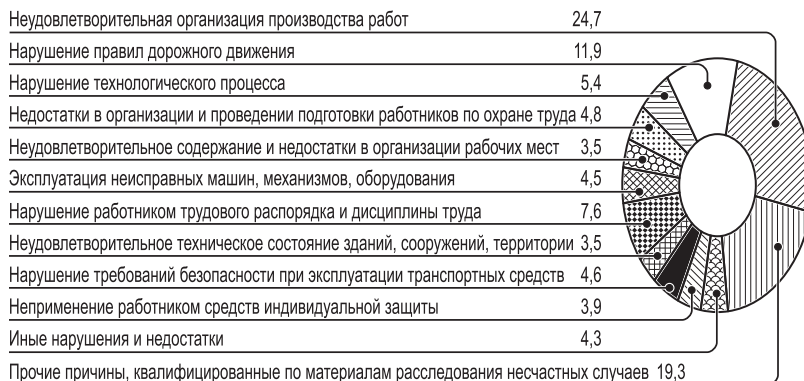


Диаграмма 3. Основные причины несчастных случаев на производстве с тяжелыми последствиями, происшедших за 6 месяцев 2009 г., %



Сдержать обострение юридических противоречий не удалось даже под прикрытием признания верховенства права и закона. Жизнь требует усиления внимания к борьбе с преступностью и иными видами правонарушений.

В то же время все более явственно ощущалась потребность в расширении исследовательского поля для причин нарушений законности и разработки способов их предотвращения и устранения¹. Действие закона не означает механического исполнения и издания актов «во исполнение», хотя это очень важно. Оно представляет собой сложный комплексный механизм со своими этапами реализации и «набором» используемых средств.

Возможным проявлениям юридических коллизий посвящены статьи Конституции РФ — «не должны противоречить» (ч. 1 ст. 15), «не могут противоречить» (ч. 2 ст. 16), «не допускается» (ч. 2 ст. 74), «в случае противоречия» (ч. 6 ст. 76), «разрешение разногласий» (ч. 1 ст. 85), «вправе приостановить» (ч. 2 ст. 85), и др. Нормы-приоритеты, нормы-доминанты, нормы-запреты, нормы-санкции, нормы о процедуре споров — таковые основные нормы. Они содержат критерии правового выбора, сочетаемые с материальными и процессуальными нормами, «рассыпанными» по разным правовым актам.

Весьма примечательно, что в законе Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» (декабрь 1999 г.) в ст. 1 среди прочих дается понятие коллизии нормативных правовых актов. Это противоречие (несоответствие) норм действующих нормативных правовых актов, регулирующих одни и те же общественные отношения. Есть также дефиниции «пробела» и «юридической силы».

Но дело не сводится лишь к столкновению правовых решений. Последние десятилетия характеризуются ростом участников правоотношений как внутри страны, так и за рубежом. Их интересы часто не совпадают или не соотносятся с более общими государственными и международными интересами. Обостряются юридические противоречия, причем не только между различными правовыми актами. Они проявляются в разном правопонимании, в столкновении правовых взглядов, в неправомерных действиях государственных и иных структур, в притязаниях и действиях по изменению правопорядка. Коллизии возникают как в рамках национальной правовой системы, так и между ней и нормами международного права и межгосударственных объединений.

В связи с этим в широком смысле юридическая коллизия есть противоречие между существующим правопорядком и намерениями и действиями по его изменению. А юридический конфликт выступает как антиконституционное противоборство политиче-

¹ Законность в Российской Федерации. М.: Контракт, 2008.

ских и социальных сил, государственных и иных структур. И в этом смысле конфликт представляет собой обостренно резкую форму юридической коллизии.

Сказанное послужило убедительным аргументом для формирования новой комплексной отрасли права — коллизионного права¹. Его развитие позволяет заранее обнаруживать несовпадение правовых взглядов и позиций, противоречия актов и действий и своевременно принимать меры по предотвращению и преодолению юридических коллизий. Ведь они имеют длинный путь развития, то скрытый, то открытый, то затухая, то обостряясь. И нарушения законности проявляются на определенном этапе, когда проводятся юридические действия по их фиксации, оценке и устранению.

Динамику коллизий и конфликтов можно выразить с помощью соответствующих понятий. Каждое из них выражает своего рода стадию развития юридических противоречий. Назовем их:

а) разногласие — расхождение интересов и мнений государственных органов, должностных лиц, предпринимателей и др. по поводу оценки правовых фактов, норм и актов;

б) коллизионная ситуация — момент или период возникновения и развития юридических коллизий;

в) конфликтная ситуация — период открытого противостояния государственных и иных структур, социальных сил;

г) нарушение законности — отступление от норм законов и иных правовых актов, установленное и зафиксированное официальными органами;

д) процедура — нормативно установленный порядок действий субъектов права, совершаемых последовательно и во взаимной связи;

е) спор — процедура разбирательства в установленном порядке уполномоченным органом дела, по поводу которого имеются разногласия и противоречия;

и) решения и действия по восстановлению нарушенного юридического состояния или его изменению.

Существуют разнообразные формы проявлений юридических коллизий и конфликтов, причем они возникают во всех сферах государственной и общественной жизни. Каждая отрасль права с помощью общих и специальных процедур регулирует порядок их предотвращения и устранения. Коллизионные нормы, ранее отождествлявшиеся с нормами преимущественно международного

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. М.: Юринформцентр, 2000.

частного права, теперь имеются во всех отраслях национального и международного права. А федеральное коллизионное право выступает скорее подотраслью конституционного права.

Выделим наиболее типичные виды юридических коллизий и конфликтов:

- а) ошибочные правовые взгляды и позиции;
 - б) неправомерность издания тех или иных законов и подзаконных актов, с точки зрения их соотношения между собой и в особенности с Конституцией;
 - в) деформация статуса государственного или общественного образования, органа, организации, должностного лица;
 - г) произвольное понимание и реализация прав и обязанностей участников спора;
 - д) неправомерные юридические действия (бездействие) участников спора;
 - е) неправомерные юридические факты;
 - ж) субъективная оценка достоверности юридических документов
- з) препятствия осуществлению компетенции того или иного субъекта, вмешательство в компетенцию;
- и) внеправовое образование институтов, органов, организаций;
 - к) противоборство и непризнание законных интересов субъектов права;
 - л) неисполнение правовых решений;
 - м) противоречия между нормами национального и международного права.

Объекты коллизий могут встречаться на практике как в отдельности, так и в совокупности. Нередко одна юридическая коллизия порождает другую, возникает «узел коллизий», который нелегко развязывать. И здесь помогают дополнительные признаки юридических коллизий, отличающие их от иных видов противоречий. Такими признаками, свойствами можно считать:

- а) законную (легальную) процедуру рассмотрения коллизий;
- б) использование и оценку доказательств в юридическом споре;
- в) наличие органа, уполномоченного разрешить коллизию;
- г) признание обязательной силы решения по данному спору как в силу достигнутого согласия, договоренности, примирения сторон, так и императивных предписаний соответствующего органа;
- д) компенсацию, т.е. применение санкций и возмещение ущерба и упущенной выгоды, восстановление прежнего (нормального)

юридического состояния одного или всех субъектов, установление измененного или нового юридического состояния.

Юридические коллизии не всегда имеют сугубо негативный характер, свидетельствующий об изъянах в правовой системе и в практике действия законов или иных актов. Юридическая коллизия отражает не только деформацию правовой системы или ее отдельных элементов, государственных институтов, форм хозяйствования. Коллизия выступает как свидетельство естественных противоречий, нормального развития и функционирования государственно-правовых институтов. И в этом случае юридическая коллизия может выражать справедливое притязание на установление нового правового порядка. Ориентация на охрану конституционного строя означает, что законное противостояние произволу незаконным актам и действиям бесспорно. Неслучайно Конституция Греции завершается статьей о праве народа любыми средствами защищать республиканский конституционный строй. Аналогичные положения содержатся и в Конституции России.

В ходе правоприменения довольно часто приходится встречать такое явление, как правовой пробел. Отсутствие правового акта и норм, применимых для регулирования определенных отношений и действий, и конкретных (типичных) ситуаций побуждает органы и организации проводить изучение проблемы. Возникли ли они намеренно, когда законодатель не считал нужным вводить регулирование, ошибочно, когда при принятии актов не полностью был оценен предмет регулирования, непредвидимо, когда пробел возник в силу новых процессов и явлений. Во всех случаях подобная диагностика необходима.

Выходом из положения могут быть либо толкование и разъяснение, либо корректировки действующих правовых актов, либо принятие новых актов. Традиционно используется принцип аналогии права и принцип аналогии закона, когда общие правовые начала позволяют инициативно находить правильное решение. В юридической литературе эти способы тщательно разработаны¹, что избавляет нас от необходимости их подробной характеристики.

Среди эффективных средств для решения данной задачи надо особо выделить деятельность судов и используемые ими приемы и средства. Отметим прежде всего важные положения ст. 74 Федерального конституционного закона о «Конституционном

¹ См., например: Общая теория государства и права: Академический курс: В 3 т. Т. 2. 3-е изд. М.: Норма, 2007. С. 731–747.

Суде РФ». Принимая решения по делу, Конституционный Суд оценивает как буквальное значение акта, так и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием. Это включает и доктринальное толкование, и обобщение сложившейся правоприменительной практики, куда входит вся судебная практика.

В практике Конституционного Суда явно выделяется такой канал влияния, как формирование его правовой позиции как источника конституционного права. Вопрос в том, в какой мере выводы суда могут быть распространены на аналогичные по юридическому содержанию нормы. Эта позиция самого суда в решении собственных дел, будущих и аналогичных. Это скорее формула для создания устойчивой правовой мотивации решений. Не личностной, а концентрированной правовой мотивации. Это очень интересный и полезный инструмент деятельности Конституционного Суда. Но, возможно, он менее известен иностранным коллегам.

Работают конституционные органы в республиках и уставные суды и палаты в некоторых областях России. Активно действует уставный суд Свердловской области. Его сборник — блестящее произведение. Это, по сути, первый уставный суд в Российской Федерации, работающий в жанре конституционного толкования. Высокий класс его постановлений позволяет заметить, во-первых, как уставный суд толкует соответствие уставу области областных законов, во-вторых, соответствие уставу актов губернатора и правительства области. Здесь есть почти та же конструкция, что и у федерального Конституционного Суда, поскольку также признаются и его собственные правовые позиции. Это довольно конструктивно, это один из первых наработанных приемов, которые весьма существенны. И очевидно, что возникает немало трудностей такого рода.

Что касается арбитражных судов, то их полномочия в части влияния на законодательную практику, на законодательный массив весьма существенны. Например, известное постановление двух пленумов Верховного и Высшего Арбитражного Суда по применению первой части Гражданского кодекса позволяет заметить не только верное толкование самих норм, но и попытку «развести» возможную или уже появившуюся юридическую коллизию. Юридическая коллизия стала сейчас генеральной проблемой и Российской Федерации, и многих стран. Это не проблема нарушения законности — это проблема более сложного юридического противоречия, которое возникает скрыто, незамет-

но, затем выявляется, может остановиться, законсервироваться, приобрести форму острого юридического конфликта.

И здесь подобного рода постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда или его совместимые с Верховным Судом РФ, разъясняющие применение, скажем, Гражданского кодекса, кажутся очень эффективными, именно в той части, что они помогают «развести» или сделать какую-то прослойку между близкими или совпадающими законами. Немало есть примеров, когда доминирующая роль Гражданского кодекса подтверждается применительно к другим актам (это делал и Конституционный Суд, сопоставляя закон о банках ГК).

Следует отметить еще и то, что принимается немало постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда по разным категориям дел. Есть «Вестник Высшего Арбитражного Суда», с ним многие знакомы. Это очень важный канал влияния на относительно однообразное применение норм в практике арбитражных судов. И здесь нет никакого жесткого диктата или попыток верхней инстанции предписывать, как рассматривать дела. Сама манера обобщения судебной практики, обзоры, которые публикуются, являются очень важным каналом для последующих действий отдельных судов по типичной категории дел.

Верховный Суд РФ действует примерно в том же русле, но у него есть несколько интересных сюжетов. Нужно отметить первый случай в отечественной практике — постановление Верховного Суда 1995 г. о прямом применении Конституции в судебной практике. Это очень похвально, потому что механизм прямого действия Конституции еще не получил разрешения ни в юридической литературе, ни в судебной практике. Между тем он польза очевиден.

Верховному Суду сейчас тоже приходится «разводить» разные законы, которые сталкиваются. Это в известной мере позволяет заметить отсутствие каких-то очень юридических документов и норм. Не менее важно предотвратить столкновение разных норм. Однажды Верховный Суд РФ решал вопрос по жалобам о нарушении избирательных прав. Суд пытался «развести» Федеральный закон о выборах в Государственную Думу и Федеральный закон о конституционных гарантиях прав граждан на участие в выборах и референдумах. Эта линия мне кажется очень важной. Она не только предотвращает юридические коллизии, но и помогает законодателю, ученым-юристам заметить те пробелы или те правовые несуразности, которые весьма болезненны в юридической сфере.

Руководящие разъяснения по категориям дел Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда — вот отличное средство правоприменительной ориентации. И его надо использовать шире, особенно по новым категориям дел.

Спектр легальных средств для устранения пробелов в законодательстве России довольно широк. Конечно, если кратко обобщить практику Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда и Конституционного Суда, то убедимся в том, что это задача очень сложная. В их практике видны, во-первых, попытки подчеркнуть приоритет базовых законов, что помогает выстраивать иерархию законов, избегать их противоречия, и обнаруживать те проблемы в отраслях и подотраслях, о которых сказано выше. Кстати, замечу, что почти 20 лет Институт государства и права и Институт законодательства и сравнительного правоведения убеждают пятый Парламент в нашей стране принять закон о нормативных правовых актах. Можно было порадоваться принятию этого закона в первом чтении. Но его опять «сбросили с пьедестала», посчитав проект не готовым, помехой более частному закону. Проблема приоритетов законов очень важна. Для правовой сферы, считаю, юридические приоритеты необходимым элементом правовой ориентации. Поэтому здесь влияние судов, пусть косвенное, очень полезно.

Второе — это попытка предусмотреть возможные или уже разрешить обнаружившиеся юридические коллизии, столкновения разных законов. И третье — это обращение внимания, в частности, Конституционным Судом на пробелы или задержки с принятием федеральных законов, на которые законодатель должен реагировать. Но так бывает далеко не всегда.

Конечно, прямое применение Конституции очень важно. Толкование Конституции — тоже, но оно доступно только Конституционному Суду. Полезны доктринальные способы. Научные институты подготовили немало комментариев Конституции. Мало официальных комментариев, к тому же не только «текстовых», но и с объяснением реальных противоречий и обобщениями дел — судебных и управленческих.

Попытка восполнить пробелы законодательства с помощью стремительной деятельности самих законодателей нередко подводит. Если рассмотреть законопроектные программы Правительства РФ — то треть предлагаемых проектов законов не является законами в точном смысле слова. Это скорее подзаконные акты, которые могут быть или могут не быть приняты. Поэтому проблема восполнения пробелов с помощью быстро принимаемого

закона проблема, порождающая большие юридические риски. Но есть и правовые пробелы, которые упорно не заполняются, возможно, и по политическим соображениям, и их нельзя недооценивать.

Вообще стремление в России в последние годы «нарядить» закон в одежду Деда Мороза, который радуется всем, и признать его невыразителем политических интересов, — кажется скорее иллюзией. Закон по-прежнему выражает политические интересы, и мы это остро чувствуем. Если с трудом принят Федеральный конституционный закон о Правительстве РФ, то нет еще целого ряда законов в сфере организации исполнительной власти. Это пробелы целой отрасли конституционного и особенно административного права. Замечу, что многочисленные поправки к Гражданскому кодексу и к Уголовному кодексу, тоже не всегда лучший способ восполнить пробелы.

Считаю необходимым обратить особое внимание на то, что применение международных правовых актов становится очень важным источником развития законодательства и всей правовой системы. В Российской Конституции есть п. 4 ст. 15 о принципах и нормах международных договоров как составной части правовой системы. И далее в нем устанавливается приоритет между национальным правом и международным правом, который трактуется в пользу последнего. Этот пункт, конечно, очень широко объясняет соотношение национального и международного права, и некоторые юристы уже скептически оценивают его значимость.

Но проблема противоречий между национальными и международными актами стала уже довольно острой, не только для России, не только для Восточно-Европейских стран. Она ошутима и в рамках стран, которые живут под эгидой Совета Европы и Европейского Союза. Это разновременная скорость ратификации, выполнения внутригосударственных процедур, это неодинаковая коррекция национальных законодательств, когда единообразная норма принята, как, скажем, в рамках северного права, где действует около десятка единообразных законов. В СНГ слабо реализуются модельные законы и договоры.

Для российской практики этот вопрос очень важен. В Конституционный Суд еще не было обращений на предмет оценки соответствия проектов международных договоров Конституции. Парламент в среднем в год ратифицирует с помощью законов свыше 200–250 международных договоров, и не все они плавно и эластично входят в законодательную систему. Корректировки провести довольно сложно. Например, Россия реализует Европей-

скую Конвенцию о правах и свободах. Но поправки к Закону о милиции в основном касались некоторых дополнительных жестких функций этих органов. Но ведь в Европейской Конвенции очень четко обозначены каналы взаимоотношений административных органов и граждан в сфере защиты прав последних. Но эти нормы не были восприняты в рамках поправок к Закону о милиции. У высших судов в России есть право законодательной инициативы по предметам своего ведения. Но используется оно редко, а Конституционный Суд этого вообще не делает.

И еще один важный момент. В России всегда признавались такие принципы, как аналогия права и аналогия закона, они содержатся во всех учебниках по теории права. Проблема аналогии права и аналогии закона — очень важная для восполнения пробелов и исправления ошибок, еще намечающихся и уже свершенных.

В Гражданском кодексе есть ст. 6 — как формула о том, что допускается аналогия закона, аналогия права. Но, к сожалению, эта проблема в современной юридической литературе разработана слабо. Учебники воспроизводят это как давнюю традицию, но приемы применения аналогии права и аналогии закона в основном касаются сферы цивилистики. В других сферах это тоже могло быть оправдано. Этому каналу влияния на практику тоже надо уделять внимание.

Уместно добавить к сказанному, что не нужно «объявлять» прецедентам решение суда по делу, которое уже предусмотрено нормой закона. Здесь налицо не пробел в праве, а бездействие и неприменение законодательной нормы, которое давно существует. Такие высказывания были в СМИ по поводу решений некоторых московских судов об ответственности за насильственное вовлечение молодежи в религиозные секты. В практике управления появляются смелые новые решения, которые могут послужить почвой для крупных обобщений.

Кажется, что в России сегодня прецеденту нелегко появиться и трудно «встать на ноги». Правда, некоторые профессора права сейчас очень активно пропагандируют идею прецедента в России. Думаю, здесь есть некоторая торопливость. И вовсе не потому, что российская правовая система «приписана» к семье континентального права. Строгая принадлежность России к какой-то правовой семье еще не доказана никем. На нее очень сильно влияет, например, мусульманское право. Поэтому войти под крышу семьи, как дети под крыло родителей, — это успокоительно. Но не это аргумент. Система судебных органов и система средств

влияния судов на правотворческую практику представлены довольно хорошо. Инструментов здесь у высших судов — вполне достаточно. Поэтому прецедент может появляться в нашей стране очень медленно и в ограниченном масштабе.

Страна переживает законодательный бум. В то же время очень давно сложилась традиция неисполнения закона. Не нужно приводить исторические факты и свидетельства — они вполне очевидны. И это очень плохо, поскольку в самом правопонимании пока преобладают два ключевых элемента — неприязнь к закону и отторжение от него, а если уж он принят, достаточно довольствоваться этим фактом. Конечно, совершаются какие-то действия во исполнение закона, отменяются (подчас с опозданием) устаревшие акты и нормы, готовятся новые, меняются некоторые функции исполнителей, ищут бюджетные и иные средства... Но нетрудно заметить, что нет механизма реализации закона, который бы обеспечивал его действие в полном объеме, причем не периодически, а постоянно.

Как сформировать такой механизм? Главное, естественно, заключается в преодолении односторонности правопонимания. Право и закон как его основная форма должны быть ощутимы не столько на стадии правотворчества, сколько на стадии правоприменения. Лишь тогда закон живет и действует, иначе мы остаемся лишь с иллюзией о законе как книге, которую никто не читает. Значит, надо последовательно и настойчиво формировать такое правопонимание, которое ориентирует и побуждает реализовать и охранять закон и на его основе добиваться намеченных результатов в деятельности людей, предприятий и организаций. И как следствие в экономической, социальной и политической сферах.

Механизм действия закона ввиду его сложности как социального явления должен быть комплексным, вполне очевидным и открытым. В нем следует выделять разные элементы — социально-психологические, юридические, функциональные, организационные, ресурсные. Обеспечение их связи и правильного соотношения позволяет избегать односторонности в реализации закона.

Все начинается с объективной и своевременной информации о законе. Где ее искать — в газетах, радиовыступлениях, разговорах, в Интернете или в справочных правовых системах, в книгах? Только официальные источники публикации имеют приоритет и позволяют избежать многих ошибок, в том числе текстовых.

Важен известный закон о доступе к информации о решениях госорганов. Надо изучать и осваивать содержание закона, а не «выхватывать» его отдельные положения. «Законодательный ликбез» нужен на всех уровнях. Помогают и комментарии к законам, но не наспех составленные и чисто «текстовые».

Необходимо внести изменения в компетенцию органов и организаций в связи с изменениями их статусов, полномочий и процедур взаимоотношений. Сделать это надо по всей цепи — от органа к каждому служащему, иначе его прежний должностной регламент теряет силу. Нужны незамедлительные меры по упорядочению правового массива. Отмена устаревших, изменение действующих, подготовка и принятие новых актов на основе и во исполнение закона — такова вечная юридическая формула. И ею надо руководствоваться.

Наконец, упомянем еще один элемент действия закона. Имеется в виду его материально-финансовое обеспечение, позволяющее избежать разрывов между требованиями нормы закона и бюджетными средствами, объемом имущества для ее реального применения. Сейчас в ходе федеральной и административной реформ взят курс на устранение так называемых необеспеченных мандатов и соответствие ресурсов каждого органа его компетенции.

Надо «одушевлять» норму. Каждый гражданин и предприниматель знает, сколь сложным и подчас путаным является реальное применение закона. Некоторые бездействуют и ждут указаний, событий, проверок. Другие совершают действия, правомерные и неправомерные. И первые, и вторые находятся в своеобразном инвариантном пространстве, хотя закон дает точные ориентиры. Но как найти закон и нормы, подлежащие применению, когда их очень много?

В самом деле, выбор закона и норм должен быть обоснованным. Во-первых, по предмету регулирования и совпадению с ним конкретного вопроса, который надлежит разрешить. Во-вторых, по юридической силе разных актов, подлежащих применению. Здесь мы сталкиваемся с немалыми трудностями. Какой закон приоритетен? Кодексы считаются таковыми в отношении других законов этой отрасли, нормы некоторых федеральных законов признаются доминирующими перед другими нормами. А смежные нормы гражданского, земельного и налогового кодексов? Какие из них приоритетны в случае коллизии? Нормы первого — в случае общего регулирования, нормы второго и третьего — в случае специального регулирования.

Еще раз подчеркнем вечную юридическую аксиому: подзаконные акты должны соответствовать закону. Таково требование, к примеру, ст. 6 Налогового кодекса.

Необходима планомерность действий всех субъектов публичного и частного права. Кроме своевременных перечней отмененных и готовящихся актов нужны действия к реализации закона в отрасли, регионе, организации, облегчая тем самым работу предприятия и учреждений. Нельзя допускать бездействия или задержки с принятием решений, например, обновлением уставов, нормативно-технических документов. В регионах же иногда отдается предпочтение актам Президента РФ и губернатора, при этом законы остаются в стороне.

А как обстоят дела с отношением к закону коммерческих и некоммерческих организаций? И здесь данные социологических опросов неутешительны. Бизнес по-прежнему считает нормы налоговых и иных законов чрезмерно жесткими. Отсюда и нигилистическое отношение к ним, и многочисленные нарушения. В уставах и других локальных актах, в договорах, в фактических действиях встречается немало отступлений от норм гражданского и трудового кодекса, законов об акционерных обществах, об охране природы. «Своя» целесообразность попирает единую законность.

В связи с этим можно поддержать тенденцию к нормативному саморегулированию, не вопреки, а в русле законов. Помогают хорошие правила подготовки и выполнения локальных актов, корпоративные кодексы. Как своего рода добровольно принятые нормы-самообязательства выступают общие корпоративные принципы. Российский союз промышленников и предпринимателей уже одобрил Хартию корпоративной этики и подготовил проект Хартии корпоративной социальной этики. Нетрудно заметить, что содержащиеся в ней положения о создании новых рабочих мест, об уровне зарплаты, социальном обслуживании работы близки к нормам Трудового кодекса, закона о занятости населения и др.

Отрадно, что наши граждане все больше связывают свою жизнь с законом и стремятся реализовать свои интересы с его нормами. Именно законы все более полно регулируют основные сферы их экономической, социальной и политической деятельности. Гражданский кодекс гарантирует личные имущественные и неимущественные права, Трудовой кодекс — реализацию способностей людей в труде, законы о здравоохранении — получение медицинской помощи, об образовании — овладение

знаниями. Важно знать свои права и умело ими пользоваться. При этом нельзя предавать забвению обязанности — платить налоги, охранять природу, беречь собственность и др. Увы, их нередко не видят «в строках» закона и игнорируют.

Нарушений закона меньше не становится. Большое зло — коррупция, когда государственных служащих побуждают, а они легко соглашаются совершать легальные действия в угоду корыстным интересам или допускать правонарушения. Скрытые договоренности и неформальные отношения прикрываются должностными полномочиями. И в итоге расширяется своего рода теневое право, невидимое глазу и вытесняющее официальное право. Оно обесмысливается, хотя внешнее увеличение числа законов вселяет благие надежды.

Противостоять этому злу можно с помощью введения административных регламентов, законных процедур принятия решений о предоставлении льгот, распределении средств, проведении конкурсов и аукционов. К сожалению, их очень мало или они очень скупы, как в правилах предоставления бюджетных ссуд, правилах предоставления субсидий и субвенций организациям транспорта. Это неизбежно ведет к расширению зоны усмотрения и произвольно принимаемых индивидуальных актов. Поэтому столь необходим федеральный закон «Об административных процедурах».

Другое средство — эффективный контроль за выполнением законов. Многое здесь зависит от контрольных органов и надзорных служб. Осуществление ими действий по контролю и надзору за исполнением общеобязательных правил (технической эксплуатации, санитарии, противопожарной безопасности и т.п.), соблюдение четкого порядка выдачи разрешений, регистрации актов, документов.

Полезны регламентирующие акты в виде административных регламентов осуществления государственных функций и оказания услуг, которые широко внедряются. Готов соответствующий федеральный закон. Оправданы функциональные правила, например, постановление Правительства РФ от 20 ноября 2006 г. «Об утверждении Правил установления федеральными органами исполнительной власти причин нарушения законодательства о градостроительной деятельности», постановление Правительства РФ от 25 декабря 2008 г. «Об обеспечении деятельности по осуществлению государственного финансового контроля».

Итак, коллизии, пробелы и нарушения — беды правотворчества и правоприменения. И их нельзя допускать.

§ 4. Мониторинг и правовая диагностика

Не будет преувеличением сказать: правовой мониторинг представляет собой новый институт в механизме правового регулирования. Объяснение этого заключается в том, что продолжительное время мониторинг как способ наблюдения за процессами и явлениями существовал как бы вне правовой оболочки. Материальные объекты допускали такое обособление. К тому же в правовой сфере долгие годы считалось вполне достаточным эпизодически измерять результаты проверок, контроля и надзора показателями нарушений законности.

В ходе общественного развития насущной является потребность анализа и оценки эффективности права. Это важно для выяснения «обратной связи» от общества к праву на основе изучения реального движения всех элементов и оценки его социальной полезности в целом. Именно правовой мониторинг позволяет выполнить эту задачу, представляя собой такую часть механизма правоприменения, которая служит информационно-аналитическим и оценочным способом.

В основе нашей концепции правового мониторинга лежит та же трактовка эффективности законодательства, что и в ранее вышедшей монографии «Эффективность правовых норм» и в собственных публикациях. А именно, целевая функция права измеряется показателями ее фактической реализации. Считая такой подход инструментальным и «внешним» по отношению к праву, по мнению В.В. Лапаевой, основой концепции эффективности законодательства является легистское правопонимание, когда право рассматривается не как средство решения социальных задач, а как самодовлеющая ценность, как наиболее полное обеспечение прав и свобод человека¹. Это странная позиция, позволяющая праву быть «вещью в себе» и «для себя». А как быть с правовым обеспечением «Стратегии 2020»? К тому же в такой интерпретации права не находится места и правовому мониторингу как способу оценки его эффективности.

В нашей стране создаются благоприятные условия для своего рода материализации целевых ориентиров и показателей их достижения. В Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации до 2020 года, в утвержденных

¹ См.: *Лапаева В.В.* Методология изучения эффективности действия законодательства в процессе правового мониторинга // *Законодательство и экономика*. 2008. № 10.

Правительством РФ 17 ноября 2008 г. «Основных направлениях деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2012 года», в Указе Президента РФ от 27 июня 2007 г. «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации» и соответствующей методике оценки определены базовые цели развития (динамика изменения показателей, характеризующих качество жизни, уровень социально-экономического развития региона и т.п.) и соответствующие показатели. С их помощью определяется уровень деятельности государственных органов, хотя вычленение «вклада» органа сделать нелегко.

Постепенно становится очевидным недостаточность такого способа изучения правовой динамики. Возникает потребность в устойчивом и действенном анализаторе, каковым и становится институт правового мониторинга. Автор был среди тех, кто 7–8 лет назад приступил к разработке понятия и способов правового мониторинга, и через некоторое время появляется первая книга «Правовой мониторинг»¹. В ней разработаны на основе обобщения практического опыта концепция мониторинга права, его институциональные, информационные и юридические характеристики, а также рекомендации по оценке эффективности закона. Субъекты мониторинга — все органы и организации, особенно специальные структуры, виды мониторинга — тематические, «встроенные» в функциональный мониторинг и «нормативные», касающиеся оценки всех или отдельных правовых элементов.

Появились и другие работы по данной тематике, в которых речь идет только о мониторинге правовых актов и только (или преимущественно) в сфере правотворчества. К тому же неясное и путаное определение данного явления затрудняет его восприятие и использование². По нашему мнению, правовой мониторинг есть структурно-информационный институт правового регулирования, употребляемый преимущественно в механизме правоприменения для его анализа, оценки и совершенствования.

Начался процесс регламентации института мониторинга на федеральном и региональном уровнях. Первый шаг был сделан Советом Федерации, который создал Центр мониторинга права. За прошедшие годы проведены научно-практические конференции по правовым проблемам мониторинга. Особое значение имеют

¹ Правовой мониторинг / Под ред. Ю.А. Тихомирова и Д.Б. Горохова. М.: Юриспруденция, 2009.

² См.: Арзамасов Ю.Г., Наконечный Я.Е. Мониторинг в правотворчестве. Теория и методология. М.: Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 2009.

Доклады о состоянии законодательства в Российской Федерации, обобщающие опыт законодательной работы и определяющие ее задачи. В 23 субъектах РФ готовятся аналогичные доклады, что позволяет формировать согласованную оценочную базу.

Доклад Совета Федерации 2008 г. знаменует собой пятилетнюю работу по мониторингу правового обеспечения главных направлений внутренней и внешней политики государства и по своему концептуально-структурному содержанию вбирает в себя основные результаты, выводы и проблемы, которые характеризуют динамичный процесс в первую очередь социально-экономического и политико-правового развития страны и особенности его состояния на текущий момент.

Существенным обстоятельством явилось 15-летие со дня принятия Конституции Российской Федерации и учреждения двухпалатного парламента России, а тем самым и 15-летие Совета Федерации.

В связи с этим, сохраняя преемственность между докладами, в докладе Совета Федерации 2008 г. делается акцент на историческом значении Конституции Российской Федерации, обращается особое внимание на то, что Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие. Весь законотворческий процесс в конечном счете в той или иной мере базируется на ценностях и нормах Конституции и является мировоззренчески-правовым развитием ее духа и смысла.

В докладе получила дополнительное развитие идея о том, что Конституция Российской Федерации является основой гуманитарно-правовой стратегии развития Российской Федерации.

Особенностью пятого доклада является постановка вопроса о взаимосвязи качества законов и качества жизни населения, что выражается прежде всего в качестве власти и эффективности управления. Развивается идея о том, что российский конституционализм и есть содержательная стратегия формирования нового качества жизни населения нашей страны, анализируются концептуальное значение и стратегическая роль посланий Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации в системе конституционно-правового развития страны.

Принципиально новым в основном разделе доклада, в котором анализируются тенденции развития законодательства Российской Федерации за 2004–2008 гг., является попытка рассмотреть качество законодательства с точки зрения его стабильности, устойчи-

ности, непротиворечивости и эффективности. Для этого наряду с традиционными главами о стратегии развития государственно-политических институтов, стратегии социального развития, стратегии экономического развития, стратегии национальной безопасности, стратегии внешней политики рассматриваются под специальным углом зрения тенденции развития законодательства в сферах, имеющих общенациональную интегральную значимость для реализации прав и свобод человека и гражданина.

С учетом органичной взаимосвязи законотворческого процесса и правоприменительной практики в специальном разделе анализируются тенденции правоприменительной практики через мониторинг судебной практики, который представили Конституционный Суд Российской Федерации, Верховный Суд Российской Федерации и Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, а также опыт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. Важным является новый раздел доклада, посвященный мониторингу деятельности. Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации.

В Центр мониторинга законодательства и правоприменительной практики (Центр мониторинга права) при Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации на этапе подготовки проекта доклада Совета Федерации 2008 г. поступило более 260 отзывов и предложений от федеральных органов исполнительной власти, законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов юстиции, прокуратуры, судебных и иных государственных органов, уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации, общественных объединений и экспертного сообщества.

Для анализа, оценки и выработки воздействия на правовые ситуации мы вводим своего рода инструментарий правовой диагностики.

1. Цель диагностики.

1.1. Правовая ситуация — период действия права и применения правовых средств воздействия на общественные отношения, фиксированный с помощью системы показателей. Комплексная природа правовой ситуации.

1.2. Виды правовых ситуаций — устойчивые (нормальные), отклоняющиеся, конфликтные, критические, переходные.

2. Виды правовой диагностики.

2.1. Правовая диагностика государственного органа.

- 2.2. Правовая диагностика коммерческой организации.
- 2.3. Анализ правовой ситуации в отрасли, сфере.
- 2.4. Анализ правовой ситуации в регионе.
- 2.5. Изменение юридических режимов и правовых средств.
- 3. **Правовой риск.**
 - 3.1. Допустимые риски — действия.
 - 3.2. Неизбежные риски — действия.
- 4. **Средства диагностики.**
 - 4.1. **Изучение реализации законов и иных правовых актов.**
 - 4.1.1. Комплексное использование юридических, социальных, организационных, материальных и финансовых средств.
 - 4.1.2. Выявление юридических ошибок.
 - 4.1.3. Анализ, проводимый органами, организациями, бизнесом.
 - 4.1.4. Самооценка локальных актов.
 - 4.1.5. Мониторинг закона.
 - 4.1.6. Установление, причины и виды нарушений законов и иных правовых актов.
 - 4.2. **Анализ осуществления компетенции органа (организации).**
 - 4.2.1. Сравнение элементов статутных законов, положений и процедур с фактическими действиями и результатами.
 - 4.2.3. Степень отклонения от нормативной модели.
 - 4.2.4. Виды нарушений компетенции.
 - 4.2.5. Должностные преступления.
 - 4.2.6. Ответственность органа и служащих.
 - 4.3. **Оценка правового поведения граждан и их отношения к праву.**
 - 4.3.1. «Образы» права.
 - 4.3.2. Обращения и жалобы.
 - 4.3.3. Социологические опросы.
 - 4.3.4. Доступность информации о госорганах, о законодательстве.
 - 4.4. **Динамика ситуаций.**
 - 4.4.1. Выполнение программ социально-экономического развития.
 - 4.4.2. Показатели оказания услуг гражданам.
 - 4.4.3. Мера правового регулирования сфер, отраслей.
 - 4.4.4. Структура правонарушений в отраслях, сферах.
 - 5.4. **Изучение информации:**
 - 5.1.4. Отраслевая, научно-техническая и сводная информация;
 - 5.1.5. Статистическая;
 - 5.1.6. Социальная информация;

- 5.1.7. Материалы юридической службы;
- 5.1.8. Обращения в суд, структура судебных дел; динамика исков.
- 5.1.9. Протесты и представления органов прокуратуры;
- 5.1.10. Данные об отмене, приостановлении актов.
- 5.1.11. Материалы проверок.
- 5. **Повышение уровня законности.**
 - 5.1. Степень правовой регуляции (пробелы, «избыток»).
 - 5.2. Правовая квалификация работников.
 - 5.3. Данные об изменениях экономической и социальной сфер.
 - 5.4. Индикаторы законности.
 - 5.5. Комплекс средств улучшения правовой ситуации (общественная целесообразность).

А как регулируется мониторинг «Пионерский» Закон Липецкой области «О мониторинге нормативных правовых актов Липецкой области» (19 ноября 2008 г.) и «Положение о мониторинге законов Нижегородской области», принятое постановлением Законодательного Собрания 23 октября 2008 г. служат формированию прочной нормативной основы мониторинга. В Федеральном законе «О нормативных правовых актах», в статутных и тематических законах нужны специальные главы о мониторинге. В некоторых законах они уже есть. Потребуется, видимо, принятие президентского или правительственного решения о порядке проведения мониторинга правоприменения. Предстоит формировать механизм мониторинга законодательства в рамках СНГ и ЕврАзЭС. Уже действует Международный институт мониторинга демократии и парламентаризма государств—участников МПА СНГ.

Важнейшим элементом правового мониторинга является его информационное обеспечение. Имеется в виду механизм установления видов информации, процедур ее сбора, анализа, передачи и оценки, а также порядок использования аналитических результатов. Такая информация, как аналитико-оценочный блок, служит своего рода источником жизни организма мониторинга, «одушевляющим» его структурные, нормативные и иные элементы, в том числе фактические действия. Без нее эффективный мониторинг невозможен и будет сведен к «толчковым» операциям.

Учитывая широкое распространение функционального мониторинга, проводимого уполномоченными структурами в отраслях экономики и социальной сферы, в отдельных зонах государственного управления, охарактеризуем кратко связанную с этим тематическую информацию.

Проводимый функциональный мониторинг пока связан преимущественно с наблюдением за изменением материальных объектов. Но и в него «встроены» правовые элементы.

Приведем в этой связи постановление Правительства Российской Федерации «Об утверждении положения» об осуществлении государственного мониторинга земель» от 28 ноября 2002 г. № 846. В соответствии с Земельным кодексом Положение устанавливает порядок осуществления государственного мониторинга земель в Российской Федерации (далее — мониторинг), являющегося частью государственного мониторинга окружающей среды. При проведении мониторинга решаются следующие задачи: своевременного выявления изменений состояния земель, оценки этих изменений, прогноза и выработки рекомендаций по предупреждению и устранению последствий негативных процессов; информационного обеспечения деятельности по ведению государственного земельного кадастра, осуществлению государственного земельного контроля за использованием и охраной земель, иных функций в области государственного и муниципального управления земельными ресурсами; обеспечения граждан информацией о состоянии земель.

Мониторинг включает: а) сбор информации о состоянии земель в Российской Федерации, ее обработку и хранение; б) непрерывное наблюдение за использованием земель, исходя из их целевого назначения и разрешенного использования; в) анализ и оценку качественного состояния земель с учетом воздействия природных и антропогенных факторов. Мониторинг осуществляется, исходя из единой системы показателей на основе методических и нормативно-технических документов, утверждаемых Федеральной службой земельного кадастра России по согласованию с заинтересованными федеральными органами исполнительной власти.

Получение информации при осуществлении мониторинга может производиться с использованием: дистанционного зондирования (съемки и наблюдения с космических аппаратов, самолетов, с помощью средств малой авиации и других летательных аппаратов); сети постоянно действующих полигонов, эталонных стационарных и иных участков, межевых знаков и т.п.; наземных съемок, наблюдений и обследований (сплошных и выборочных); соответствующих фондов данных.

Используется автоматизированная информационная система, функционирующая во взаимодействии с автоматизированными

информационными системами органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Данные, полученные в ходе проведения мониторинга, систематизируются и передаются на хранение в государственный фонд данных, полученных в результате проведения землеустройства. Сбор и обработка данных, полученных в ходе проведения мониторинга, а также подготовка прогнозов и рекомендаций, касающихся особо опасных явлений и процессов, связанных с состоянием земель, осуществляются территориальными органами и организациями Федеральной службы земельного кадастра России и других федеральных органов исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, участвующими в осуществлении мониторинга, а также органами местного самоуправления. Структура, объем и сроки представления указанных данных о состоянии и использовании земель определяются Федеральной службой земельного кадастра России. Данные, полученные в ходе проведения мониторинга, используются при подготовке государственного (национального) доклада о состоянии и использовании земель в Российской Федерации, ежегодно представляемого Федеральной службой земельного Кадастра в Правительстве РФ.

Вводятся подвижные показатели мониторинга для оперативного анализа и оценки ситуаций. Так, распоряжением Правительства Российской Федерации от 15 июня 2009 г. в целях организации и проведения мониторинга процессов в реальном секторе экономики, финансово-банковской и социальной сферах субъектов Российской Федерации: утвержден перечень показателей мониторинга процессов в реальном секторе экономики, финансово-банковской и социальной сферах субъектов Российской Федерации (в сфере труда и занятости — 21, в сфере производственного потенциала — 34, в сфере услуг — 6, внешнеэкономической деятельности — 2).

Органам исполнительной власти поручено обеспечить представление ежемесячно, до 20-го числа месяца, следующего за отчетным, в Минрегион России в электронном виде информации в соответствии с перечнем.

Минкомсвязи России: поручено совместно с Минрегионом России обеспечить сбор и обработку информации посредством единой вертикально-интегрированной государственной автоматизированной системы «Управление»; обеспечить доступ органов исполнительной власти к информации, содержащейся в базе

данных мониторинга процессов в реальном секторе экономики, финансово-банковской и социальной сферах субъектов Российской Федерации.

Минрегиону России поручено представлять ежемесячно, до 30-го числа месяца, следующего за отчетным, доклад о ситуации в экономике, финансово-банковской и социальной сферах субъектов Российской Федерации, включающий анализ антикризисных мер, принимаемых органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, в Правительство РФ и Администрацию Президента РФ.

Примечателен пункт: направление федеральными органами исполнительной власти запросов в органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации с целью получения информации по показателям, содержащимся в перечне, не допускается. Руководителям федеральных органов исполнительной власти исключить направление необоснованных запросов в органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Внесение изменений в перечень осуществляется по решению Правительственной комиссии по проведению административной реформы без внесения изменений в настоящее распоряжение.

Каналы тематической информации для функционального мониторинга обладают юридическими свойствами двоякого рода. Во-первых, наличие правовых актов о порядке сбора, передаче, анализа и оценки информации, о порядке ее использования, о компетенции органов, организаций и должностных лиц, участвующих в этом процессе. Во-вторых, можно вести речь о «встроенном» виде правовой информации, когда она собирается, учитывается и используется как элемент тематической информации. Трудность заключается в операциональном сопоставлении этих видов информации, но, думается, она вполне преодолима. И тогда правовой мониторинг не будет гостем на чужой территории.

В рамках рассматриваемой темы особое значение следует уделять формированию и использованию собственной правовой информации для целей мониторинга. Достижению этой цели служат различные способы:

а) систематическая специальная информация правоохранительных и контрольных органов, прокуратуры и суда о динамике соблюдения законодательства в разных сферах. В рамках статистической информации немало собственно-юридических показателей, например динамика количества нарушений правил в области охраны труда.

Ведут свою регулярную правовую статистику МВД и Генеральная прокуратура в виде месячной, квартальной, полугодовой и годовой отчетности. Напомним о доступной судебной статистике, публикуемой в «Бюллетене Верховного Суда РФ», «Вестнике Высшего Арбитражного Суда РФ», «Вестнике Конституционного Суда РФ»;

б) Периодическая информация о соблюдении законодательства по профилю деятельности соответствующих государственных и муниципальных органов в пределах их компетенции. Так, мониторингу нарушений трудового законодательства служат результаты надзорно-контрольной деятельности Федеральной службы по труду и занятости в 2007 г.

Эффективна формируемая в Московской Городской Думе система учета нарушений законодательства, в частности, с помощью электронного паспорта закона, содержащего данные о его реализации, изменениях, опросах граждан, материалах СМИ, судов, прокуратуры.

Добавим, что и Всероссийская организация «Опора России» периодически проводит мониторинг нарушений прав малого бизнеса и направляет обзоры и предложения в федеральные и региональные органы;

в) информация *ad hoc*, собираемая для анализа конкретно-правовых ситуаций и выяснения реального хода выполнения отдельных законов и иных нормативных правовых актов;

г) схема информационного обеспечения структур, занятых проведением мониторинга права. В качестве иллюстрации приведем предложения автора к схеме информационного обеспечения мониторинга права в Центре правового мониторинга Совета Федерации (май 2008 г.).

1. Определение индикаторов действия законов и подзаконных актов:

- а) показатели позитивной реализации;
- б) показатели плохой реализации;
- в) показатели бездействия акта.

2. Определение общих и специальных источников информации для оценки действия законов и подзаконных актов:

а) доклады Совета Федерации о состоянии и развитии законодательства;

б) доклады о выполнении показателей деятельности Правительства РФ и федеральных и региональных органов исполнительной власти;

- в) данные государственной статистики;

г) информационно-аналитические и иные материалы: МВД, Генеральной прокуратуры, Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ, Счетной палаты, контрольно-надзорных органов, научных учреждений, социологических опросов, об итогах рассмотрения жалоб, обращений граждан, СМИ.

3. Объединение каналов правовой и иной информации:

а) формирование общей базы данных Центра правового мониторинга;

б) интеграция ведомственных и территориальных информационных систем;

в) сбор и обобщение оперативной информации применительно к правовым ситуациям;

г) использование информационно-аналитических материалов комитетов и иных структур Совета Федерации.

4. Систематическое обновление информационного массива: международно-правовая информация о положении в сферах действия международных договоров и соглашений и их реализации.

Как видно, для проведения правового мониторинга используются различные виды информации на всех уровнях власти и управления. Однако их содержание и потоки движения не скоординированы, что порождает как крупные информационные пробелы, так и ненужное дублирование в сборе сходной информации. Выход видится в концентрации потоков информации на тех уровнях и в тех пунктах, где нужны более концентрированные обобщения и оценки. Соответствующая корректировка законов и положений о государственных и муниципальных органах представляется совсем несложной.

Более рациональным путем является формирование в стране и в регионах строгой системы правовой информации. Она может включать виды правовой информации, маршруты ее сбора, анализа и оценки, субъекты, уполномоченные действовать в этом процессе и использовать аналитические результаты, банки данных, доступные всем клиентам. Аргументом в пользу такого решения служит Закон Республики Казахстан от 22 декабря 2003 г. «О государственной статистике и специальных учетах». В нем используются следующие основные понятия: государственная правовая статистика — отрасль государственной статистики, основанная на централизованной системе ведомственного учета в уголовно-правовой, гражданско-правовой, административно-правовой сферах; государственная правовая информационная статистическая система; правовая статистическая информация;

документированная информация; правовое статистическое наблюдение; гражданско-правовая статистика; уголовно-правовая статистика; административно-правовая статистика.

Установлено, что порядок, критерии, параметры, объемы и сроки формирования правовой статистики устанавливаются уполномоченным органом (ст. 5).

В целях реализации государственной политики в области формирования государственной правовой статистики и ведения специальных учетов уполномоченный орган:

- 1) формирует государственную правовую статистику;
- 2) ведет специальные учеты, за исключением оперативных, ведомственных учетов и учета лиц, сотрудничающих на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность;
- 3) осуществляет надзор за целостностью, объективностью, достоверностью, достаточностью сведений государственной правовой статистики и специальных учетов, предоставляемых субъектами правовой статистики и специальных учетов, а также определяет методику сбора, регистрации, обработки, накопления, свода и хранения информации в данной сфере;
- 4) проводит правовые статистические наблюдения;
- 5) осуществляет информационно-аналитическую деятельность в сфере правовой статистики и ведения специальных учетов;
- 6) ведет учет проверок, проводимых уполномоченными государственными органами, осуществляющими контрольные и надзорные функции;
- 7) разрабатывает и реализует программы по развитию государственной правовой статистики и специальных учетов;
- 8) взаимодействует с государственными органами по вопросам правовой статистики и специальных учетов;
- 9) осуществляет международное сотрудничество в области правовой статистики и специальных учетов;
- 10) координирует статистическую деятельность государственных органов при разработке и реализации программ государственной правовой статистики и специальных учетов;
- 11) разрабатывает статистические принципы и стандарты, методику в сфере государственной правовой статистики и специальных учетов;
- 12) разрабатывает нормативные правовые акты по вопросам правовой статистики и специальных учетов, обязательные для всех субъектов правовой статистики и специальных учетов (ст. 6).

Проводится государственная унификация правовой информации в виде федерального закона хорошо вписывается в рамки Концепции административной реформы и долгосрочной стратегии социально-экономического развития «Россия—2020».

Дополнением служит такая разновидность информации для правового мониторинга, как социальная информация. Условно ее можно отождествлять с социологической информацией, позволяющей выявлять знание гражданами законодательства и степень ее применения, оценивать их участие в государственном и муниципальном управлении, анализируя деятельность публичных институтов. Подробнее об этом рассказывается в главе 9.

Таким образом, информационное обеспечение правового мониторинга является важнейшим условием его организации и эффективного проведения.

В организационном плане правовой мониторинг должен представлять собой систему связанных структурных звеньев как специальных, так и отраслевых и территориальных центров. Аккумуляция ими сведений от субъектов правоприменения позволит готовить обоснованные ситуационные обзоры, аналитические материалы и предложения. Использование их требует введения регламентов, в рамках которых служащие и иные работники обязаны рассматривать рекомендации и принимать необходимые решения. Тогда мониторинг реально станет органической частью управления государственными и общественными делами.

Глава 9

ПРАВОВОЕ ВОЗДЕЙСТВИЕ И ОТКЛОНЕНИЯ

§ 1. Отклонения от модели и нормы: причины и виды

Завершением общеправовых циклов и в том числе цикла правоприменения являются результаты. Результаты бывают весьма многообразными — материальными, техническими, институциональными, оргструктурными, юридическими, поведенческими. Понятно, что и оцениваются они по-разному в сопоставлении с целями правового регулирования — отличные, если свидетельствуют о превышении целевого уровня, хорошими, если соответствуют целям, плохими, если цель не достигнута, неожиданными, если их трудно было предвидеть. Приходится проводить своего рода инвентаризацию результатов и отвечать на главный вопрос — как оценить ожидаемые и неожиданные результаты, какова степень отклонения вторых от целей.

В связи с этим еще раз вернемся к положениям книги «Социальные отношения. Введение в общую теорию»¹. Отмечается, что наиболее спорна оценка степени его полезности или вредности ... во всех ли случаях социальные отклонения вредны или они могут быть и социально полезны?

...оценка любого социального отклонения в качестве позитивного зависит, во-первых, от оценки соответствующей социальной нормы и, во-вторых, от позиции той социальной общности, которая обе эти оценки (т.е. нормы и отклонения) производит.

...с позиций и в рамках определенной нормативной системы, установившей жесткие границы должного поведения, никакое отклонение от нормы (т.е. выход за эти границы) не может рассматриваться как позитивное, иначе не нужна была бы и норма.

Но социальная норма — сложное образование, объединяющее общественную необходимость (полезность), обязательность (желательность) и фактическую выполнимость. Если исходить из полной характеристики нормы, то нетрудно заметить, что

¹ Кудрявцев В.Н., Нерсесянц В.С., Кудрявцев Ю.В. Социальное отклонение. Введение в общую теорию. М.: Юридическая литература, 1984. С. 105–113.

новаторство или творчество вовсе не нарушают каких-либо социальных норм нашего общества — ни правовых, ни нравственных. По существу, такими актами в наиболее полной, максимальной степени реализуются именно те принципы, которые и закреплены в нормативной системе.

В рамках данной нормативной системы всякое отклонение от нее рассматривается создавшей эту систему социальной общностью в качестве негативного. Напротив, отклонение от нормы может быть признано позитивным только *с точки зрения более прогрессивной системы*. Тогда сама норма будет рассматриваться как негативное явление.

Приведем классификацию видов социальных отклонений которые содержатся в книге. Наиболее распространено деление отклонений на различные виды в зависимости от *типа нарушаемой нормы* (право, мораль, правила общежития и др.). По характеру нарушаемых норм можно выделить социальные отклонения *в национальном и международном масштабах*.

По субъекту поведения можно выделить отклоняющееся от нормы поведение индивидуумов — граждан, должностных лиц; деятельность трудовых коллективов и их органов, а также неформальных социальных групп.

По объекту отклоняющееся поведение может быть, во-первых, отнесено к разным сферам общественной жизни; во-вторых, рассмотрено под углом зрения различной социальной направленности; в-третьих, могут быть выявлены конкретные ценности и интересы, выступающие в качестве непосредственных объектов правонарушений или аморальных поступков.

По объективной стороне можно выделить социальные отклонения, совершаемые путем действия или путем бездействия; вызывающие конкретные вредные последствия или создающие опасность их наступления.

По субъективной стороне отклоняющееся поведение характеризуется различной мотивацией, разными целями, разной степенью предвидения и желания возможных последствий.

Для оценки социальной роли отклоняющегося поведения важны *целевая направленность* соответствующего поведения и его мотивация. При этом, во-первых, устанавливается органическая взаимосвязь с объектом посягательства; во-вторых, мотивация деятельности субъекта позволяет понять ее субъективные и объективные причины. Наиболее распространены: а) отклонения корыстной ориентации; б) отклонения агрессивной ориентации; в) отклонения социально-пассивного типа.

Приведенные характеристики отклоняющегося поведения и деятельности, не совпадающей с целями и содержанием правового регулирования, весьма полезны. Их использование позволяет лучше понять динамику элементов регулирования, причем несводимых к оценке законов и иных правовых актов. Приходится анализировать отклонения (отступления, несоответствия, нарушения) от теорий и доктрин, от правовых концепций, от цели акта, от статуса и задач, возложенных на орган публичной власти или любую организацию, от намеченных и реально исполняемых правовых и неправовых ролей граждан, социальных групп и иных общностей. Естественно сделать это очень трудно и поэтому пока лишь схематично обозначим контурные характеристики.

Введенный государственный курс, включая стратегии и программы государственных реформ, может приводить к намеченным целям и выражаться в новых состояниях социальных институтов и уровня экономического и социального развития. Но нередко выявляются как ошибки самого курса, так и способов его реализации. Едва ли в этом плане можно высоко оценить ход экономической и административной реформ, результаты которых не столь оптимистичны, как их цели.

В процессе регулирования и особенно правоприменения нередко наблюдается смещение целей и подмена одной цели — другой, иногда более обоснованной. Подчас локальные цели дают больший результат за счет использования местных ресурсов и инициатив, хотя это не удалось предвидеть заранее. Вот «цена» прогнозов.

И научные правовые концепции не всегда оправдывают себя, то ли в силу неготовности общества (так было с идеей Хозяйственного кодекса в 1970–1980-х годах), то ли из-за неумения их практически реализовать (примером служат зигзаги с введением в стране института административной юстиции в полном объеме) или сопротивления оппонентов.

Особенно часто встречаются отклонения от ранее принятых правовых концепций для введения способа регулирования каких-либо отношений или принятия закона. Примером первого рода служит чрезмерная свобода бизнеса в сфере лекарственного обеспечения повышать торговые надбавки и цены, что потребовало принятия 8 августа 2009 г. постановления Правительства РФ «О совершенствовании государственного регулирования цен на жизненно необходимые и важнейшие лекарственные средства».

Примером второго рода служит «забвение» подготовленных концепций и версий федерального закона «О нормативных

правовых актах», которому то дают зеленый свет, то красный свет. Итог — плачевен, ибо продолжается хаос в законотворчестве. Та же картина с проектом закона о федеральных органах исполнительной власти.

Мы уже отмечали устойчивую тенденцию отклонений в деятельности исполнительных органов от их правового статуса. Плохо то, что положения о них слабо реализуются. Хорошо то, что возникают новые управленческие ситуации, когда требуются новые статусные регуляторы. Такова неясная судьба госкорпораций, таковы оптимистические оценки гибкой централизации в некоторых секторах, таковы радостные сюжеты общественного саморегулирования в ряде сфер.

Еще одна разновидность отклонений — крупные кризисные явления и периоды, выходом из которых являются радикальные преобразования. Финансово-экономический кризис¹ потребовал принятие срочных мер в нашей стране — увеличение господдержки банков и предприятий, целевой финансовой помощи регионам и иных мер временных, а возможно, и долговременных. В целом законодательство оказалось вполне адаптивным к кризису, но и в нем обнаружились слабости. Предложение России о создании системы новых международно-правовых регуляторов побудило к жесткой оценке действующих и твердому обоснованию новых регуляторов.

Приведем аргументы одного из разработчиков новой финансовой системы.

Для проведения скоординированной государственной политики в секторе финансовой индустрии, особенно в условиях посткризисного периода, необходимо в структуре исполнительной власти образовать единый центр принятия решений, сконцентрировав в отдельном федеральном ведомстве функции «мегарегулятора» финансового рынка и рынка капиталов, как это сделано во многих странах.

Отмечается, что важнейшим элементом реформы финансовой индустрии является правовой фактор. Действующие российские законы несовершенны, зачастую противоречивы, не вполне адекватны практике работы на финансовых рынках и далеки от мировых финансовых процессов. Национальная система регулирования очень сегментирована, отсутствует четкий порядок и единая трактовка налогообложения финансовых услуг для

¹ См., например: Оценка антикризисных мер по поддержке реального сектора экономики. Доклад ГУ–ВШЭ и МАЦ, март 2009. М.: Издательский дом ГУ–ВШЭ, 2009.

профессиональных участников рынка, нет единого стандарта требований во всей финансовой системе и многое другое, по сути, исключающее прорыв России в мировое финансовое пространство.

Предлагается заменить множество противоречивых и несогласованных между собой правовых актов принятием финансового кодекса который должен содержать основополагающие нормы права — жесткий каркас нормативно-правового регулирования, а также диспозитивное регулирование зависимых отношений.

Принцип «запрещено все, что не разрешено» и в корпоративном праве, и в законодательстве о рынке ценных бумаг должен быть замещен принципом «разрешено все, что не запрещено».

Очевидно, необходимо создать отдельное судопроизводство, специализирующееся на рассмотрении финансовых споров в качестве самостоятельного направления¹.

Ученые-экономисты подчеркивают: сложный и подчас невидимый механизм регулирования всегда сталкивается с противоречиями между новыми и уже действующими институциональными формами. Гармонии и балансу служат три условия: эффективное администрирование новых правил, достижение комплементарности старых и новых правил, укоренение новых правил на всех уровнях институциональной системы. Первое из них будет эффективным при опоре на интересы, использование принуждения с одновременным ростом доверия и правильной мотивации участников². Тогда внутренние и внешние регуляторы действуют согласованно.

А.А. Яковлев отмечает другие аспекты. Он пишет: «Считается, что наиболее универсальный индикатор спроса на право — это число обращений экономических агентов к правовым институтам. Такое утверждение, наверное, справедливо для относительно устойчивой, сбалансированной правовой системы, в рамках которой большинство агентов принимают существующие правила игры и ориентируются на *соблюдение* действующего законодательства. Однако в условиях несовершенной правовой системы ситуация может быть не столь однозначна.

Неудовлетворенные существующим положением экономические агенты могут инициировать те или иные *изменения* в законах — и это тоже можно считать проявлением спроса на

¹ См.: Гусев Ю.Н. Три кита финансовой индустрии // Российская газета. 2009. 4 нояб.

² См.: Радаев В.В. Почему работают или не работают законы // Реформы и право. М.: Издательский дом ГУ–ВШЭ, 2006.

право. Одновременно возможна стратегия *использования* законодательства, когда экономические агенты (или, по крайней мере, часть из них) применяют закон вопреки его собственным исходным целям.

Возможны также как минимум две пассивные стратегии — *игнорирование* законодательства (в условиях неработающих механизмов правоприменения) и *имитация* его соблюдения, когда закон не нужен и не выгоден агенту, но он формально старается учесть требования законодательства¹.

Весьма показательна «Классификация заинтересованных экономических агентов»².

Классификация заинтересованных экономических агентов

Типы агентов	Общая стратегия поведения	Горизонт планирования и склонность к риску	Примеры
«Созидатели»	развитие своего бизнеса (понимаемого не только как источник дохода, но и как основание для определенного социального статуса)	достаточно длинный горизонт (несколько лет) и низкая склонность к риску	стратегические инвесторы на крупных предприятиях, в ряде случаев — менеджмент, заинтересованный в сохранении и развитии предприятия
«Захватчики»	прирост капитала, стремление к извлечению максимального дохода в короткий период времени	относительно короткий горизонт (от нескольких месяцев до 1,5–2 лет) и высокая склонность к риску	портфельные инвесторы, миноритарные акционеры, финансовые спекулянты, специалисты по «корпоративным захватам» и т.д.
«Регуляторы»	рост властных полномочий и располагаемых ресурсов (по Паркинсону)	может меняться во времени	ФКЦБ, ФСФО и др.

¹ См. подробно: Яковлев А.А. Агенты модернизации. М.: ИД «ГУ–ВШЭ», 2006. С. 46.

² Там же. С. 42.

В аспекте нашей темы весьма полезны иностранные разработки проблем регулирования. Используем в данном случае положения книги «Better Regulation» («лучшее регулирование» или «совершенствование регулирования», опубликованной в 2007 г.)¹. Основные положения книги — проблемы качества регулирования в Европе, регулирование и объем полномочий бюрократии, регулирование в условиях падения рынка и издержек, а также давления на предприятия. Авторы пишут, что лозунг «совершенствование регулирования» не вызывает ни возражений, ни споров. Кто же будет пропагандировать *ухудшение* регулирования? По всей Европе государственные и частные деятели соревнуются в том, чтобы быть самыми посвященными в святая святых концепции «совершенствования регулирования».

Можно предположить, что совершенствование регулирования связано со следованием правотворчеству, сбережению издержек и поощрению более эффективной экономики. В Великобритании и ЕС законодатели постарались достигнуть удовлетворительного баланса между требованиями надлежащей защиты от падения рынков и неравенства, с одной стороны, и предпринимательской свободой и возможностями инноваций — с другой. Однако и здесь существует проблема. Концепция совершенствования регулирования не свободна от оценочных суждений. Такие понятия, как «удовлетворительный баланс», «надлежащая защита» и «формы предпринимательской свободы» влекут за собой оценочные характеристики, которые могут быть сложны и противоречивы.

В книге отмечается, что концепция «совершенствования регулирования» основана на достижениях общей теории регулирования. В существующем политическом климате был предложен тезис о том, что отсутствие регулирования породит крах рыночной системы. Широко известен подход Джорджа Акерлофа, который показал суть регулирования на примере ситуации, когда на рынке, где товары разного качества оцениваются по-разному, но потребители неспособны определиться между товарами более высокого и более низкого качества, следствием будет нежелание потребителей платить по более высокой цене за товары более высокого качества. В результате продавцы будут вынуждены вывести товар более высокого качества с рынка. Процесс усугубится и далее, когда товары невысокого качества вытеснят более качественные и дорогие... Некачественные товары будут доминировать

¹ Better Regulation, Edited by Stephen Weatherill. Oxford and Portland, Oregon, 2007.

и в указанной ситуации законодательное регулирование будет оправдано с точки зрения коррекции проблем падения рынка, вызванных состоянием потребительской активности.

Однако эмпирическое осмысление регулирования — это не просто осмысление причин падения рынка. Регулирование в целом связано с согласованием различных операций на рынке, а также с уменьшением того, что может рассматриваться, как чрезвычайные накопления у отдельных участников рынка. Это понятие связано с перераспределением богатства и развитием идеи социальной справедливости. Такой тип регулирования узнаваем и включает, к примеру, выбор системы налогообложения, подходы к неравенству, а также рост (модернизацию) благосостояния государства.

Существуют и другие подходы в учении о регулировании.

Общий вывод, исходя из всех представлений о регулировании, заключается в том, что в смысле «совершенствования регулирования» нужно особенно внимательно относиться к тому, как соотносятся заданные цели регулирования и реально производимые последствия. На примере Европейского Совета видно, что как наднациональный орган, он необходим для того, чтобы ограничить контроль со стороны отдельно взятых государств-членов и осуществлять долгосрочное планирование и взаимодействие. Это касается не только ЕС, но и менее значительных наднациональных объединений, приобретающих популярность. Такого рода субъекты пользуются доверием, очевидно, потому, что они должны быть ответственны за принимаемые решения, а риск управленческих провалов должен восприниматься так же серьезно, как риск рыночных кризисов. Это определенный довод за простоту и ясность управления.

§ 2. Право и неформальные отношения

Общественные отношения меняются в ходе правового регулирования — то становятся правоотношениями, то квазиправовыми, то внеправовыми и антиправовыми. Зависит это и от разных граней права и его связей с обществом, которые сложны и противоречивы. Обновление законов и иных правовых актов еще не служит гарантией их эффективности. Общество далеко не в полной мере воспринимает правовые новшества и продолжает жить со своими представлениями о праве, пользуется своими

институтами для решения частных и общих задач. Феномен права предстает как бы на солнце в его официальном выражении и в тени. Попробуем в нем разобраться.

Известны императивы права как установления государства, как обязательного предписания, как выражения публичного интереса. Раньше говорилось о воле господствующего класса, теперь о согласованности интересов¹. Но всегда «сущее» и «должное» существуют как парные категории.

Разные грани права как сложного общественного явления требуют гибких и связанных понятий, в частности национального и международного права². К тому же человеческое восприятие порождает разные образы права, представления о нем³. Когда аналитики-юристы наблюдают противоречивые процессы в правовой сфере, то явные, то скрытые, они невольно оценивают отклонения в правовом поведении как отрицательные, порождающие нарушения законности.

В течение веков в каждом обществе наблюдалось противоборство двух систем управления — государствоведческая и самоуправленческая. В институциональном плане речь шла о меняющемся соотношении власти и самоуправления (местного, производственного и т.п.), о перемене методов управления государственными и общественными делами. Политико-социальная мысль и общественная практика по сути дела «метались» между этими главными доминантами. А право использовалось для целей победивших сил и вводилось то жесткое, то мягкое регулирование, то поддержка, то «оставление правовых позиций» и уход в сторону. В нашей стране в XX в. любовь к самоуправлению и саморегулированию проявлялась вспышками — в начале 20-х, 60-х и 80-х годах, и за ними тянулись отдельные научные труды⁴. Сейчас и их нет.

Но всегда нормативная регуляция является компонентом жизни любого общества, причем социальные нормы, рассчитанные на должное и возможное поведение, исходят из признания ценностей, и критериев оценки поступков людей. Либо они усваиваются и переводятся в цели и мотивы своего поведения, либо

¹ Интерес в публичном и частном праве. М., 2002.

² См.: Тихомиров Ю.А., Талапина Э.В. Введение в российское право. М.: Городец, 2003.

³ См.: Курильски-Ожвэн Ш., Арутюнян М.Ю., Здравомыслова О.М. Образы права в России и Франции. М., 1996.

⁴ См., например: Социалистическое самоуправление: опыт и тенденции развития. М., 1986.

соблюдается лишь внешняя оболочка нормативных требований, либо нормы реально нарушаются. «Пересечение» норм и индивидуальных актов поведения трудно обнаруживать. Да и сами нормы разнообразны — правовые нормы, нормы общественных организаций, нормы морали, обычаи и традиции. Эти правила являются способом передачи информации и закрепления ее в сознании и поведении людей. Нормы саморегуляции отличаются добровольным и заинтересованным отношением людей и соответственно мощными стимулами и мотивами¹.

К сожалению, в юридической и философской литературе слабо исследованы эти проблемы. До сего дня в трактовке права, понимаемого в русле доктрин континентального права, общего права, исторической и экуменической школ, преобладает акцент на выявление природы правообразующего субъекта и в меньшей степени того, кто и как воспринимает, оценивает и реализует право. Между тем это очень существенно, поскольку создаваемые правовые модусы и намечаемые социально-правовые роли означают реальное правомерное, нейтральное и неправомерное поведение людей.

Подобный аспект проблемы соответствует взглядам М. Вебера о расчленении жизненных процессов на «понятные» действия его участников. Они исходят из признания легитимности социального порядка в силу авторитета нравов и привычек, авторитета вождя или пророка, веры в обязательность легального установления и деловой компетентности и рациональных правил, причем самые действенные гаранты — внутренние, а не внешние (органы, суды, принуждение). Теория социального действия дает людям право выбора в условиях формулы «Господство есть шанс встретить повиновение определенному приказу»².

Почему же тогда столь устойчиво представление о праве или как воле господствующего класса или народа, возведенной в закон, реже — как средства согласования интересов. Не теряется ли возможность увидеть «правовые образы» тех, на кого рассчитано его действие. Ведь неслучайно, досоветская русская правовая мысль отличалась скорее духом справедливости, нежели догматом нормы. И тем не менее приходится формировать и осваивать новое правопонимание. Его нелегко выразить одним определением.

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Закон, стимулы, экономика. М.: Юридическая литература, 1989. С. 252–270.

² Кравченко Е., Макс Вебер. М.: Весь мир, 2002.

Естественно, различие концепций права и правовых практик (опытов) порождает неодинаковое отношение к ним сторонников и оппонентов. Бесспорно, что понятию позитивного права как официального права, установленного государством, в большей степени контрастируют понятия теневого права и неформальных институтов. Здесь резко фиксируются разные оценки и отношение к праву, государственно-правовым и иным институтам (например, суду или местному самоуправлению), и особенно нарушения законности. Доктрина естественного права и историзма в праве откровенно признают и поддерживают неформальные институты как прямое проявление жизнедеятельности гражданского общества. Им свойственно сдержанное и даже критическое отношение к монополизму государственной власти.

В отечественной юридической литературе рассмотрение разных аспектов права проводится в известном отрыве от его основных институтов — теории сами по себе, институты позитивного права — сами по себе. Внимание фиксируется преимущественно на проблемах законности, и это побудило нас раздвинуть контекст анализа за счет обоснования такого направления, как коллизионное право¹.

И все же потребовались дополнительные разработки. Давая характеристику теневого права, В.М. Баранов выделил несколько признаков. Это проявление юридического плюрализма, когда государство не обладает исключительной монополией на право, это специфическая форма неправа, это разновидность негативного неофициального права, которое первично, это своеобразный свод обязательных предписаний, это конгломерат устных суждений, ритуалов, письменных установок, ритуалов, это специфические средства защиты. Преобладание стратегии противоборства не исключает некоторой согласованности норм формального и теневого права². Близкую позицию занимает Е.Н. Трикоз, отмечая как необходимость преодоления «теневилизации» официального права, так и учета позитивного влияния теневого права³.

Есть и другие подходы к проблеме, когда сопоставляются понятия официального права с «негативным правом», «неправом», «предправом», «псевдоправом». Используется гегелевская фор-

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. М.: Юринформцентр, 2000.

² См.: Баранов В.М. Теневое право. Нижний Новгород, 2002.

³ См.: Трикоз Е.Н. «Теневое право»: миф или реальность // Законодательство и экономика. 2005. № 1.

мула о трех видах «неправа» — юридическое заблуждение, обман и преступление¹.

Естественно, неформальные институты обладают такими признаками, которые отличают их от формальных институтов. Во-первых, доминанты частного, группового и корпоративного интереса перед признанным публичным интересом. Во-вторых, саморегулирование с использованием неправовых социальных норм. В-третьих, создание альтернативных способов решения вопросов. В-четвертых, квазиправовое поведение при использовании дозволенных институтов. В-пятых, неправомерное поведение.

В конечном счете теневое право либо обессиливает формальное право и его институты, либо противодействует им, либо порождает полезные социальные регуляторы («разрешено все, что не запрещено законом»), либо способствует формированию новых правовых регуляторов. Последнее явление требует особого внимания ввиду необходимости чутко улавливать зарождающиеся новые неправовые институты и их поддержки и перевода в правовые, если это необходимо (таковы некоторые досудебные процедуры разрешения споров, корпоративные институты). Как видно, спектр влияния не исчерпывается сугубо негативными характеристиками, как считают многие исследователи данной проблемы.

На возникновение и развитие явлений «теневого» права существенным образом влияют объективные факторы и среди них такое явление, как неформальная экономика. По мнению профессора В.В. Радаева, экономисты рассматривают неформальные институты как правила поведения и способы их поддержания, которые не зафиксированы официально. Это неписаные общие правила как результат соглашения участников, и такие частные, корпоративные способы регулирования отношений без властей отличаются устойчивостью. Ведь есть нерегулируемые правом сферы, есть «допуски» в правоприменении, есть «серые зоны», без которых нельзя реализовать норму. В институциональном плане речь идет об альтернативах формальным институтам прав собственности, управленческих схем и правил обмена, либо о восполнении отсутствия формальных правил. В самой неформальной экономике различают теневую, криминальную и домашнюю

¹ Бачинин В.А. Неправо (негативное право) как категория и социальная реалья // Государство и право. 2001. № 5; Самигуллин В.К. Право и неправо // Государство и право. 2002. № 3.

экономическую активность, причем первую пытаются легализовать, а вторую — сократить. Отсюда два типа экономического поведения по формулам «вне» и «вопреки». Формальным нормам может противоречить либо процедурная сторона бизнеса, либо его продукция, не разрешенная для частной инициативы¹.

Причиной появления неформальных институтов могут быть сложные политические процессы и решения, противоречия между социальными слоями и группами.

Отметим и временную смену одних институтов другими, второстепенными (например, «указное» право взамен законов), своего рода «приливы» и «отливы» в использовании отдельных институтов (например, прокуратуры).

Пробелы, ошибки и юридически коллизии также порождают отход от формальных институтов и побуждают искать квазиправовые или неправовые решения и совершать соответствующие действия.

Субъективный фактор в правотворчестве и правоприменении отражает широкий спектр представлений, взглядов на право и институты, а отсюда и безбрежная вариативность поведения людей.

Социологические исследования показывают, насколько велика дистанция между правомерным и неправомерным поведением, между которым возникает своего рода нейтральное правовое поле. Так, менее половины представителей малого бизнеса используют формальные каналы получения знаний о праве, а остальные используют договоры с юристами (15,2%), неформальные консультации юристов (34,3%), не прибегают к юридическим услугам (14,1%). На вопрос о причинах нарушений законности в процессе контроля мнения респондентов таковы: слабое знание правовых актов — 57,4%; избыточность нормативных требований — 50%; жесткость норм — 44,5%; необходимость дополнительных расходов для соблюдения всех норм — 30,1%; недооценка этой стороны своей деятельности — 34,3%; несущественность наказания — 3,7%. А отсюда и разные пути...

Систематический и широкий анализ действия публичных институтов и права позволяет видеть реальные изменения в правовой сфере, отторгать негативные явления и поддерживать позитивные явления. Для решения этих задач необходимо формирование и использование механизма правового мониторинга.

¹ См.: Барсукова О.Ю. Неформальная экономика: структура и функциональная специфика сегментов: Автореф. дисс. ... докт. социол. наук. М., 2004.

Значит, в сфере правового регулирования на всех стадиях активно действуют не только официальные институты. В широком демократическом контексте выявляют себя и неформальные институты — объединения граждан по интересам, форумы, клубы, группы давления, общественные движения и т.п. Их можно называть неформальными ввиду стихийного и инициативного возникновения и свободной деятельности. Но тут нужна «мера закона» — если это временные и относительно устойчивые объединения людей, реализующие их конституционные права — это хорошо. Если их цели и деятельность носят противоправный характер — это плохо и публичные органы должны реагировать. Особенно в отношении преступных и террористических группировок.

Надо учитывать неформальные институты и действия, сфера которых весьма широка. Важен систематический и объективный анализ проявлений жизнедеятельности неформальных институтов, иначе правовая сфера потеряет всякие очертания и утратит присущую ей регулятивность. В то же время в ее пределах и за ее пределами существуют и развиваются явления и процессы, которые постепенно приобретают положительный правовой смысл и несут в себе зародыш будущей правовой регулятивности. Потерять их из виду было бы расточительством социальной энергии и обедняло бы потенциал общества. В позитивных и негативных притязаниях на правовой порядок, существующий или новый, заложены важные импульсы, которые общество не может оставить без внимания.

Проявления неформальных правовых институтов весьма многообразны. Их можно классифицировать для удобства анализа следующим образом:

а) возникновение своеобразных, подчас сугубо субъективных образов права, контрастных его официальной доктрине и системе. Это выражается в ошибочных взглядах на содержание статусов тех или иных субъектов права, их компетенции, иных, нередко противоположных оценках содержания законов, в негативном отношении к исполнению правовых актов;

б) подмена целей правовых решений и действий при соблюдении их внешней оболочки для выражения сугубо частных или групповых интересов вопреки юридико-публичному интересу;

в) юридические рокировки, когда вместо правовых актов, которые надлежит принять в соответствии с установленной процедурой, оформляются для решения юридических вопросов неправовые документы — протоколы, расписки, произвольные виды соглашений (например, вместо трудовых контрактов). Очень

распространены замены устным договоренностям и даже сговорами принятия официальных правовых решений и совершения легальных действий;

г) «выпадение» или ослабление элементов официальных формальных действий и создание зоны для теневых решений и действий. Подобные явления наблюдаются при отступлении от принципов гласности в работе государственных и муниципальных органов, при сужении объема публичной информации и возможностей «доступа» к праву;

д) противоправное использование не правовых, «асоциальных» норм групповой морали, обычаев и т.п. Оно открывает путь к коррупции, злоупотреблению правом (в разных значениях), к должностному бездействию, к незаконным действиям, к нарушениям законности, в том числе неумышленному принятию ошибочных норм. Учитывая основательную разработку проблем правонарушений в научной литературе, обратим особое внимание в этом контексте на выработанные способы преодоления коррупциогенности законодательства¹, которыми целесообразно пользоваться.

Особо выделим нарастающее воздействие в условиях глобализации международно-правовых актов, которое надо учитывать. Неформальное влияние иностранных концепций и правовых решений, международно-корпоративных сделок и договоренностей, документов неправительственных организаций может быть позитивным и негативным. Неслучайно иностранные ученые делают вывод об увеличении разрывов между национально-государственными сферами действия и экономическими императивами вне их. Саморегулирование приводит к «государству частного права»².

Если обратиться к проявлениям неформальных институтов в государственном управлении и в социально-экономической деятельности, то можно увидеть следующую картину. Здесь такие институты выступают своеобразными конкурентами государственных и муниципальных органов, официально установленных процедур, институтов прямой демократии, причем конкуренция имеет широкий спектр.

Динамика поведения граждан, социальных групп и слоев под влиянием деятельности органов (организаций), законов и иных

¹ Анализ коррупциогенности законодательства. Памятка эксперту по первичному анализу коррупциогенности законодательного акта. М.: Статут, 2004.

² *Хабермас Юрген*. Вовлечение другого. Очерки политической теории. СПб.: Наука, 2001. С. 197–229.

правовых актов выражается в устойчивых или изменяющихся «образах» права и представлениях о публичных институтах, о правах и обязанностях граждан и юридических лиц, в изменениях правомерного поведения и его видов (активное, пассивное, конформистское, безразличное), в использовании способов самореализации прав и законных интересов, в обращениях в органы публичной власти — по содержанию, адресатам, действиям «сторон» и их взаимоотношениям.

Особо отметим самоорганизацию граждан в виде легальных объединений, которые не всегда активно втягиваются в русло официальной государственной деятельности. Надо учитывать возрастание удельного веса корпоративного саморегулирования, когда юридические лица и граждане объединяются в промышленные и иные ассоциации, саморегулируемые организации и действуют на основе уставов, корпоративных кодексов и кодексов «по профессиям», социальных и иных хартий. Добровольность их принятия служит выражением «самообязательств» участников, и опыт таких объединений, например, «Опоры», заслуживает серьезного анализа и обобщения. Тут есть некая параллельность деятельности.

Развивается институт соучастия в деятельности официальных институтов, когда граждане и их группы, общественные объединения, хозяйственные союзы и ассоциации включаются в договорные отношения с ними. Таковы, например, социальные соглашения между губернаторами, мэрами, с одной стороны, и экономическими субъектами, корпорациями — с другой, таковы формы государственно-частного партнерства в реализации крупных инновационных и производственных проектов.

Наблюдается нередко замена официальных процедур принятия решений «полускрытыми» или тайными процедурами, либо ограничение первых путем деформации выборов, конкурсов и т.п.

Контрастным выглядит противостояние публичной власти и ее институтов в виде партийных оппозиций, лоббизма, оппозиции неких социальных сил или групп, использующих исключительно или преимущественно легальные способы деятельности.

Нельзя не видеть противоборство неформальных институтов с официальными институтами, переходящее в скрытые формы борьбы или открытые публичные конфликты. Завершением служит либо ликвидация либо преобразование институтов.

Охарактеризованная выше динамика неформальных институтов вызывает реакцию общества и государства, совпадающую или несовпадающую. Кратко отметим позитивные реакции: а) до-

пушение деятельности неформальных институтов; б) признание их деятельности как публично-полезной; в) поддержка тех институтов и тех действий, которые отвечают официальному курсу власти и ее программам; г) «перевод» неформальных институтов в статус официальных институтов путем изменений в системе государственных органов, их структуре, компетенции и способах взаимодействия с общественными институтами, движениями и т.п., признания их статуса в законе и иных правовых актах.

Негативное реагирование общества и государства на существование и деятельность неформальных институтов может выражаться в разных формах. Имеются в виду критика их программ, лидеров и деятельности, отторжение от официального курса путем осуждения, ограничений и т.п., применение санкций в случаях нарушений законности, наконец, роспуск и ликвидация таких структур. Во всех случаях, как свидетельствует история и современный социальный опыт, неизбежны волевые решения властей в их интересах.

Все это требует серьезного анализа общественной практики. К сожалению, современных социологических исследований не много. Между тем результаты выполнения программы «Совершенствование организации управления и оказания публичных услуг» в Тюмени в декабре 2004 г.¹ и программы «Публичная власть и экономические субъекты: нормативная модель и реальные взаимоотношения»² под руководством автора позволили выявить довольно заметные отклонения фактических действий от моделей, статусов и компетенции субъектов права. Предложенные гипотезы учитывали, что под влиянием суммы позитивных и негативных факторов обнаруживаются содержательные и юридические ошибки, вмешательство и бездействие, с одной стороны, новые виды действий, решений и институтов, которые можно опосредовать правом или юридически поддерживать, — с другой.

Такова сложная картина правового развития, которую надо рассматривать, а значит, размышлять и действовать. Сделаем главные выводы. Первый — нужно возродить интерес к социологии права³, которая в 1960–1970-х годах активно дополняла

¹ См.: Тихомиров Ю.А., Чеснокова М.Д. Совершенствование организации управления и оказания публичных услуг // Журнал российского права. 2005. № 3.

² Тихомиров Ю.А. Власть и экономические субъекты. Нормативы и притязания // Право и экономика. 2005. № 1.

³ См., например: Гревцов Ю.И. Социология права. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2001.

догматические концепции и представления о праве. Полезны систематические исследования формальных и неформальных публично-правовых и частноправовых институтов во всех отраслях права. Второй — в практическом плане важно обеспечить органы публичной власти и экономические, социальные организации методиками диагностики своей деятельности. Третий — в учебных планах и программах по специальности «Юриспруденция» желательно вводить соответствующие отраслевые спецкурсы. Все это позволит преодолеть узкий взгляд на право и правовую сферу и их сугубо «нормативно-текстовое» существование. Нет, реальная жизнь права богаче и многообразнее, и в таком понимании заинтересованы общество, граждане и государство.

§ 3. Преодоление коррупции

Коррупция — одно из наиболее резких негативных отклонений деятельности от целей и содержания правового регулирования. Ее причины кроются в уровне и укладе жизни людей, их сознании, в низком уровне деятельности звеньев публичной власти и плохой правовой регламентации оказания услуг гражданам и юридическим лицам. Многообразные проявления коррупции являются посягательством на правовой порядок в обществе и систему государственного и муниципального управления. Извращаются правовые отношения и падает эффективность и авторитет закона. Поэтому противодействие и преодоление коррупции является актуальной задачей мирового сообщества и национальных государств¹.

Большое значение имеет Конвенция ООН против коррупции (31 октября 2003 г.), в которой содержится комплекс рекомендуемых антикоррупционных мер. Речь идет о целенаправленной политике государств в данной сфере, о специальных органах, о кодексах поведения публичных должностных лиц, о публичной отчетности и т.п. Особое внимание уделено публичному и частному секторам, а также мерам в отношении судебных и прокурорских органов и участию общества в преодолении коррупции. Действуют Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию (Совет Европы, 27 января 1999 г.) и Международный

¹ См. подробно: Антикоррупционная политика: Учебное пособие / Под ред. Г.А. Сатарова. М., 2004.

кодекс поведения государственных служащих, утвержденный Резолюцией Генеральной ассамблеи ООН 12 декабря 1996 г.

Названные и другие международно-правовые акты служат прочной основой антикоррупционной деятельности государств. Эффективны усилия ГРЕКО — группы государств против коррупции и другие формы международного сотрудничества. Все это служит мощным импульсом активизации деятельности государств.

В нашей стране летом 2008 г. Президентом РФ был утвержден национальный план противодействия коррупции. В нем отмечено, что в Российской Федерации в основном сформированы и функционируют правовая и организационная основы противодействия коррупции. Серьезный антикоррупционный потенциал заложен в Концепции административной реформы и плане мероприятий по ее проведению, в законодательстве, регулирующем вопросы государственной службы. Несмотря на предпринимаемые меры, коррупция, являясь неизбежным следствием избыточного администрирования со стороны государства, по-прежнему серьезно затрудняет нормальное функционирование всех общественных механизмов, препятствует проведению социальных преобразований и повышению эффективности национальной экономики, вызывает в обществе серьезную тревогу и недоверие к государственным институтам, создает негативный имидж России на международной арене и рассматривается как одна из угроз безопасности Российской Федерации. В связи с этим разработка мер по противодействию коррупции, прежде всего в целях устранения ее коренных причин, и реализация таких мер в контексте обеспечения развития страны в целом становятся настоятельной необходимостью.

Речь идет о мерах по законодательному обеспечению противодействия коррупции. Дано определение понятий «коррупция» — как социально-юридического явления, «коррупционное правонарушение» — как отдельного проявления коррупции, влекущего за собой дисциплинарную, административную, уголовную или иную ответственность, и «противодействие коррупции» — как скоординированной деятельности федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления муниципальных образований, институтов гражданского общества, организаций и физических лиц по предупреждению коррупции, уголовному преследованию лиц, совершивших коррупционные преступления, и минимизации и (или) ликвидации их последствий.

Определены меры по профилактике коррупции, основные направления государственной политики в сфере противодействия коррупции, включающие:

совершенствование системы и структуры государственных органов, оптимизацию и конкретизацию их полномочий;

разработку системы мер, направленных на совершенствование порядка прохождения государственной и муниципальной службы и стимулирование добросовестного исполнения обязанностей государственной и муниципальной службы на высоком профессиональном уровне;

сокращение категорий лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам и ведения оперативно-разыскных мероприятий;

введение антикоррупционных стандартов, т.е. установление для соответствующей области социальной деятельности единой системы запретов, ограничений, обязанностей и дозволений, направленных на предупреждение коррупции;

обеспечение справедливой и равной для всех доступности правосудия и повышение оперативности рассмотрения дел в судах;

развитие процедур досудебного и внесудебного разрешения споров, прежде всего между гражданами и государственными органами.

Подготовка и внесение в Государственную Думу проектов федеральных законов.

Осуществление комплекса мер, направленных на улучшение государственного управления в социально-экономической сфере включает:

а) регламентацию использования государственного и муниципального имущества, государственных и муниципальных ресурсов;

б) создание условий для справедливой конкуренции на товарных и финансовых рынках;

в) совершенствование норм, регулирующих осуществление закупок для государственных и муниципальных нужд;

г) обеспечение контроля за выполнением принятых контрактных обязательств, прозрачности процедур закупок и муниципального имущества;

д) детализацию механизма контроля за выполнением публичных функций федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Феде-

рации и органами местного самоуправления муниципальных образований; соблюдение прав и законных интересов граждан и организаций, включая введение административных регламентов по каждой из таких функций и системы оценки качества их выполнения.

Многие из названных мер уже реализованы и среди них принятие федеральных законов «О противодействии коррупции», «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов», федеральных законов о внесении изменений в законодательство¹. В ряде субъектах РФ приняты законы о противодействии коррупции и произведена корректировка действующих правовых актов. В федеральных и региональных органах государственной власти, в органах местного самоуправления разработаны, утверждены и выполняются программы противодействия коррупции. Все это, равно как и усиление работы правоохранительных органов, дает свои положительные результаты.

Повышаются требования к государственным служащим, к достоверности и полноте сведений о них, к стилю и качеству деятельности. Началась масштабная работа по повышению квалификации кадров в сфере преодоления коррупции, в частности на основе программы «Коррупция: природа, проявление, преодоление», подготовленной Институтом законодательства и сравнительного правоведения.

Выше писалось о правилах и методике проведения антикоррупционной экспертизы проектов и действующих правовых актов². В содержательном плане отметим деформацию правовых норм которые могут приводить к неправильному реагированию на них. Норма сформулирована с нарушением требований и создает риски коррупционности. Таковы случаи нечеткого определения полномочий, оснований и видов ответственности органов и служащих в законах и положениях, злоупотребление формулой «может», обилие отсылочных норм, порождающих произвольный поток ведомственных и локальных актов. Замечено, что и «правильная» норма используется неправильно. Таковы случаи бездействия и неприменения нормы, произвольного субъективного толкования собственных прав, игнорирования обязанностей,

¹ См.: *Таланова Э.В.* Комментарий к законодательству Российской Федерации о противодействии коррупции. М.: Волтерс Клувер, 2009.

² См. подробно: *Правовые акты: антикоррупционный анализ: Научно-практическое пособие* / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Т.Я. Хабриева, В.Н. Найдено. М.: Волтерс Клувер, 2009.

открытое либо скрытое нарушение законности, применения норм с преимуществами для отдельного адресата.

Все это приводит к выводу о необходимости четкого уяснения должностными лицами и служащими, работниками государственных и муниципальных учреждений, бизнес-структур природы и видов норм законов и иных актов. Это позволит правильно использовать способы их формулирования и избегать рисков коррупционных действий¹.

В ходе реализации законов часто возникает необходимость в подготовке, принятии и рассмотрении различных документов. Критерием их обоснованности и законности служат прежде всего нормы законов, правительственных и ведомственных актов, устанавливающих перечень, виды, содержание и порядок подготовки, представления и рассмотрения документов. Таковы, например, ст. 26 Земельного кодекса и ст. 71 и 72 Лесного кодекса. В административных регламентах осуществления государственных функций и предоставления государственных услуг выделяются, как правило, разделы об информации о перечне необходимых для этих целей документов.

Тем не менее существующая деформация документооборота создает сложные административные барьеры для граждан и юридических лиц. Это выражается в произвольном установлении иных видов документов и требований их предоставления, в затягивании сроков действий по документам, в неправомерном отказе использовать легальные документы, в искажении их содержания, в создании ложных документов. Чаще всего это связано с коррупционными действиями служащих, побуждающими граждан и юридических лиц к взяткам для совершения легальных служебных действий.

Для обнаружения и пресечения неправомерных действий с документами рекомендуется в ходе проверок органов и отчетов должностных лиц изучать бухгалтерскую, статистическую, тематическую и иную документацию органа, учреждения и предприятия и сопоставлять ее с установленной номенклатурой дел; рассматривать и оценивать содержание документов, которые были подготовлены и представлены в связи с реализацией норм закона и иных правовых актов. Следует выявлять лиц, заинтересованных в запросе и использовании ненужных документов и привлекать их к ответственности в установленном порядке.

¹ См., например, постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16 октября 2009 г. «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» // Сайт ВС РФ.

Не допуская абсолютизации сугубо документальных аспектов анализа коррупциогенности нормативных правовых актов, особо выделим поведенческий аспект. Речь идет об анализе и оценке служебного поведения лиц, участвующих в подготовке, принятии и реализации правовых актов, и лиц, причастных к этой деятельности. Здесь оправданы три критерия.

Во-первых, правильное и четкое правовое регулирование статуса государственных служащих в соответствии с Федеральным законом «О государственной гражданской службе Российской Федерации» и статуса муниципальных служащих в соответствии с Федеральным законом «О муниципальной службе в Российской Федерации». Реализация положений названных законов и норм Трудового кодекса служит основой для разработки должностных и служебных контрактов, в которых особое внимание надлежит уделить закреплению их прав и обязанностей и обеспечению соблюдения законодательства. Недооценка этого элемента статуса служащих и его плохое усвоение и применение служат потенциальным фактором коррупциогенности.

Особое внимание следует уделять строгому регулированию полномочий органов и служащих, избегая формул «и иные полномочия» и предпочитая установление четких видов правовых решений (актов) и оснований их принятия. Тем самым можно уменьшить объем служебного усмотрения вне «правового поля».

В связи с этим оправдана разработка системы антикоррупционных требований к должности, включаемых в должностные регламенты (инструкции). Эти требования целесообразно разделить на две группы — требования, которые являются общими для всех категорий государственных и муниципальных служащих (знание причин и видов коррупционных угроз, коррупциогенных факторов в системе правовых актов, основных способов анализа текстов правовых актов на коррупциогенность и др.), и требования, предъявляемые к работникам федерального, регионального и муниципального уровней с учетом специфики их компетенции. Указанные требования должны оцениваться при вступлении служащего в должность, в ходе его отчетов, аттестации, прохождения конкурса.

Необходимо последовательно реализовывать известные правовые акты об установлении показателей деятельности Правительства РФ, федеральных и региональных органов исполнительной власти и муниципальных органов. Столь же важны показатели деятельности государственных и муниципальных учреждений

и предприятий, которые служат основой для определения показателей деятельности и стимулирования труда руководителей и специалистов. Среди этих показателей рекомендуется особо выделить: нарушения сроков и требований к подготовке актов; низкое качество актов (решений); нарушения законодательства о труде; нарушения, выявленные при проверке эффективности и целевого использования бюджетных средств; отступления от планов (программ) подготовки актов; нарушения требований административных и технических регламентов.

Для предупреждения этих нарушений необходимо систематически контролировать деятельность служащих в соответствии с их должностными обязанностями в части выполнения установленных показателей деятельности. Выявлять и рассматривать материалы (сигналы) о нарушении норм закона о недопущении конфликта интересов. Это можно делать путем выяснения круга лиц, заинтересованных в принятии решения, и тех или иных действиях, анализа обращений граждан, отзывов бизнеса, содержания бесед и т.п.

В ходе аттестации и конкурсов надо тщательно выяснять характер отношений служащего с партнерами и клиентами и реагирования на их обращения и запросы.

На практике встречаются типичные проявления необъективного поведения государственных и муниципальных органов. Это личные предпочтения отдельным субъектам оказания услуг; субъективные решения при одинаковых условиях в пользу конкретных физических и юридических лиц; отступления от установленных сроков решения вопросов (искусственное сокращение срока или затягивание срока); формальное, поверхностное отношение к проверке обстоятельств, описанных в заявлении; манипуляции с документами (подделка и т.п.); непропорциональное применение санкций (задержание, арест, блокировка активов, изъятие документов); сокрытие информации, необходимой для оценки ситуации.

Полученные данные правового мониторинга и иного анализа создают необходимую информационную базу для специальной экспертизы нормативных правовых актов на коррупциогенность. Речь идет об организации экспертизы, которая проводится либо специальными структурами, о которых говорилось выше, либо представителями юридических служб и других подразделений органа, организации, либо независимыми экспертами (работниками научных институтов, центров, общественных фондов). Критерием отбора экспертов является их высокий юридический

профессионализм в сфере правотворчества и правоприменения. Экспертиза нормативных правовых актов должна быть объективной и всесторонней.

При проведении научно-правового анализа проекта закона либо действующего акта необходимо обращать внимание на эффективность нормативного регулирования в целях предупреждения коррупции, ограничения доли неконтролируемого распределения государственных ресурсов, обеспечения эффективности предупреждения действий и решений должностных лиц органов государственной власти, подрывающих демократические ценности, наносящих ущерб правопорядку.

В настоящее время накоплен опыт проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов в целях выявления в них положений, которые могут способствовать проявлению коррупции. Экспертиза предполагает оценку социально-экономической эффективности закона, изучение субъектов, иницилирующих и лоббирующих законопроект, противоречащий национально-государственным интересам; моделирование социальных процессов после принятия закона и иного акта в плане его возможного коррупционного проявления.

В связи с этим экспертиза всегда должна быть аналитической и оценочной. Это касается необоснованно широких возможностей ведомственного и локального нормотворчества; коллизий правовых норм; чрезмерного допущения полномочий, основанных на усмотрении должностного лица, совершения действий, внесение соответствующих закону по форме, но противоправных по смыслу. В качестве оценочных выводов в связи с анализом наличия коррупционных рисков и факторов формулируются рекомендации.

При экспертной оценке концепции закона в целях снижения коррупционного потенциала законопроекта особое внимание уделяется анализу основной идеи, предмета правового регулирования планируемого федерального закона, а также прогнозируемым социально-экономическим, политическим, юридическим и иным последствиям реализации федерального закона, подготовка которого будет осуществлена на основе анализируемой концепции. Оценка концепции закона проводится с учетом факторов, способствующих возникновению условий для коррупции (необоснованно широких возможностей ведомственного и локального нормотворчества, коллизий правовых норм, недостаточности устанавливаемых форм контроля за деятельностью должностных лиц и др.).

Экспертиза нормативных правовых актов на коррупциогенность может быть временной, ситуационной, проводимой для анализа конкретных правовых актов в определенных условиях, и систематической, проводимой регулярно.

Конечно, необходимо хорошо знать методические рекомендации о порядке проведения антикоррупционной экспертизы, подготовить и принять положение (регламент) о проведении такой экспертизы в органе, организации.

Итогом сложной аналитической работы по выявлению и оценке нормативных правовых актов с точки зрения их коррупциогенности является подготовка и принятие соответствующего заключения. Для этого целесообразно в государственных и муниципальных органах разработать Положение о порядке проведения экспертизы правовых актов на их коррупциогенность. Образовать специальную структуру для проведения экспертизы. Это может быть Совет по антикоррупционной экспертизе правовых актов в составе руководителей аппарата, правовой службы, специалистов отраслевых и функциональных подразделений. Возможно формирование комиссии или группы *ad hoc* применительно к отдельным актам, рассматриваемым в случае необходимости.

Следует определить порядок обращения в названные структуры с предложением о проведении антикоррупционной экспертизы, представления пояснительной записки и проекта акта либо акта, рассмотрения вопроса, принятия заключения (решения).

В заключении о коррупциогенности проекта нормативного правового акта:

а) указываются выявленные коррупциогенные факторы (ненадлежащие определения функций и полномочий органов и должностных лиц, отсутствие административных процедур, коллизии юридических актов и др.);

б) устанавливается степень коррупциогенности проекта — низкая, средняя, высокая;

в) даются рекомендации разработчиками (провести работы по устранению или нейтрализации выявленных коррупциогенных факторов, провести дополнительную правовую экспертизу отдельных положений проекта акта, представить уточненный проект акта к определенному сроку для повторной экспертизы).

Во всех случаях заключение о коррупциогенности проекта или действующего нормативного правового акта подлежит обязательному рассмотрению соответствующими служащими согласно регламентам. Нереагирование на рекомендации следует рассматривать как служебный проступок со всеми последствиями.

Не менее важно давать публичную информацию о коррупционных правовых актах — в виде приложений к их регистрам, сообщений в юридических журналах, на сайтах государственных органов.

Как видно, антикоррупционный механизм должен действовать на всех стадиях правового регулирования и предотвращать и устранять все проявления коррупции.

§ 4. Способы оценки эффективности правового воздействия

Как было показано выше, в ходе правоприменения постоянно приходится анализировать и оценивать правовые воздействия. И здесь важным является соображение о том, что оно включено, как правило, в состав любой деятельности, а следовательно, и властвование и управление. Здесь особенно трудно вычленять собственно правовую «долю» в общем объеме решений и действий, что и приводит на практике к ошибочности и неэффективности как управления и хозяйствования, так и собственно правовых актов, которые их опосредуют. «Спасают» лозунги, общие призывы и субъективные оценки... Но этого явно мало. Поэтому в мире и в нашей стране давно ищут радикальные способы повышения качества управленческих и правовых воздействий. Разделять их можно весьма условно, причем еще раз подчеркнем — обеспечение эффективного регулирования не ограничивается национальными границами. Финансово-экономический кризис еще раз обнажил противоречия между публичной и частной сферами, между курсом на либерализацию экономики и сохранение государственного воздействия в необходимых пропорциях. Упомянутая нами концепция глобального административного права в настоящее время разворачивается в сторону поисков властных и экономических регуляторов в сфере рынка. В Италии (г. Витербо, июнь 2010 г.) готовится шестой семинар «Глобальное государственное регулирование», программа которого рассчитана на оценку разных версий участников разных стран. Поэтому качество управления — в повестке дня.

Последние годы характеризуются акцентом на курс по повышению результативности и эффективности государственного управления в соответствии с международной методологией, позволяющей сопоставлять национальные уровни управления. Так, 22 мая 2004 г. было принято постановление Правительства РФ

«О мерах по повышению результативности бюджетных расходов». 27 апреля 2005 г. Правительство РФ утвердило «Положение о разработке Сводного доклада о результатах и основных направлениях деятельности Правительства Российской Федерации на 2006–2008 годы». В нем содержится анализ результатов и определение целей, задач и показателей деятельности Правительства и субъектов бюджетного планирования. Федеральные министерства и ведомства вошли в этот «строй».

Следующий шаг — Указ Президента РФ «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации», которым установлены 43 показателя их деятельности. 14 ноября 2007 г. образована Правительственная Комиссия по оценке результативности деятельности федеральных и региональных органов исполнительной власти. В регионах стали готовить доклады о достигнутых значениях показателей для оценки эффективности работы органов. Весной и летом 2009 г. Правительство РФ ввело для региональных органов дополнительные показатели.

Выше говорилось о необходимости расширения прогнозных разработок. В них определяются целевые показатели, подлежащие достижению в качестве нормативных ориентиров. В постановлении Правительства РФ от 22 июля 2009 г. утверждено «Правило разработки прогноза социально-экономического развития Российской Федерации». Кроме процедурных вопросов обратим особое внимание на прогнозные показатели, которые производны от сценарных условий — внешних и внутренних, характеристик социально-экономического развития, соответствующих целям развития, всего 16 показателей в количественных измерениях. Утверждаются основные параметры как прогнозируемые количественные характеристики — таковых 37 («оборот розничной торговли», «платные услуги населению», «численность граждан, занятых в экономике», «объем добычи угля» и др.).

Возникают, естественно, общие вопросы: как связаны между собой все показатели по уровням управления, как они коррелируют с достижением целей и решением задач в рамках стратегии «Россия–2020» и отраслевыми концепциями развития (железных дорог, судостроения и др.), каким образом прогнозируемые и планируемые индикаторы связаны с нормативно установленными целями публичных органов в законах и положениях? Думаю, четкого ответа пока нет и приходится в предварительном порядке выявлять и определять «правовую составляющую» всего целевого механизма управления по результатам.

Для установления «правовой составляющей» механизма управления по результатам необходимо определить связи и зависимости между правовым опосредованием элементов управления и влиянием его качества на эффективность управленческой, экономической и социальной деятельности. Имеются в виду исходные статусные позиции субъектов управления, содержание правовых целей и задач, набор типичных юридико-управленческих действий, системы мониторинга, контроля и их оценки, правовые аспекты конечных результатов деятельности и их юридические последствия.

Первый блок охватывает императивные условия, соблюдение которых служит обеспечению «старта» управленческой деятельности. К таковым относятся:

- а) правильное определение статуса органов исполнительной власти в статутных законах и положениях, в отраслевых законах;
- б) четкое регулирование компетенции органов, включающей содержательные функции и полномочия;
- в) введение системы административных процедур в виде административных и иных регламентов, установление стандартов и «правил» деятельности.

Второй блок — определение стратегических целей и тактических задач, он отражает как потенциал органов, так и противоречия познавательного процесса.

С юридической точки зрения предстоит установить корреляцию содержательных целей с правовыми средствами их признания и нормативного закрепления. Иерархия целей «выводится» из иерархии директивных и иных правовых актов, соотносимых между собой. Это позволяет увязывать стратегические цели, тактические задачи и подзадачи в соответствующих правовых актах и избегать их дублирования и смешения.

Целевые показатели должны всегда иметь источником статусные и компетенционные нормы. Неизбежны перемены задач и способов их решения, что требует корректировки правовых форм закрепления задач. Но и последние служат стабильным ориентиром, не допускающим беспрерывных изменений задач, стратегий и курсов действий.

Третий блок включает цепь последовательно совершаемых действий исполнительных органов. Весьма условно можно расчленить функции и непрерывную управленческую деятельность на виды действий:

- а) составление и реализация оргпланов;
- б) принятие и реализация целевых комплексных программ;

- в) участие в подготовке проектов законов и иных правовых актов;
- г) реализация законов;
- д) принятие собственных правовых актов;
- е) подготовка и использование документов;
- ж) инструктирование и обучение кадров;
- з) координация;
- и) анализ;
- к) расчеты;
- л) обработка информации;
- м) нормирование;
- н) контроль и проверка;
- о) финансовые и материальные операции;
- п) обеспечение технологических требований.

В свою очередь названные действия могут быть разделены на операции. В любом случае действия и операции имеют юридический характер, поскольку признаны, удостоверены и подтверждены силой конституционных, законодательных и иных норм, «привязаны» к правам и обязанностям субъектов. Они порождают позитивные или негативные юридические последствия.

Четвертый блок — мониторинг реальной деятельности органов исполнительной власти. В данном случае рекомендуется:

- а) сопоставление объема бюджетного финансирования и реальных расходов, в том числе использования средств в рамках целевых программ, изучение иных финансовых источников;
- б) сопоставление мероприятий, предусмотренных в планах (программах) работы органов с реально осуществленными мерами (акты, проверки, совещания, инструкции и т.д.);
- в) проведение анализа видов, оснований и содержания материально-финансовых, организационных и технических действий;
- г) проведение анализа содержания и видов правовых актов, принятых в рамках функций органа или решаемых им комплексных задач;
- д) изучение потоков документов («входящих» и «исходящих») в рамках функций органа, выявление излишних как административных барьеров;
- е) определение видов деятельности, осуществляемой в соответствии с административными регламентами (процедурами) и вне них;
- ж) фиксирование динамики протестов прокуроров, иных надзорно-контрольных органов, исков в суды по поводу ре-

шений органа (оспоренные, признанные недействительными, измененные);

з) анализ соглашений и иных форм сотрудничества органов с бизнес-структурами.

Анализ деятельности государственного служащего рекомендуется проводить в соответствии с Федеральным законом «О государственной гражданской службе» по показателям:

а) качество подготовки проектов правовых актов;

б) качество подготовки специальных документов;

в) исполнительность;

г) инициативность и способность предлагать и решать новые задачи;

д) открытость и демократичность стиля деятельности;

е) наличие (отсутствие) правонарушений в работе и взысканий;

ж) выявление случаев конфликта интересов и коррупционных проявлений;

з) сопоставление фактических действий с должностным регламентом, планами работы подразделения и поручениями.

Анализ работы служащего проводится периодически — за отчетный период, в связи с конкретными ситуациями, накануне аттестаций и конкурсов. Итоги мониторинга могут быть выражены в мерах поощрений и взысканий, в решении карьерных вопросов, в корректировке объемов работы и регламентов.

Пятый блок — проведение анализа и самоанализа деятельности государственных и муниципальных предприятий и учреждений. Речь идет об оценке соответствия их локальных актов и юридических действий законодательству и уставу. Анализ программно-плановых показателей и реальных социально-экономических показателей деятельности по производству продукции, товаров, работ и оказанию услуг позволит определить эффективность деятельности предприятий и учреждений. Периодическая оценка дает возможность принимать юридические меры — менять программы работ, структуру организации, увеличить объем НИР и НИОКР, провести перестановки кадров и повышение их квалификации и т.п.

Каков механизм реализации закона?

Для обеспечения реализации закона необходимо использовать комплекс средств — организационных, функциональных, юридических, социально-психологических и материально-финансовых. Недооценка их снижает эффективность закона.

Социально-психологические средства включают достоверную правовую информацию, понимание цели закона, знание норм закона, установку действовать в соответствии с законом, мотивацию правомерных действий.

Организационные средства — изменение структуры органа, организации, штатного расписания, повышение квалификации кадров, совершенствование связей структурных подразделений, взаимоотношений с другими органами (организациями), разработку планов реализации закона.

Функциональные средства — уточнение состава функций органа, их распределение, объем и характер полномочий; использование норм закона как способа решения задач.

Юридические средства включают: а) правильный выбор закона и норм, относящихся к решению задачи или рассматриваемому вопросу; б) изменение и отмену подзаконных актов; в) соблюдение пределов принятия ведомственных актов; г) обеспечение условий принятия локальных актов; д) определение оснований выбора вариантов правомерных действий.

Материально-финансовые средства — публичная собственность, бюджетные ресурсы и т.д.

Приведем показатели, по которым рекомендуется проводить мониторинг закона.

Позитивные показатели действия закона:

а) использование норм закона для определения статуса государственных и муниципальных органов власти, разработки положений о них, планов и программ, административных регламентов;

б) использование норм закона для установления статуса государственных и муниципальных служащих и разработке трудовых контрактов, определения пределов служебного усмотрения, оценки уровня квалификации служащих при вступлении в должность и аттестации;

в) использование норм закона для обеспечения участия граждан и институтов гражданского общества в обсуждении проектов решений, контроле и т.п.;

г) использование норм закона для подготовки и принятия подзаконных актов в пределах нормотворческой компетенции органов власти;

д) использование норм закона в качестве оснований совершения юридически значимых действий.

Негативные показатели действия закона:

а) несоблюдение компетенции органа власти организации;

б) вмешательство в сферу деятельности другого органа власти (организации);

в) искажение смысла норм закона на подзаконном уровне регулирования;

г) неправомерные или необоснованные решения, действия;

д) неиспользование права, бездействие;

е) ошибки технико-юридического характера.

Особому анализу подлежат нормы, которые могут способствовать коррупционным нарушениям по следующей типологии:

а) расширительное толкование компетенции органа власти;

б) смешение разных правовых понятий, определяющих статус органа власти (компетенция, права, обязанности, полномочия, задачи, функции);

в) отсутствие связи (ее нечеткость) между правами органа власти и его обязанностями;

г) отсутствие взаимодействия и координации между правами и обязанностями нескольких взаимосвязанных органов власти при выполнении ими общих функций;

д) предоставление органу власти, должностному лицу чрезмерно широких возможностей усмотрения;

е) наличие общих формулировок об ответственности органа власти и его руководства;

ж) преувеличение требований к субъекту получения государственных, муниципальных услуг вопреки нормам закона;

з) широкие возможности толкования дискреционных норм, чрезмерность бланкетно-отсылочных нормативных конструкций.

Изучению подлежат неформальные противоречивые регуляторы, имеющие субъективный характер:

а) наличие ошибочных индивидуально-корпоративных образов права, взглядов на содержание статуса органа власти и организаций, их компетенции, противоположных официальных оценок содержания и порядка применения законов;

б) негативное отношение к исполнению правовых норм;

в) подмена целей нормативных правовых актов и совершение действий при соблюдении их легальной формы для выражения сугубо частных или групповых интересов вопреки публичному интересу;

г) произвольные «юридические рокировки», когда вместо правовых актов, которые надлежит принять в соответствии с законом, оформляются неправовые документы (протоколы, произвольные виды соглашений);

д) использование неправовых, асоциальных норм групповой морали, обычаев и т.п.

При проведении мониторинга закона необходимо исследовать пределы подзаконного регулирования.

Реализация подзаконных актов означает:

а) соблюдение норм закона и принятие актов в соответствии с его целями, содержанием и предписаниями, как по собственной инициативе органа власти в пределах его компетенции, так и по поручению вышестоящих органов, по результатам обращений граждан и организаций, контрольно-надзорной деятельности и проведения правового мониторинга;

б) содействие принятию правомерных локальных актов;

в) подзаконность оперативных указаний, распоряжений и устных решений;

г) подготовку, оформление и использование юридических документов (финансовых, аналитических и расчетных материалов, отчетов и т.п.);

д) совершение управленческих и иных действий в соответствии с компетенцией органа власти (совещания, заседания, выезды на места, координация, проверки, финансовые операции и т. п.);

е) обеспечение условий деятельности как подведомственных органу власти организаций и учреждений, так и иных, в частности по оказанию публичных услуг;

ж) заключение и выполнение соглашений органа власти с бизнес-структурами;

з) соблюдение органом власти принципа информационной открытости (предоставление информации о своей деятельности и обеспечение доступа к ней);

и) действия органа власти в связи с принятием в его адрес внешних правовых актов (судебные решения, последствия прокурорского реагирования) и материалов институтов гражданского общества.

Эффективность закона можно определять как по собственно юридическим, так и по показателям и индикаторам фактической деятельности в сфере действия закона.

В первом случае норма закона анализируется:

а) по позитивным показателям ее реализации;

б) по негативным показателям (нарушений, отклонений);

в) путем оценки соответствующей информации.

Например, для нормы об обязанности принять решение позитивными показателями будут: «знание», «решение в срок», «акты во исполнение» и т.п.

Негативными показателями служат: «принятие некоторых решений», «количество опротестованных, оспоренных решений», «с опозданием», «непринятие» и т.п. Информацией для этого служат материалы проверок, рассмотрение обращений, опросы и т.п.

Во втором случае устанавливаются фактические результаты деятельности органа, организации (в том числе в отрасли, сфере), соотношение (влияние) принятых и реализованных правовых актов, совершенных юридических действий с плановыми и фактическими показателями деятельности органа, организации.

Выявлению подлежит корреляция между реальными изменениями в отрасли (сфере) и деятельности подведомственных государственных и муниципальных предприятий, учреждений, решениями и действиями органов. Критерием служит мера выполнения показателей деятельности, установленных на уровне отрасли, органов и подведомственных организаций.

В ходе проведения мониторинга необходимо выявлять объективные факторы, позитивно или негативно влияющие на конечные результаты деятельности органов. К ним относятся: изменения государственного курса в разных сферах; перестройки системы органов; техногенные и природные катастрофы; финансово-экономические «провалы»; социально-политические конфликтные ситуации. Выделение таких факторов позволит более точно оценить «вклад» органов в достижение конечных результатов в экономической, социальной и иных сферах.

Юридико-оценочный блок мониторинга включает деятельность специальных служб и работников по сбору и анализу индикативной информации, проведению оперативных акций (публичные слушания, отчеты, использование сайтов и др.), подготовке аналитических докладов и рекомендаций и использование их соответствующими органами публичной власти, организациями и учреждениями, бизнес-структурами.

В результате такой работы может возникнуть необходимость:

- а) изменения юридических характеристик целей и компетенции органов;
- б) применения мер ответственности к виновным лицам и поощрения за успешное решение нормативных и организационно-функциональных задач;
- в) улучшения отношений с партнерами — органами и организациями;
- г) корректировки ресурсного обеспечения с объемом функций;

д) изменения или уменьшения объема выполняемых функций либо отказ от них;

е) изменения механизма правового регулирования (уровни принятия решений, методы, виды актов и т.п.).

Мы намеренно в столь сжатом и «сухом» виде охарактеризовали способы анализа правовых воздействий в широком спектре их развития в заданном русле и в разных отклонениях. Отклонения могут быть «многоярусными», т.е. на всех уровнях общественной системы, и тогда цель верхнего уровня компенсирует отклонения от целей нижнего уровня. И принципы права, и принципы власти служат критерием оценки общественной полезности правовых актов и действий. А ведь конкретные результаты могут быть и хорошими, и плохими, и нейтральными по отношению к правовому воздействию. Словом, тут много загадок, требующих правильных ответов.

В любом случае приходится отвечать на следующие вопросы: что делать в связи с изменением климата, использованием энергетических ресурсов, экологии, продовольственного обеспечения, безопасностью, инновациями в науке и технике, культурным обменом? А не появились ли пробелы в силу новых тенденций и явлений? Не нужно ли полнее учитывать весь спектр социальных регуляторов, о чем говорилось выше? Не следует ли решительно исправить юридические ошибки? Не пришло ли время уменьшить объем избыточного правового регулирования? Эти вопросы остаются как призыв к поиску их правильных решений в интересах людей, общества и государства. Эти вопросы, как отмечалось выше, волнуют многих, и потребуются новые регуляторы в ближайшей и отдаленной перспективе.

Научное издание

ТИХОМИРОВ ЮРИЙ АЛЕКСАНДРОВИЧ

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ:
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА**

Редактор
И.В. Краснослободцева

Корректор
Н.П. Самойлова

Компьютерная верстка
Л.В. Тарасюк

ISBN 978-5-8467-0071-0



Подписано в печать 21.12.2009 г.
Формат 60 × 90 ¹/₁₆. Бумага
Офсетная печать. Гарнитура Таймс.
Усл. печ. л. 25,0. Тираж 1000 экз. Заказ

ООО «Формула права»
107078 Москва, ул. Мясницкая, д. 48.
Тел.: (495) 788-86-50, 788-86-51

www.formulaprava.ru
e-mail: publisher@formulaprava.ru

РОССИЙСКОЕ ПРАВОТВОРЧЕСКОЕ ОБЩЕСТВО

Российское правотворческое общество объединяет ученых и специалистов (юристов, экономистов, социологов и др.), участвующих в правотворческом процессе или исследующих его.

Основные цели

Российского правотворческого общества

- ✧ содействие развитию отечественной правовой системы, совершенствованию законопроектной деятельности в Российской Федерации, улучшению качества юридической техники нормативных правовых актов;
- ✧ профессиональная консолидация специалистов правотворчества в России;
- ✧ экспертная поддержка органам государственной власти и органам местного самоуправления в осуществлении нормотворческой деятельности;
- ✧ информационная, консультационная и организационная помощи членам организации;
- ✧ создание и ведение банка правотворческих и правоприменительных ошибок, их изучение и разработка направлений преодоления;
- ✧ развитие международного сотрудничества в сфере правотворчества.

Контактная информация:

107078 Москва, ул. Мясницкая, д. 48.

Тел./факс: 788-86-51, 788-86-52

e-mail: lawmaking@formulaprava.ru