

ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРЕПЯТСТВИЯ
В РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ
И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ:
ВОПРОСЫ ИДЕНТИФИКАЦИИ
И ПРЕОДОЛЕНИЯ

Монография

Юридический институт



СИБИРСКИЙ ФЕДЕРАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
SIBERIAN FEDERAL UNIVERSITY

Коллектив авторов

**Юридические препятствия
в реализации прав и
законных интересов, вопросы
идентификации и преодоления**

«Сибирский федеральный университет»

2016

УДК 343.412
ББК 67.400.3

Коллектив авторов

Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов, вопросы идентификации и преодоления / Коллектив авторов — «Сибирский федеральный университет», 2016

ISBN 978-5-7638-3452-9

Монография отражает результаты продолжающегося исследования юридических препятствий в реализации прав и законных интересов субъектов права. Рассматриваются теоретико-правовые, методологические, отраслевые и межотраслевые вопросы обнаружения и преодоления препятствий в реализации прав и законных интересов. Адресована научным работникам, преподавателям, студентам, аспирантам юридических вузов и факультетов и всем, кто интересуется проблемами юриспруденции. Монография подготовлена при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда, проект № 14-33-01293.

УДК 343.412

ББК 67.400.3

ISBN 978-5-7638-3452-9

© Коллектив авторов, 2016

© Сибирский федеральный
университет, 2016

Содержание

Предисловие	5
Глава 1	8
1.1. Преодоление юридических препятствий в реализации законных интересов	8
1.2. Квалифицированное молчание правотворческого органа и идентификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов	14
1.3. Правовой эксперимент как средство недопущения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов	20
1.4. Оценка правовых режимов как способ распознавания и преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов	26
1.5. Препятствия в формировании единой судебной политики и их преодоление путем формализации неправовых факторов, влияющих на вынесение решения	30
1.6. Законодательная инфляция как юридическое препятствие и судебный активизм как способ ее преодоления	39
Конец ознакомительного фрагмента.	41

В. М. Абдрашитов и др

Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: вопросы идентификации и преодоления

Предисловие

Настоящая коллективная монография, как следует из ее названия, посвящена вопросам идентификации и преодоления юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов. Она является логическим и хронологическим продолжением исследовательского проекта, объединившего коллектив практических работников и исследователей – представителей общей теории права и отраслевых юридических наук – из России, Белоруссии, Таджикистана, Украины. Основными глобальными задачами данного проекта являются многоаспектное осмысление феномена юридических препятствий в реализации прав и законных интересов как антипода, обратной стороны юридических гарантий реализации прав и законных интересов и «встраивание» соответствующего понятия в «птичий язык» теоретической и практической юриспруденции¹.

Ответственные редакторы и авторы монографии поставили перед собой ряд исследовательских задач, ответы на которые (или как минимум попытки ответов), как они надеются, читатель найдет на страницах настоящей монографии.

В частности, это вопросы:

- установления положения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов в механизме правового регулирования, в его различных стадиях;
- выявления функций понятия «юридические препятствия в реализации прав и законных интересов», его значения в понятийном аппарате юриспруденции и в реальной правовой деятельности субъектов права (познавательная и практическая ценность);
- соотношения указанного понятия с иными понятиями общей теории права (обеспечение права, охрана права, защита права, правовой режим, правотворчество, правовой статус, правосубъектность, правоотношение, реализация права, ограничение прав человека, правовое сознание, правовая культура и др.) и отраслевыми юридическими понятиями;

¹ С некоторыми его результатами можно ознакомиться в следующих публикациях: Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики: монография / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. М.: Юрлитинформ, 2015. 736 с.; Юридические препятствия в реализации и защите прав и законных интересов: сб. науч. тр. / сост.: В. Ю. Панченко, А. А. Петров. Красноярск: Центр информации, 2015. 342 с.; Панченко В. Ю. О понятии юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов // Академический юридический журнал. 2013. № 3. С. 10–18; Панченко В. Ю., Петров А. А. Классификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Право и государство: теория и практика. 2013. № 9. С. 6–12; Петров А. А. Конфликт приоритетов кодифицированных актов как нормативное препятствие реализации и защите прав и законных интересов // Евразийский юридический журнал. 2014. № 8. С. 118–121; Panchenko V., Petrov A., Tolstych A. On the Essence of Legal Obstacles to Exercising and Protection of Legal Rights and Interests: the Problem Statement // Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences. 2014. Vol. 7 (7), 1190–1194; Брестер А. А. Юридические препятствия в реализации права на реабилитацию в российском уголовном процессе // Государство и право. 2015. № 9. С. 45–52; Петров А. А. Коллизии в праве как нормативные юридические препятствия в реализации прав и законных интересов // Евразийский юридический журнал. 2015. № 9 (88). С. 95–96; Панченко В. Ю. Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов как понятие и категория // Татищевские чтения: актуальные проблемы науки и практики. Актуальные проблемы юридической науки. Материалы XI Междунар. науч.-практ. конференции. Тольятти: Изд-во Волжск. ун-та им. В. Н. Татищева, 2014, Ч. I. С. 91–97; Зайцева Е. Р., Панченко В. Ю. Формирование правового пространства беспрепятственной реализации конституционных прав // Евразийский юридический журнал. 2015. № 7. С. 155–158; Демин А. В., Петров А. А. Налоговый кодекс РФ: *Primus inter pares* // Налоги и финансовое право. 2014. № 11. С. 111–116 и др.

- описания способов, методов, приемов идентификации юридических препятствий в реализации прав и законных интересов;
- совершенствования практики распознавания, недопущения, преодоления и устранения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов;
- влияния юридических препятствий на состояние и динамику правовой жизни современного российского общества;
- содержания правовой политики в сфере преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов;
- формирования научных основ правовой политики в сфере преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, информационных, организационных и иных средств ее реализации.

Во многом в основу настоящей монографии легли идеи участников прошедших в Сибирском федеральном университете научных форумов.

Так, 4 июля 2014 г. в Сибирском федеральном университете прошла Всероссийская научно-практическая конференция с международным участием «Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов», в рамках которой участники из разных городов России, Украины и Белоруссии смогли обсудить понятие, причины и условия возникновения, а также многообразные формы и виды юридических препятствий. Многие идеи, высказанные на этом предотпускном научном форуме, легли в основу коллективной монографии «Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики»², посвященной введению, с одной стороны, научного сообщества читающих на русском языке юристов в мир юридических препятствий реализации прав и законных интересов и, с другой стороны, ставшей, наверное, первой попыткой описать и проанализировать этот мир.

А 3 июля 2015 г. в Сибирском федеральном университете прошла Всероссийская научно-практическая конференция с международным участием «Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: технологии распознавания и преодоления», на которой были обсуждены концептуальные вопросы, связанные с идентификацией явлений правовой реальности в качестве юридических препятствий, а также различные аспекты борьбы с юридическими препятствиями в реализации прав и законных интересов.

Отметим, что существенным стимулом к изучению проблематики юридических препятствий стала финансовая поддержка в 2014–2015 гг., оказанная Российским гуманитарным научным фондом творческому коллективу ученых Сибирского федерального университета (проект № 14-33-01293 «Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов»).

Заметим, что все предоставленные в настоящей монографии материалы прошли научное рецензирование. Однако ответственные редакторы абсолютно не навязывали авторам какого-либо «жесткого» понимания юридических препятствий, оставляли весьма серьезную возможность для «научного маневра», придерживаясь знаменитого принципа «пусть расцветают сто цветов...». При этом ответственные редакторы прекрасно понимают, что такой подход является достаточно рискованным, поскольку монография вполне может скатиться к унылому сборнику статей. Во всяком случае ответственные редакторы в силу своих скромных сил и знаний старались этого не допустить. Насколько хорошо или плохо у них это вышло – судить читателю.

Теперь кратко о структурировании текста книги. Первый раздел монографии посвящен методологическим и теоретическим основам обнаружения и преодоления препятствий в реализации прав и законных интересов. Во втором разделе слово предоставляется ученым, иссле-

² Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов: проблемы теории и практики / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова. М.: Юрлитинформ, 2015. 736 с.

дующим отраслевые и межотраслевые проблемы идентификации препятствий в реализации прав и законных интересов и борьбы с ними.

От имени авторского коллектива ответственные редакторы монографии выражают безмерную признательность и благодарность рецензентам настоящей коллективной монографии – доктору юридических наук, профессору кафедры теории и истории государства и права Самарского юридического института ФСИН России А. В. Дашину и кандидату юридических наук, заместителю заведующего кафедрой земельного и экологического права Российского государственного университета правосудия В. Н. Власенко.

Наконец, следует сделать необходимые пояснения об использовании в книге официальной правовой информации и ее носителях. Реквизиты нормативных правовых актов и судебных актов (наименование органа, принявшего акт, дата и номер, а в необходимых случаях название акта), которые использованы в настоящей монографии, приводятся как в сносках, так и в основном тексте и в списке сокращений, как правило, без указания источника его официального опубликования, поскольку стремительное развитие электронной систематизации нормативной документации на современном этапе, по мнению авторов, делает данный реквизит излишним – читатели легко смогут найти любой акт по его виду, дате и номеру в многочисленных электронных справочно-правовых системах, таких как «Право.Ru», «Гарант», «КонсультантПлюс», «Кодекс» и др.

Если не указано иное, то нормативные правовые акты приводятся в той редакции (т. е. с учетом всех действующих изменений и дополнений), в которой они действуют по состоянию на 01 июля 2015 г.

Надеюсь, что данное сочинение не оставит читателей равнодушными, и осознавая, что любой продукт человеческой деятельности нельзя назвать совершенным, ответственные редакторы ждут отзывы и критические замечания, их можно направлять на адрес электронной почты barriers0407@yandex.ru.

Глава 1

Методологические и теоретические основы идентификации и преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов

1.1. Преодоление юридических препятствий в реализации законных интересов (В. Ю. Панченко)

Реализация законных интересов для удовлетворения потребностей субъектов права – процесс, по степени важности и значимости вряд ли уступающий процессу осуществления субъективных юридических прав. Д. А. Керимов отмечал, что «в праве отражается интерес не только как объективное явление, но и как явление осознанное, субъективное», причем интерес, выступая одним из компонентов воли (кроме того, включающей в себя потребности и цели с действиями на основе установки), «является творцом права, составляет ядро права, фактор его реализации»³.

В. П. Грибанов подчеркивал, что роль интереса в праве и его связь с субъективными правами «не исчерпываются случаями, когда закон непосредственно упоминает об интересе»; «законодательство всегда предусматривает лишь такие субъективные права, которые направлены на удовлетворение основных, общих для всех членов общества, для определенных групп типических интересов. На случай же появления таких интересов, но не обеспеченных субъективным правом, закон предусматривает возможность их непосредственной правовой защиты»⁴.

А. И. Экимов, исследуя вопросы соотношения права и интересов, пишет, что одна из задач законодателя состоит в том, чтобы выявить «норму интереса, которая является отражением фактических отношений, указывает на объективные закономерности развития» и тем самым получить возможность прогнозировать ход событий; по его мнению, «правильная трактовка роли интересов в становлении права имеет важное значение для решения ряда научных и практических проблем»⁵.

Законные интересы рассматриваются как способ отражения и учета всего многообразия принадлежащих конкретным субъектам устремлений, которые невозможно в полной мере выразить понятием субъективного права⁶. При этом в качестве отличительных признаков законного интереса указываются его особый характер простой правовой дозволенности, необеспеченность корреспондирующей юридической обязанностью, отсутствие в структуре правомочия требования соответствующего поведения от других лиц⁷.

³ См.: Керимов Д. А. *Философские проблемы права*. М.: Мысль, 1972. С. 131, 134.

⁴ См.: Грибанов В. П. *Осуществление и защита гражданских прав*. М.: Статут, 2011. URL: http://www.juristlib.ru/book_3762.html (дата обращения: 17.01.2015).

⁵ См.: Экимов А. И. *Интересы и право в социалистическом обществе*: монография. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1984. С. 32, 33.

⁶ См.: Малько А. В., Субочев В. В. *Законные интересы как правовая категория*: монография. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. С. 89.

⁷ См.: Малько А. В. Субъективное право и законный интерес // *Правоведение*. 1998. № 4. URL: <http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=147087> (дата обращения: 17.01.2015).

Проблема возникновения и реализации законных интересов наглядно демонстрирует недостаточность теории позитивизма (утверждающей, что вне правовой нормы у субъекта не может быть какого-либо юридически значимого притязания на получение определенного блага) для понимания действительного смысла и целей включения исследуемой конструкции в законодательство. Механистическая юриспруденция в значительной мере искажает реальное положение дел, именно поэтому «во всех <...> случаях легализма в истории не было полного соответствия между этим учением и опосредуемой им практикой. <...> Чтобы устоять, легализм жертвует собственной логической согласованностью и чистотой, вбирая в себя теоретические конструкции, обеспечивающие одновременное решение двух задач: примирения легалистической доктрины с действительными принципами функционирования политического тела и поддержания видимости сохранения ее устоев» (толкование, позволяющее отступить от «буквы закона», аналогия закона и аналогия права, оценочные понятия и пр.)⁸. Сущность законного интереса, несмотря на наличие оснований в рамках позитивистской доктрины⁹, может быть выявлена с позиции иных типов правопонимания: исходя из того, что право «не навязано и не могло быть навязано никем извне, включая государство»¹⁰, что правовая норма – не сухой текст, а прежде всего результат его интерпретации в ходе правовой коммуникации¹¹, то и законный интерес как понятие наполнится своим действительным смыслом.

Законный интерес, пишет В. В. Субочев, – это стремление субъекта пользоваться определенным социальным благом и в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам в целях удовлетворения непротиворечащих нормам права интересов, которое в определенной степени гарантируется государством в виде юридической дозволенности, отраженной в объективном праве либо вытекающей из его общего смысла¹².

В. В. Субочев верно отмечает, что законные интересы обладают доказательственной формой реализации, когда для воплощения последних в действительность субъекту правоотношений необходимо: а) обосновать правомерность и законность своих интересов и выдвигаемых в соответствии с ними требований; б) суметь найти защиту, которая способна исходить от компетентных органов в случае признания ими значимости и правомерности выдвигаемых субъектом притязаний, и суметь воспользоваться ею. Подобная доказательственная форма реализации законных интересов весьма непростая и имеет на своем пути множество объективных и субъективных препятствий. Кроме того, участник общественных отношений, осознав, что его притязания конкретно не зафиксированы в норме права, зачастую перестает их отстаивать, не надеясь воспользоваться желаемым благом¹³.

Второе сформулированное В. В. Субочевым условие реализации законных интересов – «суметь найти защиту», – на наш взгляд, распространяется не только на случаи, когда законный интерес нарушен (иначе нечего защищать), оно может охватывать не только защиту, но и реализацию законных интересов.

Приведем пример. В отношении всех видов публичных услуг административными регламентами устанавливается максимальный, предельный срок их исполнения. Предположим,

⁸ Дробышевский С. А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Красноярск: Красноярск. гос. ун-т, 1995. С. 26–27.

⁹ Если следовать терминологии Г. Харта, то можно отметить, что «центральное ядро бесспорного значения» в сфере действия каждого юридического правила составляют субъективные права, четко и однозначно отраженные в правовых нормах, а вот законные интересы, в свою очередь, лежат в сфере «бахромы неопределенности» или «открытой текстуры». См. подр.: Дробышевский С. А. История политических и правовых учений: основные классические идеи: учеб. пособие. М.: Норма, 2007. С. 482–483.

¹⁰ Шафиров В. М. Человекоцентристский подход к пониманию права // Право Украины. 2011. № 1. С. 102.

¹¹ См.: Антонов М. В., Поляков А. В. Правовая коммуникация и современное государство // Правоведение. 2011. № 6. С. 217–218.

¹² Субочев В. В. Законные интересы / под ред. А. В. Малько. М.: Норма, 2008. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹³ См.: Там же.

гражданин письменно обращается за предоставлением выписки из реестра муниципального имущества (максимальный срок предоставления такой выписки – 21 день после поступления соответствующего заявления и необходимых документов¹⁴), указав при этом на причины, по которым получение этой выписки необходимо ему в течение 5 дней, позже ее получение в силу личных обстоятельств для гражданина не имеет смысла.

В описанной ситуации мы имеем правоотношение, содержанием которого выступает субъективное юридическое право гражданина на рассмотрение его обращения в срок до 21 дня и субъективная юридическая обязанность муниципального органа такое рассмотрение осуществить и выдать выписку. Оба участника имеют и реализуют в данном случае свои правовые статусы. Однако в действительности правовое взаимодействие, обмен результатами юридически значимой деятельности может приобретать прямо противоположный характер. В одном случае, когда орган, его должностное лицо, в рамках своих полномочий рассмотрит обращение и выдаст выписку в срок менее 5 дней, правовое взаимодействие приобретет характер юридического содействия осуществлению прав гражданина, в другом – фактически противодействия.

В обоих случаях гражданин реализовал свое субъективное юридическое право, но в первом случае, в отличие от второго, был осуществлен еще и законный интерес в получении выписки ранее максимального срока. Должностное лицо же в обоих случаях надлежащим образом реализовало свою субъективную юридическую обязанность, но во втором случае такая реализация пользы гражданину не принесла (нет нужды говорить, что таких примеров масса во всех сферах общественной жизни).

В первом случае, когда правоотношение (и правовое взаимодействие гражданина и органа власти) стало средством юридического содействия реализации законного интереса, оно *de-facto* трансформировалось по воле органа власти и инициативе гражданина в правоотношение, в котором законный интерес «как бы» (опять же фактически) «перешел» в субъективное юридическое право и был таким образом реализован. Во втором такого «перехода» не произошло, и законный интерес реализован не был. Не требует доказательств тот факт, что в первом случае эффективность правореализационного процесса для гражданина выше, чем во втором. Однако сам момент фактической «трансформации правоотношения» – перехода законного интереса в субъективное юридическое право (о котором, еще раз подчеркнем, говорить можно лишь условно, юридически действия, конечно, были совершены в рамках правоотношения, в котором право требовать выдачи справки было только по истечении 21 дня) – целиком зависел от осуществления в конкретном случае дискреционного полномочия органа власти по сокращению срока выдачи выписки, от правоприменительного усмотрения. И на вопрос о том, возникло ли право требования выдачи выписки в 5-дневный срок именно как субъективное юридическое право, следует дать отрицательный ответ, поскольку оно не предусмотрено нормой права. Однако интерес гражданина и выдвигаемое в соответствии с ним требование были обоснованы как правомерные, законные, целесообразные, справедливые и сумели найти реализацию только в данном случае.

Значительное число воздействующих на реализацию законных интересов факторов, которые к тому же нелинейно зависят друг от друга, позволяют прийти к выводу о стохастическом характере связей участников правоотношения посредством законных интересов и действий по их удовлетворению (в отличие от связей через субъективные юридические права и обязанности), большей или меньшей вероятности реализации законных интересов.

Отсюда представляется, что юридические препятствия в реализации законных интересов содержатся в самой их правовой природе.

¹⁴ В качестве примера взято Постановление администрации Нижнеингашского района Красноярского края от 2 нояб. 2010 г. № 1033 (в ред. от 19 июля 2012 г.) «Об утверждении административного регламента предоставления муниципальной услуги «Осуществление в установленном порядке выдачи выписок из реестра муниципального имущества муниципального образования Нижнеингашский район Красноярского края». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

Однако с позиций повышения гарантированности прав и свобод граждан, в соответствии с принципом юридического равенства¹⁵ должны создаваться условия для того, чтобы в массе случаев тенденцией была реализация законных интересов, а флуктуациями – случаи их неосуществления, т. е. законные интересы должны иметь каналы реализации, а юридические препятствия в их реализации должны иметь средства и способы преодоления.

В числе таковых могут быть названы следующие.

Во-первых, это максимально возможное ограничение правоприменительно усмотрения. В приведенном примере, используя этот способ, надо императивно устанавливать сроки – не «до 21 дня», а «21 день», «10 дней», «5 дней» и т. д. с исчерпывающим перечнем оснований для применения того и иного срока без всяких исключений. Однако, как известно, исключить правоприменительное усмотрение в принципе объективно невозможно, фактически границы усмотрения остаются у правоприменителя даже при детальнейшей зарегулированности; более того, это и не всегда целесообразно, поскольку в качестве предельного основания исключение усмотрения имеет презумпцию недобросовестности правоприменителя, которая подрывает всю правоприменительную деятельность.

Во-вторых, закрепление юридической обязанности органов публичной власти принимать во внимание законные интересы участников правового взаимодействия, выносить правоприменительное решение только с учетом законных интересов. Нормы права должны, насколько это возможно, конкретизировать, какие именно законные интересы должны быть учтены, но без установления их исчерпывающих перечней.

Позитивный пример такого правового регулирования, учитывающего законные интересы, дает семейное законодательство, оперирующее, например, при установлении алиментных обязательств требованием учета «заслуживающих внимания интересов сторон» (ст. 85–88, 91, 95, 98 СК РФ).

Здесь, конечно, возможны отчасти обоснованные возражения о достаточности в системе права нормативно-регулятивных средств и неумении (нежелании) правоприменителей руководствоваться нормативными обобщениями¹⁶, однако на основе последних нельзя привлекать недобросовестных правоприменителей к юридической ответственности, прежде всего дисциплинарной, за правоприменительные действия, совершенные без учета законных интересов. Возложение на правоприменителей юридических обязанностей учитывать законные интересы, конкретизированные в большей или меньшей степени, дает основания для конструирования соответствующих составов дисциплинарных правонарушений, аналогично нормам УК РФ, оперирующим понятием «существенное нарушение законных интересов».

¹⁵ Как указывает Конституционный суд Российской Федерации, из принципа юридического равенства применительно к реализации конституционного права на судебную защиту вытекает требование, в силу которого однородные по своей юридической природе отношения должны регулироваться одинаковым образом; соблюдение конституционного принципа равенства, гарантирующего защиту от всех форм дискриминации при осуществлении прав и свобод, означает, помимо прочего, запрет вводить такие ограничения в правах лиц, принадлежащих к одной категории, которые не имеют объективного и разумного оправдания (запрет различного обращения с лицами, находящимися в одинаковых или сходных ситуациях); любая дифференциация, приводящая к различиям в правах граждан в той или иной сфере правового регулирования, должна отвечать требованиям Конституции Российской Федерации, допускающим такие различия, если они объективно оправданны, обоснованы и преследуют конституционно значимые цели, для достижения которых используются лишь соразмерные правовые средства. См: Постановление Конституционного суда РФ от 25 марта 2014 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 401.3, 401.5, 401.8 и 401.17 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С. С. Агаева, А. Ш. Бакаяна и других» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 27.03.2014).

¹⁶ Прежде всего нормативных обобщений, принципов правового регулирования, конституционных положений о том, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, их признание, соблюдение и защита – обязанность государства; права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и пунктуальной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием, государственная защита прав и свобод человека и гражданина гарантируется (ст. 2, 18, 45 Конституции РФ).

Представляется, что при установлении нормативных требований учета законных интересов с определенной степенью конкретизации эффективность удовлетворения законных интересов граждан станет выше, нежели от их реализации или нереализации случайным образом, в зависимости от усмотрения правоприменителя.

В-третьих, повышение правовой культуры участников правовых взаимодействий, прежде всего наделенных публично-властными полномочиями. Для реализации законных интересов огромную роль играет уровень правовой культуры участников правового взаимодействия, поскольку нормативное регулирование, хотя бы и в максимальной степени конкретности, имеет свои пределы; облечь весь процесс правовых взаимодействий в детальные правовые формы, зарегулировать, заинструментировать его – задача невыполнимая и малоэффективная. Здесь требуют решения «профессионально-личностные проблемы, в том числе проблема значимости стиля реализации права, манер профессионального поведения. Любая юридическая деятельность включает в себя состояние подготовленности субъектов к реализации права, мотивы, отношения, подготовленность к труду как к затрате усилий, готовность тратить усилия и сами эти усилия, а не «безличностное исполнение всеми обязанными к тому лицами установленных законом процедур»¹⁷.

Поэтому одним из направлений преодоления юридических препятствий в реализации законных интересов выступают меры по усилению ориентации правоприменителей именно на юридическое содействие реализации прав и законных интересов, а не на «механически-нейтральное» осуществление нормативно-правовых предписаний, поскольку типы правового взаимодействия, реально преобладающие (а) во внешней по отношению к конкретному правореализационному процессу среде (усвоенный субъектами опыт участия в подобных правоотношениях, сложившаяся судебная и иная правоприменительная практика и пр.) и (б) внутри конкретного правореализационного процесса, протекающего в рамках конкретного правоотношения, содержание которого предполагается осуществить, задают условия реализации права (в виде взаимно ожидаемого юридически значимого поведения его участников), а иногда и определяют тот или иной вариант деятельности управомоченного и (или) обязанного лица: юридический или фактический отказ от реализации субъективных прав на каком-либо этапе, неисполнение или ненадлежащее исполнение юридических обязанностей и т. д. могут выступать благодатной почвой для замещения правомерных взаимодействий противоправными¹⁸.

Основываясь на тезисах В. В. Субочева об элементах, необходимых для воплощения законных интересов в жизнь, правовые средства преодоления юридических препятствий в реализации законных интересов можно разделить на *собственно юридические (юридико-инструментальные)* и *юридико-психологические*. Это обосновано тем, что заинтересованному лицу важно суметь найти правовую технологию для защиты своего интереса, оказать такое воздействие на правоприменителя, чтобы тот не смог отказать в удовлетворении законного интереса лица. Для этого у субъекта нет каких-либо конкретных норм, закрепленных в законодательстве, лицо может применить любые средства для обоснования своего интереса.

В большинстве случаев правовые средства реализации законных интересов предоставляются через апеллирование к нормативным обобщениям, обращение к общечеловеческим принципам, нормам морали.

Юридико-инструментальным средствам присуще объективное представление ситуации через составление, предоставление официальных документов (актов совершения сделок, дого-

¹⁷ См.: Жалинский А. Э. Введение в специальность «Юриспруденция». Профессиональная деятельность юриста: учебник. М.: Проспект, 2009. С. 31, 11.

¹⁸ Это создает благодатную почву для коррупционных проявлений в поиске возможностей ускорить принятие должностным лицом соответствующего решения либо повлиять на выбор (в пределах компетенции или усмотрения должностного лица) наиболее благоприятного решения для себя или представляемых лиц.

воров, жалоб, исков, заявлений, служебных записок, законодательных инициатив, ходатайств и пр.), через ссылки на правовые принципы, правовые цели, правовые задачи, иные нормативные обобщения. Юрико-психологические средства во многом сводятся к применению психологических методов убеждения, к попыткам навязать свое мнение, «игре на чувствах» правоприменителя, т. е. предполагают сосредоточение на эмоциональной составляющей законного интереса, направленность на убеждение конкретного правоприменителя.

Для качественного обоснования законного интереса субъект должен учитывать множество факторов, влияющих на признание значимости и правомерности обосновываемых законных интересов: от глобальных перемен в обществе до локальных изменений в жизни конкретного лица, наблюдение и учет психологических и юридических аспектов. Все это говорит о сложности и неоднозначности правовых технологий, о том, что для каждой конкретной ситуации необходим свой уникальный набор правовых средств.

1.2. Квалифицированное молчание правотворческого органа и идентификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов (В. Ю. Панченко, А. М. Сабиров)

На сегодняшний момент понятие квалифицированного молчания правотворческого органа и понятие юридических препятствий в реализации прав и законных интересов представляют собой достаточно актуальные темы научных исследований. Это обусловлено как общетеоретическим характером понятий, так и недостаточной исследованностью связанных с ними проблем в современной теории права.

Юридические препятствия в реализации прав и законных интересов – это нормативно установленные и (или) юридико-фактические условия, осложняющие (затрудняющие либо блокирующие) процесс осуществления правовых возможностей (прав, свобод, законных интересов) конкретного субъекта права в конкретной ситуации, требующие от носителя прав и законных интересов дополнительных, нормативно незапрограммированных либо предусмотренных в установленном правом порядке реализации права, но несоразмерных, неразумных организационных, материально-технических, временных, интеллектуальных и иных затрат¹⁹.

Квалифицированное молчание правотворческого органа – это целенаправленная его позиция по тому или иному вопросу, требующему правового регулирования, когда последнее осуществляется при помощи минимального набора нормативно-регулятивных средств высокой степени обобщения (нормативных обобщений).

Использование такого юридико-технического приема количественно упрощает текст формального источника права, что, в свою очередь, позволяет соблюсти правило, упоминаемое Р. Иерингом: «чем меньше материал, тем легче и вернее пользоваться им». Однако такой юридико-технический прием «ничем не упрощает той мысли или того содержания, которое оно должно обозначать, но оно вливает его в форму, несравненно упрощающую и облегчающую пользование им»²⁰.

Наличие квалифицированного молчания по тому или иному вопросу позволяет субъектам правореализации формулировать конкретные правила на основании нормативных обобщений.

Однако всегда существует вероятность того, что субъекты правореализационной деятельности используют эти возможности в целях, не предполагаемых правотворческим органом. Более того, возможно злоупотребление такими возможностями для удовлетворения собственных интересов противоправного характера. В такой ситуации возможно возникновение юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, в большинстве случаев выражающихся в виде установления правоприменителем незаконных барьеров.

Представляется, что квалифицированное молчание при низком уровне правовой квалификации (знаний в области права) правоприменителя выступает причиной возникновения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов на основании следующего.

В случае, когда та или иная ситуация урегулирована путем использования норм права, от субъектов правореализации, по общему правилу, не требуется таких знаний в области права (уровня правовой культуры в целом), которые требуются для разрешения вопроса, урегулиро-

¹⁹ Панченко В. Ю. О понятии юридических препятствий в реализации и защите прав и законных интересов // Академический юридический журнал. 2013. № 3. С. 14.

²⁰ Иеринг Р. Юридическая техника. М.: Статут. 2008. С. 9.

ванного путем использования нормативных обобщений (правовых принципов, целей, задач и иных).

Это означает, что субъекты права, прежде всего правоприменители, в государственно-организованном обществе должны обладать достаточным уровнем знаний в области права, чтобы быть в состоянии, во-первых, идентифицировать квалифицированное молчание правотворческого органа и, во-вторых, сформулировать на основе нормативных обобщений предписание, отвечающее признакам законности.

Однако, с учетом фактических данных, вывод об отсутствии правоприменителей, способных выполнять вышеуказанные познавательные операции, является ошибочным²¹.

При низком уровне профессиональной правовой культуры квалифицированное молчание правотворческого органа как юридико-технический прием будет выступать причиной возникновения правоприменительных юридических препятствий в реализации прав и законных интересов в тех или иных формах.

В связи с изложенным приобретает актуальность вопрос об идентификации юридических препятствий в реализации прав и законных интересов в системе законодательства, а также при разрешении конкретных правоприменительных ситуаций. Речь идет о тех явлениях правовой действительности (критерии), обнаружив которые необходимо констатировать наличие юридического препятствия в реализации прав и законных интересов. Необходимость такой идентификации также обусловлена требованиями эффективного правового регулирования для нормального функционирования общественных отношений.

Поскольку понятия квалифицированного молчания, юридических препятствий, правовой культуры правоприменителя связаны между собой²², представляется, что, констатируя наличие на право-творческом уровне квалифицированного молчания, необходимо, как правило, констатировать большую вероятность возникновения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов.

В силу этого наличие квалифицированного молчания выступает своеобразным идентификатором юридических препятствий.

Необходимо отметить, что юридические препятствия возникают в данном случае не на нормативном уровне, поскольку квалифицированное молчание представляет собой вполне определенную государственную позицию²³ и означает урегулированность общественных отношений (этим оно отличается от пробелов в праве), а на уровне правореализации.

Квалифицированное молчание в одних случаях может выступать в качестве причины возникновения юридических препятствий, в других случаях – эффективным средством их преодоления. Поэтому правоприменитель, обладающий достаточным уровнем правовой квалификации, не только не создаст юридических препятствий путем использования квалифицированного молчания, но и сможет преодолеть с его помощью уже существующие юридические препятствия в реализации прав и законных интересов.

Представляется, что алгоритм идентификации правоприменительных юридических препятствий с помощью квалифицированного молчания правотворческого органа сводится к идентификации последнего.

Представляется, что алгоритм идентификации квалифицированного молчания выглядит следующим образом.

²¹ Доклад уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2014 г. URL: <http://www.rg.ru/2015/05/06/doklad-site-dok.html> (дата обращения: 04.05.2015).

²² Панченко В. Ю., Петров А. А. Классификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Право и государство. 2013. № 9. С. 8.

²³ Баранов В. М. «Квалифицированное молчание законодателя» как общеправовой феномен (к вопросу о сущности и сфере функционирования пробелов в праве) // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 75.

В первую очередь, необходимо установить группу правовых нормативных актов, связанных с правоприменительной ситуацией. Необходимо, руководствуясь юридической силой правовых нормативных актов, выстроить их иерархию, расположив самый «сильный» акт во главе иерархии, самый «слабый» – в нижних звеньях иерархии.

Необходимость построения иерархии обусловлена определением места каждого нормативного обобщения в системе исследуемых источников, которое будет описано далее.

Отметим, что в эту группу следует включать и акты высших органов судебной власти, содержащие в себе обобщения практики применения той или иной нормы права, ее толкование и т. д. К таким актам надо обращаться, чтобы найти, как те или иные спорные правоприменительные ситуации (в том числе связанные с квалифицированным молчанием правотворческого органа) уже решали правоприменители.

В случае обнаружения решения такой спорной ситуации правоприменителем нельзя констатировать отсутствие квалифицированного молчания, поскольку правотворческое молчание может быть устранено только самим правотворческим органом. Правоприменитель обнаруживает те или иные выходы из спорной ситуации, связанные с молчанием, но не устраняет его. Иными словами, наличие правоприменительной практики по тому или иному вопросу для идентификации квалифицированного молчания значения не имеет.

Включению в вышеназванный перечень подлежат и акты органа конституционного контроля (в Российской Федерации – Конституционного суда Российской Федерации, конституционных и уставных судов субъектов Российской Федерации) в силу того, что такие акты по своей юридической силе приравниваются к закону²⁴. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 79 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации» вместе со вступлением в силу постановления Конституционного суда утрачивает силу признанный этим постановлением неконституционным акт (включая закон).

Цель первой стадии заключается в том, чтобы систематизировать законодательный материал в представлениях субъекта познавательной деятельности. Такая систематизация позволит избежать ошибок познающего субъекта. Так, правоприменительная ситуация может быть урегулирована, но положения (статьи, части пункты), содержащие нормативно-регулятивные средства, ее регулирующие, могут быть изложены в законе различными способами (прямой, бланкетный, отсылочный²⁵). В результате изучения лишь части законодательного материала у познающего субъекта может сложиться ошибочное представление об отсутствии нормативного регулирования правоприменительной ситуации, в то время как в неизученной части такое регулирование будет иметь место.

Не исключено, что нормативное регулирование (а также его правоприменительное решение) может и вовсе отсутствовать, несмотря на наличие необходимости, обусловленной как юридическими причинами (прямое указание органа конституционного контроля, вышестоящего органа), так и неюридическими (социальными, политическими, экономическими). В таком случае имеет место правотворческое бездействие, при котором правотворческий орган не осуществляет никакого правового регулирования, злонамеренно не исполняя так или иначе возложенную на него обязанность по созданию, изменению или отмене нормативных регулятивных средств.

Во вторую очередь следует определить направления политики, цели правотворческого органа, которые могут носить как правовой, так и неправовой (социальный, экономический)

²⁴ Постановление Конституционного суда Российской Федерации от 16.06.1998 № 19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учебник. М.: Юристъ, 2004. С. 300.

характер, которые последний преследует, вводя то или иное регулирование. Выражаясь словами Ш. Л. Монтескье, необходимо «уразуметь дух закона»²⁶.

Данные цели правотворческого органа могут касаться как правового нормативного регулирования, так и решения конкретной правоприменительной ситуации. Учитывая, что Ш. Л. Монтескье умышленно при определении «духа» закона не отделял законы гражданские и законы политические²⁷, следует согласиться с С. А. Дробышевским и Е. А. Тихонравовым в том, что информация, необходимая для установления такой цели, «может присутствовать не только в формальных источниках права, но и в других юридических актах». Кроме того, как отмечают авторы, такого рода сведения могут присутствовать и в средствах массовой информации²⁸.

В третью очередь следует проанализировать каждый правовой нормативный акт на наличие либо отсутствие следующих критериев квалифицированного молчания.

Во-первых, наличие нормативных обобщений, а именно правовых принципов, правовых задач, правовых целей, правовых аксиом. Такие нормативные обобщения, как правовые фикции, правовые презумпции, правовые дефиниции, а также нормы права, для констатации квалифицированного молчания использоваться не могут в силу: а) своего технического назначения в правовом регулировании, б) своей конкретности, невозможности их использования для решения правоприменительной ситуации, к которой они напрямую правотворческим органом не отнесены.

Речь в данном случае не идет об общеправовых нормативных обобщениях, которые имманентны системе законодательства, например о презумпции «знания права».

Обнаружив принципы, цели, задачи в правовом нормативном акте, необходимо проанализировать их направленность: имеют ли они направленность на детальную регламентацию деятельности, четкое установление ее пределов либо на предоставление субъектам права определенной свободы.

В качестве примера невозможности использования второй группы нормативных обобщений для идентификации квалифицированного молчания приведем пример дефиниции понятия «потребитель» в соответствии с Законом РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»: потребитель – гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Данная дефиниция максимально конкретна и в случае невозможности определения статуса покупателя товаров (заказчика работ, услуг) связывает границы свободы усмотрения правоприменителя с целью приобретения товаров, работ и услуг.

В качестве примера недопустимости использования квалифицированного молчания с позиций правоприменения возможно привести Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее – Закон). В данном Законе отсутствует какое-либо указание на принципы правового регулирования, правовые цели, задачи. В то же время таковые могут быть выведены из норм указанного закона, в том числе и цель законодателя максимально формализовать банковскую деятельность, включая детальную регуляцию всех ее стадий с целью обеспечения эффективной защиты прав и законных интересов заинтересованных лиц (вкладчиков и т. д.). Такая детальная регуляция будет способствовать укреплению принципа правовой определенности в банковской сфере, а также развитию экономики и профилактики правонарушений.

²⁶ Монтескье Ш. Л. О духе законов. URL: http://new.philos.msu.ru/uploads/media/SHarl_Lui_Monteske_ODUKHE_ZAKONOV.pdf (дата обращения: 04.05.2015).

²⁷ Там же.

²⁸ Дробышевский С. А., Тихонравов Е. Ю. Способы восполнения пробелов в праве: монография. М.: Норма, 2014. С. 84.

Ввиду отсутствия направленности нормативных обобщений на предоставление участникам оборота свободы в определении своей деятельности (включая те или иные процедуры), квалифицированное молчание как правотворческий прием в Законе реализован не был, поэтому правоприменителем в данном случае использован быть не может.

Необходимо указать, что в большинстве правоприменительных ситуаций возможно применение принципов, изложенных в Конституции Российской Федерации (далее – Конституция), касающихся верховенства прав и свобод человека и гражданина, свободы предпринимательской деятельности; эти и другие принципы, в силу прямого указания ч. 1 ст. 15 Конституции, подлежат применению напрямую. В силу изложенного, на первый взгляд, в большинстве случаев первый критерий всегда будет иметь место при разрешении конкретной правоприменительной задачи.

Однако, в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции, права и свободы человека и гражданина при определенных обстоятельствах могут быть ограничены. В силу возможности такого ограничения даже при наличии в группе исследуемых правовых нормативных актов Конституции (и соответствующих принципов) невозможно автоматическое удовлетворение первого критерия идентификации квалифицированного молчания правотворческого органа. Другими словами, логика по типу «в группе правовых нормативных актов есть Конституция, в ней есть принципы, а значит, первый критерий идентификации удовлетворен» представляется неверной.

Во-вторых, выявив наличие и направленность указанных нормативных обобщений, необходимо установить, содержится ли в группе правовых нормативных актов или в конкретном правовом акте прямое указание на невозможность квалифицированного молчания, а именно наличие правил поведения, напрямую регулирующих правоприменительную ситуацию, требующую решения. Кроме этого, необходимо установить наличие запретов на расширительное толкование. В случае констатации такого запрета применение квалифицированного молчания невозможно.

Это объясняется вышеупомянутым тезисом о последовательности использования конструкции квалифицированного молчания: сначала она используется правотворческим органом, затем правоприменителем. В случае отсутствия первой стадии вторая не может иметь места.

Примером такого запрета выступает институт защиты должника-гражданина при обращении взыскания на его имущество, а именно статья 446 Гражданского процессуального кодекса (далее – ГПК РФ), устанавливающая перечень имущества, на которое не может быть обращено взыскание по исполнительным документам. Это означает, что «при установлении механизма исполнительного производства федеральный законодатель, следуя принципам правового социального государства, призванного создавать условия, обеспечивающие достойную жизнь и свободное развитие человека, правомочен определить пределы обращения взыскания по исполнительным документам на жилые помещения, находящиеся в собственности граждан-должников, с тем чтобы обеспечить их права в жилищной сфере на уровне, позволяющем реализовать естественную потребность в жилище как необходимом средстве жизнеобеспечения»²⁹.

Иными словами, расширительно статья 446 толковаться не может. В силу наличия запрета (выводимого не только из ГПК РФ, но из практики Конституционного суда Российской Федерации в отношении данной нормы) квалифицированное молчание в отношении ст. 446 ГПК РФ отсутствует, причем и в случае с решением конкретной правоприменительной

²⁹ Постановление Конституционного суда РФ от 14 мая 2012 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца второго части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Ф. Х. Гумеровой и Ю. А. Шикинунова». Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

ситуации, и в случае с самим институтом пределов имущественной ответственности должника-гражданина.

В качестве факультативного критерия идентификации квалифицированного молчания при решении правоприменительной ситуации возможно установить, мог ли правотворческий орган детально урегулировать этот вопрос (в т. ч. оценить целесообразность такого детального регулирования). Если будет установлено, что правотворческий орган мог (например, не было острой необходимости в издании правового нормативного акта) детально урегулировать этот вопрос, то такое установление должно быть очередным сигналом (маркером, критерием) наличия квалифицированного молчания как при решении конкретной правоприменительной ситуации, так и при исследовании конкретного правового нормативного акта на предмет квалифицированного молчания.

При наличии всех вышеназванных критериев хотя бы в одном правовом нормативном акте, так или иначе связанном с правоприменительной ситуацией, следует констатировать наличие квалифицированного молчания.

В случае, если квалифицированное молчание идентифицировать не удалось, то обнаруживать юридические препятствия необходимо иными способами.

В случае установления квалифицированного молчания на нормативном уровне имеет место и юридическое препятствие в реализации прав и законных интересов.

Резюмируя вышеизложенное, отметим, что квалифицированное молчание правотворческого органа может быть использовано для идентификации правоприменительных юридических препятствий в реализации прав и законных интересов в силу наличия причинной связи. Такая причинная связь обусловлена тем, что указанные понятия опосредуются с помощью правовой культуры (в т. ч. уровня знаний в области права) правоприменителя и правотворческого органа.

Таким образом, одним из способов идентификации юридических препятствий в реализации прав и законных интересов выступает установление квалифицированного молчания правотворческого органа. Алгоритм определения таких препятствий в правовом регулировании идентичен алгоритму идентификации квалифицированного молчания правотворческого органа.

Кроме того, квалифицированное молчание правотворческого органа может быть использовано не только для юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, которые уже имеют место, но и тех препятствий, которые предположительно возникнут в будущем, т. е. потенциальных.

1.3. Правовой эксперимент как средство недопущения юридических препятствий в реализации прав и законных интересов (В. Ю. Панченко, В. А. Краснова)

Социальный эксперимент может быть охарактеризован как эмпирический метод исследования, так как он необходимо предполагает наблюдение и предметно-орудийную практическую деятельность по изменению предметов материального мира. Социальный эксперимент, будучи особым методом познания, оказывает реальное воздействие на жизнь людей, способен изменять субъектно-объектные свойства человека³⁰.

Особой разновидностью социальных экспериментов выступают правовые эксперименты.

Под правовым экспериментом понимается организованная компетентными органами апробация предполагаемых законодательных нововведений в ограниченном масштабе для проверки эффективности, полезности и экономичности экспериментальных правовых норм и отработки оптимальных вариантов будущих правотворческих решений общего действия³¹. Правовой эксперимент рассматривается как важный инструмент в повышении эффективности правового регулирования общественных отношений, позволяющий избежать право-творческих ошибок, которые могут привести к серьезным негативным социально-экономическим последствиям, выбрать наиболее перспективный вариант правотворческого решения, и выступает одним из средств реализации принципа научности правотворческой деятельности³².

Правовые эксперименты могут быть утопическими, когда они «работают» на достижение цели, противоречащей закономерностям общественного развития, либо возлагают на правовые средства такой социально-преобразовательный потенциал, которым последние в принципе не обладают (правовой идеализм); либо реальными (реалистическими), в основе которых лежат образы будущей социальной реальности, представленной в различных формах конструктивных связей и отношений. Правовые эксперименты проводятся в различных областях социальной жизни, их целью выступает исследование инновационных процессов на практике; они максимально приближены к реальной жизни, адекватно отражают те социальные связи и отношения, явления действительности, которые необходимо исследовать и преобразовать в ходе эксперимента; их особенностью является локальность, ограниченность во времени и пространстве³³.

В широком смысле под правовыми экспериментами следует понимать любые социальные (экономические, организационные и т. п.) эксперименты, которые регулируются правом (т. е. речь идет о правовой форме иных по своей природе экспериментов в обществе).

Так, в последнее десятилетие в различных регионах России были осуществлены и реализуются до сих пор многочисленные пилотные проекты, целью которых является предварительное изучение ситуации, экспериментальная проверка правильности разработанных решений по изменению хозяйственной практики и готовности к реализации и осуществлению полномасштабного реформирования в различных отраслях и сферах. Так, в Республике Татарстан в 2010 г. создан фонд финансирования капитального ремонта общего имущества в многоквартирных домах на базе Государственного казенного учреждения «Главное инвестиционно-стро-

³⁰ См.: Логиновских Т. А. Социальный эксперимент как форма инновационной практики: монография. Екатеринбург: Изд-во Рос. гос. проф.-пед. ун-та. 2011. С. 6.

³¹ См., напр.: Правовой эксперимент и совершенствование законодательства / под ред. В. И. Никитинского и И. С. Самощенко. М.: Юрид. лит., 1988. С. 26.

³² Ельцов В. Н. Правовой эксперимент в современной России: проблемы эффективности: дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. С. 14.

³³ См.: Логиновских Т. А. Указ. соч. С. 52–53.

ительное управление Республики Татарстан», утвержден Порядок накопления и использования денежных средств этого фонда. Программа пилотного проекта в 2010 г. выполнена, была доказана действенность разработанного механизма³⁴. На сегодняшний момент результаты такого эксперимента вводятся во все регионы Российской Федерации.

В 2008 г. в трех регионах России (Кемеровской, Самарской и Калужской областях) осуществлены пилотные проекты по созданию единого кадастра недвижимости, которые позволили выстроить систему налогообложения недвижимости, а также сделали информацию о земельных участках более доступной. Новый кадастр послужил базой для формирования единого налога на недвижимость, объединившего сразу три налога: земельный налог, налог на имущество физических и на имущество юридических лиц³⁵. В настоящее время результаты данного проекта распространились на всей территории Российской Федерации.

В соответствии с поручением Президента России от 22 августа 2013 г. № Пр-2191 и поручением Губернатора Ростовской области от 25 сентября 2013 г. Правительством Ростовской области совместно с Агентством стратегических инициатив реализуется пилотный проект по сокращению прохождения разрешительных процедур в сфере земельных отношений и строительства, включая подключение к объектам коммунальной и инженерной инфраструктуры (далее – пилотный проект). Пилотный проект направлен на снижение административных барьеров и улучшение предпринимательского климата в Ростовской области. По результатам принятых в 2014 г. Правительством Ростовской области решений в целях успешного внедрения пилотного проекта на всей территории области муниципалитетам рекомендовано принять нормативные акты о создании рабочих групп по мониторингу и сопровождению пилотного проекта и опубликовать на сайтах муниципалитетов контактные данные лиц, ответственных за его реализацию³⁶.

В качестве примеров правового эксперимента в литературе приводят введение Единого государственного экзамена³⁷ и множество других. Однако возникает закономерный вопрос о том, в чем собственно правовое содержание данных видов социальных экспериментов, кроме внешней формы, правового регулирования иных по своей природе видов человеческой деятельности (экономической, образовательной и др.).

Поэтому в узком смысле – собственно правовыми экспериментами в понятийном значении этого термина – являются апробации изменений в правовой жизни, когда результат зависит именно от юридических условий, а предметом выступает правовая деятельность и ее отдельные виды, а в качестве средств используются правовые средства. Это не означает, что иные условия, имеющие не правовую природу, не оказывают влияния на изменения в правовой сфере жизни общества, однако такое влияние вторично, влияние правовой жизни на иные сферы общественных отношений оказывается более значимым, нежели обратное.

Одним из наиболее интересных правовых экспериментов новейшего периода стал эксперимент по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам. Данный правовой эксперимент являлся федеральным, основным, проективным, последовательным, решающим, среднесрочным правовым экспериментом в сфере юстиции. Во исполнение поручений Президента РФ от 25 октября 2004 г. № ПР-1730 и от 21 марта 2005 г. № ПР-464 было принято постановление Правительства РФ от 22 августа

³⁴ Файзуллин И. Э. Реальная модернизация коммунального хозяйства: из опыта работы Республики Татарстан // ЖКХ: журнал руководителя и главного бухгалтера. 2012. № 6. URL: <http://www.gkh.ru/journals/4133/61206/> (дата обращения: 04.02.2015).

³⁵ Кадастр недвижимости станет инструментом налогообложения. URL: <http://www.ocenchik.ru/news/258.html> (дата обращения: 04.03.2015).

³⁶ Инвестиционный портал Ростовской области: Пилотный проект «Сокращение прохождения разрешительных процедур в сфере земельных отношений и строительства, включая подключение к объектам коммунальной и инженерной инфраструктуры». URL: http://invest-don.com/ru/new_element_287/ (дата обращения: 04.03.2015).

³⁷ Ельцов В. Н. Указ. соч. С. 68.

2005 г. № 534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам».³⁸

Путем правового эксперимента осуществлялось и развитие системы ювенальной юстиции, когда в ряде регионов с 1999 по 2005 г. реализовывались пилотные проекты Программы развития ООН «Поддержка осуществления правосудия по делам несовершеннолетних в Российской Федерации», «Развитие правосудия в отдельных регионах Российской Федерации»: были созданы службы социальных работников в Ростовской и Саратовской областях, в Санкт-Петербурге. В ряде регионов, участвовавших в эксперименте, апробирование элементов ювенальных технологий не получило дальнейшего развития в связи с окончанием финансирования проектов³⁹, в других выработанные и проверенные технологии работы успешно используются по сей день.

Аналогичным образом в Беларуси в порядке правового эксперимента была апробирована внесудебная медиация⁴⁰, в России этого сделано не было, хотя многих проблем с внедрением медиации можно было бы избежать⁴¹.

Пилотные проекты в правовой жизни общества, в основе которых лежат методы эксперимента, позволяют увидеть на локальных участках правовой жизни определенные недостатки, упущения, неточности в правовом регулировании, своевременно внести соответствующие корректировки. В ряде случаев анализ и оценка пилотных правовых проектов может показать, что в настоящий момент регион, группа регионов, страна в целом просто не готовы к успешному внедрению того или иного правового регулирования в качестве общеобязательного, выявить необходимость выхода за пределы собственно правового эксперимента, ориентировать на поиск других средств – проведение организационно-экономических мероприятий, от которых зависит эффективность реализации подвергшихся эксперименту правовых положений.

В юридической литературе правовой эксперимент, как правило, рассматривается как результат правотворческой деятельности⁴².

³⁸ Постановление Правительства РФ от 22 авг. 2005 г. № 534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам» // Собрание законодательства РФ. 2005. № 35. Ст. 3615.

³⁹ Первые шаги ювенальной юстиции в России // URL: <http://rusrand.ru/analytics/pervye-shagi-juvenalnoj-justitsii-v-rossii> (дата обращения: 10.03.2015).

⁴⁰ Концепция правового эксперимента (пилотного проекта) развития внесудебной медиации как средства урегулирования правовых и иных конфликтов была разработана в начале 2011 г. Основными целями пилотного проекта являлись: апробирование на практике внесудебной медиации, определение ее эффективности и перспектив развития наряду с уже зарекомендовавшим себя судебным примирением, а также создание корпуса белорусских профессиональных медиаторов. В целом внесудебными медиаторами и рекомендуемыми лицами в рамках пилотного проекта проведено свыше 200 примирительных процедур, из которых более половины завершены примирением сторон. Главным итогом эксперимента по развитию медиации в Беларуси можно считать обретение уверенности в возможности параллельного функционирования в системе хозяйственного судопроизводства как судебных, так и внесудебных медиаторов. Внесудебные медиаторы могут дополнять судебных и, отвечая задачам хозяйственного судопроизводства, способствовать урегулированию наиболее сложных хозяйственных споров. «Медиации быть» URL: <http://union.by/event/orgstructur/e8b3184a9c62f79a.html> (дата обращения: 02.04.2015).

⁴¹ Верховный суд РФ в результате обобщения практики применения закона о медиации пришел, в частности, к выводам о том, что процессуальными препятствиями для более частого и эффективного использования института примирения в гражданском и арбитражном процессе являются короткие сроки рассмотрения дел, небольшие размеры государственной пошлины, уменьшение судами расходов на оплату услуг представителя, отсутствие института обязательной медиации, отсутствие у судей права направлять лиц, участвующих в деле, на обязательное прохождение процедуры медиации, неурегулированность процессуальным законодательством вопроса о течении процессуальных сроков на период прохождения сторонами процедуры медиации. См.: Справка о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» за период с 2013 по 2014 год (утв. Президиумом Верховного суда РФ 1 апр. 2015 г.). Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁴² Лазарев В. В. К вопросу о понятии и пределах эксперимента в области государства и права // Правоведение. 1966. № 1. С. 17–23; Никитинский В. И. Значение эксперимента в нормотворческой деятельности // Советское государство и право. 1967. № 6. С. 26–34; Смирнов О. В. Социально правовой эксперимент и регулирование общественных отношений // Советское государство и право. 1973. № 11. С. 21–28.

В то же время в недостаточной степени исследуются эксперименты правореализационного и правоприменительного (включая правоинтерпретационные) характера, когда нормы права как тексты формальных источников права остаются неизменными, но меняется, в рамках правоприменительного усмотрения, практика их применения – судебная, административная и иные, либо субъекты права искусственно создают правовые ситуации для выяснения того, какое правоприменительное решение будет принято в том или ином случае.

Это не случайно, поскольку правореализационные и правоприменительные эксперименты зачастую носят не целенаправленный и программируемый (отвечающий всем правилам проведения эксперимента), а фактический характер, экспериментирование в правовой жизни приобретает характер поиска оптимального решения того или иного типа ситуаций, однако не отвечает всем признакам такового прежде всего по наличию «обратной связи» и возможности сравнения результатов тех или иных решений.

Понимая под юридической практикой объективированный опыт индивидуально-правовой деятельности компетентных органов (судов, других органов применения права), складывающийся в результате применения права при решении юридических дел⁴³, можно заключить, что типичным примером фактического правового экспериментирования является различие в практике применения того или иного положения нормативного акта в разных регионах, разных федеральных арбитражных округах до того момента, пока высшая судебная инстанция не высказала свою правовую позицию по этому вопросу. Последнюю же в этом случае можно рассматривать, хотя и с известной долей условности, в качестве субъекта правового эксперимента, который, формируя позицию, обобщает те или иные тенденции, сложившиеся в юридической практике.

Так, суды лишили закон о лизинге его сути – обязанности полного возмещения инвестиционных затрат. В судебной практике применения гражданского законодательства, регулирующего коммерческие отношения, не так часты принципиальные повороты, ниспровергающие теоретические основы, если это не обусловлено изменением самого законодательства. Сейчас отмечается именно такой принципиальный поворот в применении законодательства при разрешении споров о лизинге. Резкое изменение арбитражной практики произошло в 2009 г., и оно не было вызвано объективными причинами, потому что законодательство не изменялось. В период кризиса суды повернулись в сторону лизингополучателей. Суды стали принимать решения о взыскании денежных средств с лизинговых компаний – кредиторов в пользу лизингополучателей – должников⁴⁴.

28 июня 2012 г. Пленум Верховного суда РФ принял Постановление «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей». В пункте 2 указанного Постановления содержится не совсем определенная информация об отнесении страхования к регулированию Закона «О защите прав потребителей». Произошел буквально революционный переворот в судебной практике по гражданским спорам о взыскании страховых выплат, но в ходе практики страховые компании не брали во внимание данный пункт закона, а суды обязывали возмещать все затраты⁴⁵.

Неодинаково в судебной практике решалась и проблема признания права на компенсацию за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок за профессиональными участниками рынка взыскания задолженности – коллекторскими агентствами, а также вопрос об определении размера компенсации

⁴³ Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 1. М.: Юридическая литература, 1981. С. 340.

⁴⁴ Гилинская Г. Суды лишили закон о лизинге его сути – обязанности полного возмещения инвестиционных затрат // Бухгалтерские вести. 2011. № 5. 1 февраля. URL: http://www.dp.ru/a/2011/02/03/Lizing_izmenenie_sudebno (дата обращения: 02.01.2015).

⁴⁵ Солдатенко В. Ю. Изменение судебной практики по ОСАГО. URL: <http://pravorub.ru/cases/20820.html/> (дата обращения: 15.03.2015).

при нарушении права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебных актов в разумный срок. Размеры взыскиваемых компенсаций существенно различаются⁴⁶. Так, размер компенсации, присуждаемой судами общей юрисдикции, также колеблется между 10 000 руб. и 120 000 руб.⁴⁷

Такое фактическое правовое экспериментирование было бы гораздо более эффективным в случае, если бы отвечало всем требованиям, предъявляемым к экспериментам как познавательным средствам, прежде всего наличию контрольной группы общественных отношений, не подвергавшейся изменениям и связанной с ним возможностью сравнения результатов, выявления факторов, способствующих либо препятствующих поставленным правовым целям.

Правовые эксперименты могут выступать важнейшим средством недопущения и выявления юридических препятствий в реализации конституционных прав и законных интересов в силу следующего.

Во-первых, правовые эксперименты, несмотря на свой в основном правотворческий характер, нацелены на совершенствование реализации права, оптимизацию правового регулирования.

Во-вторых, как и в любом социальном экспериментировании, для правового эксперимента необходим эталон – такая модель правового регулирования той или иной области общественных отношений, которая выражает общие свойства процессов правовой жизни и обладает качественно новой, высшей структурной организацией, более совершенной формой, максимумом практической полезности. Эталон создает противоречивую ситуацию в реальной правовой жизни⁴⁸. Думается, есть все основания для признания в качестве эталона правовых экспериментов беспрепятственной реализации прав и законных интересов.

В-третьих, правовые эксперименты в плане правового воздействия на общественные отношения могут быть только регулятивного (позитивно воздействующего) свойства, представлять субъектам права, участвующим в них, дополнительные правовые средства и механизмы реализации прав и законных интересов, но не могут носить охранительного (негативно воздействующего) характера, поскольку в этом случае нарушается принцип юридического равенства.

В-четвертых, сама организация правовых экспериментов может служить средством выявления лежащих в основе юридических препятствий в реализации прав и законных интересов неправомερных интересов и целей различных субъектов права, их групп, когда последние оказывают сопротивление для экспериментального, а затем и повсеместного внедрения нового правового регулирования.

Правотворческие и правоприменительные эксперименты в правовой жизни российского общества должны проводиться научно-обоснованно, системно, последовательно⁴⁹, поскольку правовой эксперимент выступает средством правовой политики, обладает всеми его признаками, относится к группе специальных средств правовой политики наряду с концепциями, программами, юридической техникой, планированием, прогнозированием, правовым монито-

⁴⁶ Решетникова И. В., Сирота Е. Г. Закон о компенсации: первый правоприменительный опыт. URL: <http://www.center-bereg.ru/o1195.html> (дата обращения: 02.04.2015).

⁴⁷ Обзор судебной практики Верховного суда Российской Федерации за второй квартал 2011 г. (утв. Президиумом ВС РФ 28.09.2011).

⁴⁸ См. об этом применительно к социальному эксперименту: Логиновских Т. А. Указ. соч. С. 29.

⁴⁹ По определению А. В. Малько, с которым мы солидарны, «правовая политика – это научно обоснованная, последовательная и системная деятельность государственных органов и институтов гражданского общества по созданию эффективного механизма правового регулирования, по цивилизованному использованию юридических средств в достижении таких целей, как наиболее полное обеспечение прав и свобод человека и гражданина, формирование правовой государственности и высокого уровня правовой культуры и правовой жизни общества и личности». См.: Малько А. В. Теория правовой политики. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 42.

рингом, правовой экспертизой, систематизацией законодательства и т. д., которые призваны организовать правовую жизнь общества⁵⁰.

⁵⁰ См., напр.: Правовая политика: базовый курс / под ред. В. Ю. Панченко, А. А. Петрова, А. В. Деменишина. М.: Юрид. лит., 2015. С. 47.

1.4. Оценка правовых режимов как способ распознавания и преодоления юридических препятствий в реализации прав и законных интересов (В. Ю. Панченко, И. В. Пикулева)

Прежде чем приступить к рассмотрению обозначенной проблематики оценки правовых режимов, представляется целесообразным обозначить принципиальные положения, лежащие в основе реалистического понимания теории правовых режимов.

Утвердившейся в качестве традиционной в отечественной правовой науке является трактовка правовых режимов как нормативных порядков правовой регуляции той или иной сферы общественных отношений, представляющих собой совокупность правовых средств, набор и состав которых предопределяется спецификой регулируемых отношений, нуждающихся в правовой регламентации⁵¹. Основной акцент в таком понимании расставлен на правовых средствах, представляющих собой «универсальный «строительный материал» системы права, различная комбинация которого выражает особый порядок организации конкретных общественных отношений»⁵², программирует характер и особенности нормативного воздействия на тот или иной участок социальной жизни.

Придерживаясь такой «нормативной» трактовки правовых режимов, процесс познания закономерностей правовой жизни не выходит за пределы анализа массива формально установленных правил поведения, что не является исчерпывающим и должно эффективным для последующей оптимизации правового регулирования посредством создания режима наибольшего благоприятствования для субъектов права в реализации их прав и законных интересов. Таким образом, очевидной представляется необходимость модификации вектора развития теории правовых режимов в сторону отражения данной правовой категорией не только нормативно запрограммированной право-творческими органами, но и реальной степени обеспеченности прав и законных интересов субъектов права. Иными словами, для достижения вышеобозначенной цели акцент следует сделать на реально существующем правовом климате исследуемой области общественных отношений, сущность которого заключается в том, что он представляет собой итоговое правовое состояние (действительную правовую ситуацию) в той или иной сфере общественной жизни, возникающее как результат функционирования всех ее элементов, институтов. В этом и заключается вся суть реалистического понимания понятия правового режима, которое относится к реальной правовой деятельности, когда определенный набор абстрактных правовых возможностей и средств претворяется в жизнь, получает воплощение посредством правомерного поведения субъектов права в конкретных правовых отношениях.

Из этого вытекает следующая особенность реалистического понимания теории правовых режимов: ориентированность, главным образом, в отношении реализации прав и законных интересов субъектами права. То есть центральным элементом правового режима выступают не комплексы нормативно-регулятивных средств, а в первую очередь характеристики правореализационного процесса с точки зрения особенностей использования правовых возможностей: простоты (сложности), доступности (недоступности), массовости (единичности) и т. д. Иными

⁵¹ См., напр.: Беляева Г. С. Правовой режим: общетеоретическое исследование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Курск, 2013; Косак А. В., Малько А. В. Основы теории правовых режимов // Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты: монография / А. В. Малько, И. С. Барзилова. М.: Юрлитинформ, 2012; Шамсумова Э. Ф. Правовые режимы (теоретический аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. и др.

⁵² Малько А. В. Правовые средства как общетеоретическая проблема // Правоведение. 1999. № 2. С. 2.

словами, права и законные интересы как объекты правовых режимов, определение меры благоприятности или неблагоприятности процесса их реализации определяют инструментальную ценность категории «правовой режим».

Прикладное значение теории правовых режимов в реалистическом понимании заключается в оценке определенного участка правовой жизни на предмет наличия (отсутствия) содействующих и препятствующих факторов в реализации прав и законных интересов, то есть правовой режим выступает «орудием, инструментом, средством»⁵³ для решения задачи оптимизации правового регулирования. Иными словами, реалистический подход к пониманию правовых режимов не ограничивается констатацией того, что нормативно-регулятивные средства приобретают значение универсальных юридических инструментов правовой политики, посредством которых определяется общая специфика правового режима и действие правовых норм на том или ином участке правовой жизни, а позволяет определить функциональную сторону работы механизмов правовой регуляции общественных отношений – именно поэтому инструментально ценной является разработка методики оценки правовых режимов, отражающей действительный правовой климат.

Комплексный анализ и оценивание предоставляют возможность непосредственного отслеживания реальных условий и средств реализации того или иного права, совокупность которых позволяет выявить состояние реальной возможности или невозможности пользования правами, что свидетельствует о том или ином виде правового режима (благоприятном или неблагоприятном).

Так, первым этапом оценочной деятельности является фиксация как исходных состояний тех или иных участков правовой жизни, так и состояний, возникших в результате воздействия на них с помощью политико-правовых средств. Отражение правовым режимом и «должного», и «сущего» позволяет выявить реальные изменения в юридической практике под воздействием изменений в нормативно-правовом регулировании. Уже на данном этапе неизбежно столкновение, обнаружение юридических препятствий в правореализационной деятельности субъектов права.

Прежде всего, планируя комплексный анализ соответствующей сферы общественных отношений, следует изучить нормативную составляющую реализации той или иной правовой возможности с целью выявления нормативных препятствий⁵⁴, законодательных изъянов (пробелов, коллизий, нарушений, неточностей, иными словами, нормативных препятствий в реализации прав и законных интересов). Следуя нормативному пониманию теории правовых режимов, исследование благоприятности или неблагоприятности правового регулирования ограничилось бы данным начальным этапом. Однако для реалистического восприятия правовых режимов полученные результаты являются промежуточным итогом в изучении реального климата реализации права или законного интереса. Иными словами, здесь имеется в виду формирование представления об идеальных моделях максимально нормативно-благоприятного (режим наибольшего благоприятствования) и нормативно-неблагоприятного правовых режимов. Однако, как уже отмечалось выше, при всей своей значимости анализ нормативных правовых актов и иных формальных источников права позволяет определить лишь наличие или отсутствие предоставленных государством (или сконструированных самими субъектами права в пределах их правотворческих полномочий) наборов правовых средств, характер направленности правового регулирования в зависимости от того, какие средства доминируют в структуре правового режима, а следовательно, и степень жесткости юридического регулирования, допу-

⁵³ Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА, 1998. С. 345.

⁵⁴ См. подр. о нормативных препятствиях в реализации прав и законных интересов: Панченко В. Ю., Петров А. А. Классификация юридических препятствий в реализации прав и законных интересов // Право и государство: теория и практика. 2013. № 9. С. 8–10.

стимый уровень активности субъектов, пределы их правовой самостоятельности⁵⁵, не представляя возможности для выявления реальных различий в действии норм права в регионах. Такой анализ – необходимое, но недостаточное условие для познания правовых режимов.

Некоторое своеобразие имеет и методика сбора информации, фиксирующая «метод или сочетание методов, используемых для сбора и сопоставления информации, необходимой для расчета количественных показателей», по той причине, что оценке подлежит и область «сущего», что предполагает изучение субъективного восприятия каждого реализующего свои права и законные интересы условий и иных заслуживающих внимания обстоятельств правореализационного процесса. По этой же причине определенной спецификой отличаются и источники фактических данных, под которыми необходимо понимать средства передачи и хранения информации, фиксирующие исходные данные, подлежащие измерению и оценке: реалистичский подход при оценке правовых режимов предполагает анализ прежде всего тех источников фактических данных, которые позволяли бы понимать реальное положение дел в той или иной области, а не информацию, содержащуюся в нормативных правовых актах и иных формальных источниках права. Такими источниками выступают публикации в СМИ, печатные издания, Интернет, специальная литература, жалобы, сообщения и пр.

Отдельного внимания заслуживает процесс выработки универсальной системы критериев, индикаторов и показателей⁵⁶, в результате использования которой становится возможным определить реальную степень обеспеченности прав и законных интересов субъектов права и меру благоприятности (неблагоприятности) для удовлетворения этих интересов, тем самым отмечая общие тенденции развития реальной правовой деятельности, юридической практики. Критерий представляет собой наиболее общую характеристику того или иного аспекта реализации права, предопределяющую предметную сферу вопроса. Индикаторы – это узкие тематические параметры какого-либо аспекта реализации права или законного интереса, сформулированные в форме закрытых вопросов, формирующие своей наиболее однородной совокупностью укрупненный блок критерия. Показатель выражает точное, конкретное значение того или иного параметра (индикатора), с помощью которого и становится возможным измерить правовой режим в количественном выражении. При этом критерии и индикаторы, по которым определяется правовой режим, должны позволять выявить не только формальные особенности правового регулирования соответствующей сферы общественных отношений, но и объективно существующие, практические условия реализации права, которые могут быть выражены в фактическом содействии или воспрепятствовании реализации прав и законных интересов субъектов права.

Разрешения требуют и такие практические задачи, как разработка единой шкалы оценки благоприятности и неблагоприятности, формы отчета для полученных результатов, применимой для различных правовых возможностей, и пр.

Таким образом, оценка правовых режимов представляет собой процесс сопоставления реально имеющихся данных правовой действительности для составления представления относительно действительной благоприятности правового климата определенного участка правовой жизни и подведения некоего итога, имеющего модальный характер.

Регулярная оценка состояний правовых режимов реализации тех или иных прав, свобод и законных интересов⁵⁷ (которая, в отличие от мониторинга, всегда сопровождается

⁵⁵ См.: Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве // Собр. соч. Т. 2. С. 383.

⁵⁶ См., напр.: Автономов А. С., Гаврилова И. Н. Критерии оценки прав человека для уполномоченных по правам человека: методические рекомендации по мониторингу прав человека на доступ к суду, на митинг и на доступ к образованию. М.: Юрист, 2011; Кондрашев А. А., Пикужева И. В. Правовые режимы конституционного права на бесплатную юридическую помощь: подходы к пониманию и методика оценки // Евразийский юридический журнал. 2014. № 10. С. 119–129.

⁵⁷ Динамический аспект функционирования правовой системы государства и всего комплекса институтов, участвующих в правовой жизни общества, достижении целей правовой политики, переопределяет возможность трансформации по мере

выводами, направленными на совершенствование правового регулирования) позволяет установить тенденции и закономерности изменения юридически значимого поведения при изменении в системе нормативно-регулятивных средств и корректировать последнюю в направлении наибольшего благоприятствования реализации прав и законных интересов. Соответствуя современным задачам и потребностям правового регулирования, теория правовых режимов в реалистическом понимании содействует модернизации и совершенствованию правового регулирования в интересах личности, гражданского общества и правового государства.

Конечным результатом оценочной деятельности является моделирование режима наибольшего благоприятствования реализации того или иного права и выработка конкретных рекомендаций и требований к деятельности различных субъектов (законодателя, правоприменителя, общественных организаций и т. д.) для стимулирования правовой активности субъектов, устранения препятствий, использования доступных и разумных правовых процедур, иными словами, обеспечения максимального содействия в реализации прав и законных интересов. Так, в частности, методики оценки правовых режимов могут использоваться органами публичной власти, правозащитными организациями в целях обнаружения конкретных путей решения правореализационных проблем для оценки состояний обеспеченности различных прав и свобод человека и гражданина, формирования право-творческих инициатив, осуществления на их основе проектно-нормативных работ и т. д.

Обозначенная проблема оптимизации правового регулирования, рассматриваемая через призму правового режима, предстает прежде всего как проблема преодоления препятствий; на пути наиболее полного удовлетворения интересов субъектов права могут появляться разнообразные препятствующие, затрудняющие правореализационный процесс факторы, которые снижают эффект юридических инструментов, увеличивают затраты в различных сферах социальной деятельности⁵⁸. Теория правовых режимов в реалистическом понимании и методика их оценки направлена на преодоление, устранение и предупреждение юридических препятствий в реализации прав и законных интересов, независимо от их «среды обитания» (нормативные или деятельностные), специфики и проч. Всестороннее познание условий и средств процесса реализации прав и законных интересов посредством оценивающей деятельности в рамках правовых режимов позволяет изобличить факторы, осложняющие процесс осуществления правовых возможностей субъектами права, и преодолеть их посредством внесения изменений и коррективов в правовую форму.

изменения условий и средств реализации прав и законных интересов, правовых процедур и проч. из одного вида в другой – из неблагоприятного в благоприятный и наоборот.

⁵⁸ Малько А. В. Оптимизация правового регулирования как проблема преодоления препятствий // Правоведение. 1993. № 3. С. 58.

1.5. Препятствия в формировании единой судебной политики и их преодоление путем формализации неправовых факторов, влияющих на вынесение решения (Д. С. Шинкевич)

Вынесение судебного решения всегда осуществляется уполномоченным субъектом – судьей. Данное лицо наделяется особой компетенцией в силу того, что является представителем судебной ветви государственной власти. Кроме того, это лицо – человек, и более удачных вариантов пока придумано не было, хотя некоторые альтернативы и обсуждались.

В апреле 2015 г. в своем выступлении⁵⁹ в Российском государственном университете правосудия в г. Москве профессор Тартуского университета Р. Х. Наритс затронул вопрос, который уже не раз обсуждался на юридических форумах, – он заговорил о футуристической перспективе замены судей роботами. Вкратце осветив технические сложности такого процесса, он перешел к тем возможным сбоям в системе, которые эти перемены могут за собой повлечь. И его вывод был однозначным – функции судьи должен выполнять человек.

Безусловно, можно попытаться загрузить весь нормативный массив в механическую коробку, создать более-менее отлаженный алгоритм правоприменения⁶⁰ и запрограммировать машину на его осуществление. И у этого даже будут свои плюсы – экономия человеческого ресурса, времени, финансовых затрат на содержание судейского корпуса и пр. В конце концов, подобное совершенствование отвечало бы и динамике прогресса: так мануфактуры сменились фабриками, так человечество обнаружило неведомые ему ранее преимущества разделения труда в процессе производства, так стало использовать конвейер. И во всех случаях обновления в итоге пошли человечеству на пользу, сколько бы недоверия они ни вызывали на первых порах. Почему же в сфере судейского правоприменения должно быть иначе? Причин для иного исхода несколько.

Судья выполняет совершенно особую работу, практикует совершенно особое искусство – тонкое, если не ювелирное. И каждый представитель этой профессии является носителем определенных ценностей, что позволяет ему осуществлять правоприменение достойно, вершить правосудие справедливо. Что же придет на смену этим ценностям в конструкции робота? Даже если предположить, что Айзек Азимов был прав и заменить эти ценности можно, отфигуровав в конструкции машины три знаменитых закона робототехники⁶¹ (или даже больше, приняв во внимание специфику судебной деятельности) и тем самым содержательно заполнив «разум» робота, у нас все равно возникнут сомнения относительно того, удастся ли каким-нибудь образом обеспечить соблюдение этих законов⁶² на том уровне, на котором это про-

⁵⁹ Название представленного доклада звучало следующим образом: «О значении принципов права в модернизации правовых систем».

⁶⁰ У многих практикующих юристов предложение о замене судей роботами даже не вызовет особого сопротивления: согласно широко распространенному мнению, судьи в РФ и так руководствуются одной лишь нормой закона, не беря в расчет иные факторы. А потому никаких существенных изменений, по мнению этих юристов, в правоприменении с заменой людей роботами не произойдет. Однако, это совсем не так – каждый современный судья невольно руководствуется в своей деятельности рядом неправовых, но весомых импульсов. Вопрос о том, почему так происходит, будет рассмотрен более подробно чуть позже.

⁶¹ Первый закон робототехники: «Робот не может причинить вред человеку или своим бездействием допустить, чтобы человеку был причинен вред». Второй закон робототехники: «Робот должен повиноваться всем приказам, которые дает человек, кроме тех случаев, когда эти приказы противоречат Первому закону». Третий закон робототехники: «Робот должен заботиться о своей безопасности в той мере, в которой это не противоречит Первому и Второму законам» См. подр.: Азимов А. Я, робот, Конец вечности. URL: <https://www.artlebedev.ru/everything/deich/Deich-Azimov.pdf> (дата обращения: 10.05.2015).

⁶² Каждый человек является носителем определенных ценностей, которыми он руководствуется в своей деятельности. Эти идеалы и образы формируют его как личность, а потому и действовать в отрыве от них он не может. Поведение *инстинк-*

исходило с судьей-человеком. К примеру, первый из этих законов гласит: «Робот не может причинить вред человеку или своим бездействием допустить, чтобы человеку был причинен вред»⁶³. Разумеется, это положение применимо и к судьям – их правоприменительная деятельность направлена на то, чтобы приносить субъектам пользу там, где никто другой сделать этого не способен, и уж никак не ставит своей целью (и не допускает в качестве средства достижения иных целей) нанесение вреда людям. Но как этот закон робототехники будет проявлять себя на практике? Он настолько абстрактен, настолько неопределен, что его применение должно быть поставлено под большой вопрос. По сути, он звучит как «непричинение вреда», сводится к тому, что недопустимо причинять людям зло и неудобства. Но такая формулировка звучит еще более неопределенно, чем действующие в современных правовых системах принципы – верховенства права, добросовестности, разумности, справедливости, которые и так часто подвергаются критике по причине высокого уровня абстракции. И даже если предположить, что технологии будут развиваться необычайно стремительно и каким-то образом кому-либо удастся сконструировать нечто механическое и при этом способное действовать согласно категориям нравственным и моральным⁶⁴, мы все равно придем к тому, что такая машина через некоторое время столкнется с неизбежностью своего отставания от прогресса: возникнут ситуации, в которых она не будет знать, как действовать, возникнут обстоятельства⁶⁵, квалифицировать которые в соответствии с текущими источниками права будет невозможно, и т. д.⁶⁶. И выбор, сделанный роботом, может оказаться с позиций тех же нравственных категорий, которые когда-то легли в его основу, чудовищным, аморальным⁶⁷. И чего будет такое правоприменение стоить? И насколько в таком случае будет оправданна экономия ресурсов, времени и денежных средств?

Очевидно, что цели правоприменения в большей степени достигаются в том виде, в котором это происходит сейчас, в нашем веке. И человек, осуществляющий полномочия судьи, не должен стать историзмом – омнибусом, уступившим место конке. На данный момент именно человек из всех имеющихся вариантов является самым удачным концептом, способным осуществлять правоприменение.

Но то, что этот вариант самый лучший, еще не значит, что, выбирая его, нам не придется пренебречь некоторыми вещами. В частности, именно человечность позволяет судьям принимать справедливые решения, но именно человечность закладывает в судей потенциальную возможность следовать иным линиям аргументации («человеческим» линиям – свойственным самым обыкновенным членам социума). Именно в эту «человеческую» часть правового субъек-

тивно (на подсознательном уровне) сообразуется с его ценностно-ориентационным блоком. Существующие в его сознании абстрактные образы конкретизируются применительно к окружающей действительности, и субъект начинает вести себя по определенной модели. Как создать подобный механизм в искусственно созданной системе – большой вопрос.

⁶³ См.: Азимов А. Указ. соч.

⁶⁴ К примеру, конкретизировав эти абстрактные положения внедрением огромного количества алгоритмов действия судьи в частных ситуациях.

⁶⁵ В качестве примера возникновения пробела в праве в результате опережающего законодательство развития общественных отношений Е. Ю. Тихонравов называет изобретение самолетов и развитие гражданской авиации (см.: Тихонравов Е. Ю. Способы восполнения пробелов в законодательстве: вопросы теории и истории: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 45). Здесь тоже изначально не существовало никакого правового регулирования, т. к. не было изобретено самих самолетов. Теперь же в развитых правовых порядках существуют правила, регламентирующие эксплуатацию воздушных судов.

⁶⁶ Недаром многие ученые пишут о том, что все урегулировать правом невозможно, да и, по сути, не нужно.

⁶⁷ Проводя аналогию с уже произошедшими в истории человечества событиями, можно привести в качестве примера знаменитый спор Герберта Харта и Лона Фуллера о том, какое же законодательство подлежит применению в отношении преступников времен фашистской Германии. Сугубо позитивистский подход (как если бы судья был робот) вел именно к тому, чтобы признать действовавший в Германии и установленный нацистами закон Правом. В то же время содержательный подход требовал обращения к здравому смыслу – да как же можно назвать Правом то, что безосновательно повергло жизни многих тысяч людей в хаос? А здравый смысл всегда требует обращения к социальному контексту, к человеческой природе, человеческому восприятию действительности (см. подр.: Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали; пер. с англ. В. В. Архипова; под ред. И. В. Мироновой, Н. С. Лосева // Правоведение. 2005. № 5. С. 104–136).

екта поступают неправовые импульсы – факторы, природа которых не является в чистом виде юридической. И именно эта часть судьям и необходима, чтобы поддерживать контакт с обществом, текущими историческими, социальными, экономическими, политическими процессами и метаморфозами, чтобы получать информацию из внешней среды, а затем после обработки доставлять ее обратно, «на выходе» существующей системы правоприменения. А потому все неправовые, внеюридические влияния, которыми неизбежно «охватывается судья»⁶⁸, являются необходимым, вынужденным выхлопом – и все, что мы можем сделать с этими факторами, это попытаться их измерить, формализовать, оценив степень их влияния на процесс вынесения решения в целом.

Соответственно, вне зависимости от того, насколько высок уровень профессионального мастерства того или иного судьи, он, так или иначе, подвержен влияниям извне. Применение тех или иных источников права сопровождается соображениями (традиционной или инновационной) *судебной политики*, которой придерживается судья⁶⁹. Анализируя словосочетание «судебная политика», мы сталкиваемся как минимум с двумя его неотъемлемыми составляющими: во-первых, становится очевидным, что мы имеем дело с *политикой*; во-вторых, что эта политика каким-то образом связана с *судейской (судебной) деятельностью*. Отсюда и берут свое начало теории выбора судьями различной аргументации – некоторые из них концентрируются на политическом аспекте (и пытаются рассматривать предпочтение одного обоснования решения другому в рамках исключительно политических координат), некоторые – на судебной специфике.

В иерархической системе судов США существует негласное разграничение функций между ними: те, что находятся на нижнем уровне, применяют правила судейского выбора⁷⁰, сформулированные судами более высоких уровней, судами, занимающимися созданием таких правил⁷¹. Последние содержат в себе следующие разъяснения:

- 1) какие факты учитывать в процессе вынесения решения;
- 2) к какому результату ведет учет каждого из этих фактов какая сторона судебного разбирательства в том или ином случае победит, а какая проиграет.

Существует *Оценочная модель Сигала и Спэса*⁷², утверждающая, что федеральные судьи в Штатах могут беспрепятственно творить политику: в большинстве случаев они абсолютно свободны голосовать так, как будет уместнее в соответствии с их политическими целями. Джеффри Т. Лакс с этим спорит⁷³, говоря о том, что свобода в принятии тех или иных судебных решений сама по себе не является достаточным условием для проведения созданной ими политики в жизнь – для достижения этого результата нужно как минимум, чтобы нижестоящие звенья судебной системы «подхватили» созданные ими правила и стали применять их добровольно⁷⁴. Он соглашается с Джеффри А. Сигалом и Гарольдом Дж. Спэсом в том, что судьи Верховного суда США действительно свободны от каких бы то ни было соображений вышестоящих инстанций⁷⁵, от электоральной и политической подотчетности⁷⁶, от переживаний, свя-

⁶⁸ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998 (по изданию 1916 г.). С. 98.

⁶⁹ Михайлов А. Возможна ли кодификация прецедентного права? URL: <http://blog.pravo.ru/blog/theory/5633.html> (дата обращения: 07.02.2015).

⁷⁰ Что это за правила, станет яснее чуть позже.

⁷¹ Lax J. R. The New Judicial Politics of Legal Doctrine // The Annual Review of Political Science. Vol. 14. 2011. P. 131.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid. P. 132.

⁷⁴ Проще говоря, форма и содержание таких правил должны достигнуть такого уровня мастерства и убедительности, чтобы другие суды сами захотели их применять.

⁷⁵ Хотя бы потому, что выше некуда.

⁷⁶ Судьи не избираются на свои посты населением, следовательно, не несут никакой ответственности перед избирателями – не обязаны проводить чьи-либо интересы в жизнь. Отсутствие политической подотчетности выражается в независимости этой ветви власти от двух других.

занных с тем, что вышестоящий суд в порядке апелляции по этому же делу вынесет другое решение. Но даже если голосует коллегиальный состав судей в высшей степени свободно, сути это не меняет – «финальное голосование это еще не конец игры»⁷⁷, нужно посмотреть, как это правило воспримут нижестоящие суды, что требует временных затрат в процессе проведения специальных исследований. Выражают они эти правила в своих «мнениях», которые служат двум основным задачам: 1) обоснованию итоговой позиции по делу правовыми аргументами; 2) приданию праву формы (они разрешают и формализуют применение правовых правил другими субъектами).

Ситуация с наличием альтернативных правил судейского выбора наталкивает на определенные вопросы. Ведь если правило, сформулированное Верховным судом, обладает меньшим содержательным авторитетом, чем сформулированное каким-то другим, значит и сам Верховный суд, обеспокоенный своим положением в глазах общественности, может «перенять» чужое правило взамен собственного или позаимствовать из него определенные элементы. Отсюда выходит, что применение таких правил (доктрин) на нижних слоях иерархии судов влияет на сам процесс их создания и формулирования в верхних. Вопрос только в том как.

Более детальное изучение неправовых факторов, влияющих на правоприменение, в сравнительно-правовом аспекте стало возможным благодаря ряду работ американских исследователей. Следует обратить внимание в первую очередь на политические соображения (а потому обратиться к ряду положений политологии⁷⁸, пытаясь адаптировать их к праву), нравственные, социальные и проч. Профессор Колумбийского Университета Джеффри Р. Лакс утверждает, что все эти неправовые влияния вполне возможно отследить и рационализировать⁷⁹. Он исследует влияние всех этих факторов на судейский выбор между так называемыми доктринами⁸⁰, которых выделяет два вида – более определенные «ясно очерченные» правила (*bright-linerules*)⁸¹ и более гибкие доктрины – *стандарты* (*standards*)⁸². Оба вида доктрин разрешается и даже поощряется использовать в качестве аргументации судебного решения. Но чем судьи руководствуются, делая выбор между ними? Если удастся выявить факторы, влияющие на эту ситуацию, и хоть немного их рационализировать, значит, удастся сделать это и в более широких масштабах – масштабах судебной политики.

⁷⁷ Lax J. R. The New Judicial Politics of Legal Doctrine // The Annual Review of Political Science. Vol. 14. 2011. P. 132. Концом оно является только для конкретного истца и ответчика, а не для глобальных устремлений проведения судебной политики.

⁷⁸ Одним из основных подходов, используемых в рамках этой работы, будет «политико-доктринальный». Он является логическим продолжением дискуссии о том, что такое право – нечто фундаментальное для политики, ее основа, или же ширма для ее прикрытия (и права – самого предмета дискуссии – как такового вообще не существует). Для того чтобы определить, какой из этих факторов более всего сказывается на правоприменении – политика или доктрина (т. е. непосредственно право в смысле каких-либо правил), акцент предлагается сделать именно на них, немного абстрагируясь от иных неправовых характеристик (нравственных, моральных, этических и пр. в чистом виде). См. подр.: Lax J. R. The New Judicial Politics of Legal Doctrine // The Annual Review of Political Science. Vol. 14. 2011. P. 131–157.

⁷⁹ См. подр.: Lax J. R. Political Constraints on Legal Doctrine: How Hierarchy Shapes the Law // Journal of Politics. Vol. 74. Issue 3. 2012.

⁸⁰ Под доктриной понимается некоторое правило, «правовой инструмент, состоящий из принятых законодателем положений и разработанных судами норм общего права» (Ларо Д. Опыт США: доктрины экономической сущности и деловой цели // Налоговед. № 1. 2010. С. 64).

⁸¹ Т. е. строго определенные доктрины. Примером могут послужить правила, установившиеся в результате рассмотрения следующих дел: «Miranda v. Arizona» (1966), «Berghuis v. Thompkins» (2010), «Davis v. United States» (1994).

⁸² Т. е. более подвижные доктрины. Основная разница между ними и *brightlinerules* состоит в том, что «в “standards” инкорпорировано то фактическое обстоятельство, которое носит качественно другой характер – ему недостает полной ясности или конкретности, в отличие от тех обстоятельств, которые можно предсказать с высокой степенью точности, конкретности и ясности» (см. подр.: Lax J. R. Political Constraints on Legal Doctrine: How Hierarchy Shapes the Law // Journal of Politics. Vol. 74. Issue 3. 2012). Например, существует стандарт уровня зрелости и ясно очерченное правило, устанавливающее необходимость учета календарного возраста для незамужних женщин в возрасте до 18 лет, планирующих сделать аборт без согласия родителей. Указанный стандарт более мягкий, и его можно применить в тех же случаях, что и названное выше ясно очерченное правило (в котором заключается более строгий правовой режим для девушек, делающих аборт), все зависит от того, какого результата судья планирует достичь, какую аргументацию привлечь.

Джеффри Т. Лакс приводит две основные модели измерения судебной политики, от которых все иные презюмирует производными – «case space model» и «political space model»⁸³. «Political space» является более примитивной формой иллюстрации судейского правосознания, не учитывающей многих особенностей последнего и не привносящей ничего качественно нового в изучение ментальных предпосылок право-применения. Однако она заслуживает внимания, так как ее постулаты легли в основание другой модели – «case space». Для удобства восприятия каждую из них предлагается отразить на одном рисунке (рис. 1).

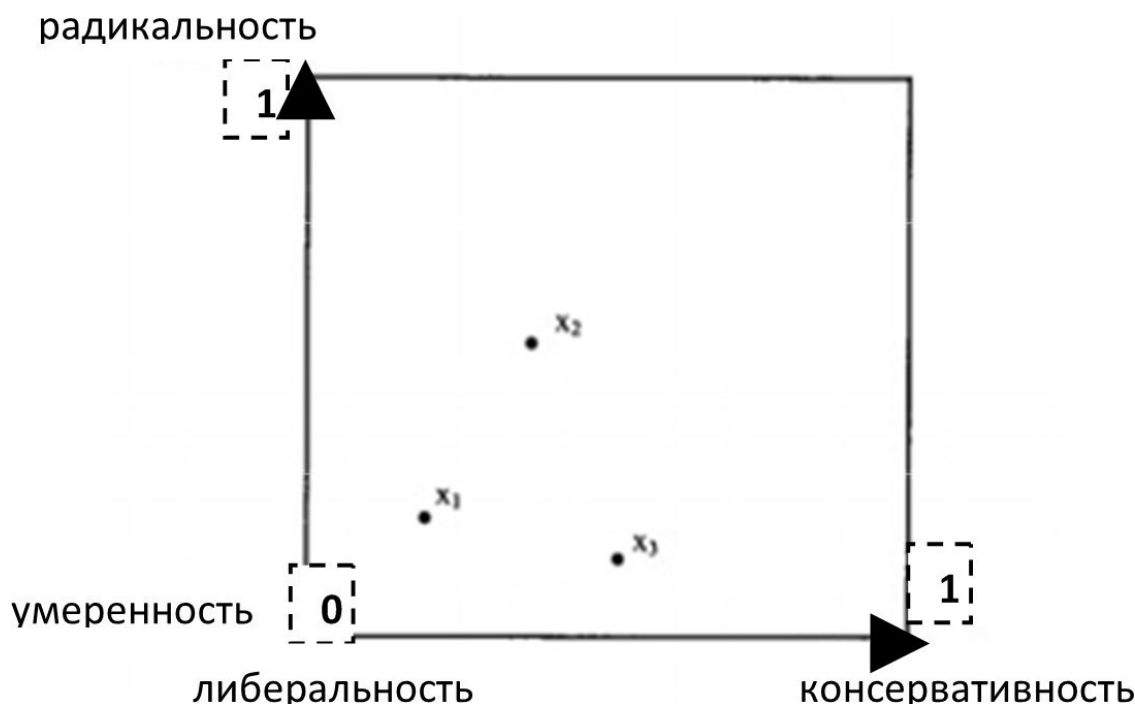


Рис. 1. Сравнение политических идеалов и судебных решений как инструментов для исследования судебной политики⁸⁴

Итак, вот в чем состоит суть этих моделей. Если представить модель «political space» в декартовой системе координат (см. рис. 1), то она будет иметь на каждой оси определенные политические аспекты. Значения, отмеренные по осям, будут варьироваться от 0 до 1. Это сделано для того, чтобы избежать необходимости измерять в численном выражении все то, что оказало влияние на принятие того или иного решения: например, как измерить либеральность в любой другой системе счисления, кроме двоичной? Каждый судья (разумеется, абстрактно) ставит точку в этом очерченном пространстве, и эта точка суть его политический идеал (для судьи А – x_1 , судьи В – x_2 , судьи С – x_3). Именно в соответствии с ним и принимаются те или иные решения⁸⁵. Дело не обязательно в политике в традиционном смысле, дело в идеологиях и даже тех доктринах, в унисон с которыми судья рассуждает, с теми, которые затем использует на практике. Эта модель может быть также представлена и в одномерном пространстве, тогда x_1 (политический идеал) будет находиться между, скажем, либеральностью и консервативно-

⁸³ Легко догадаться, что «political space model» делает акцент на политике, рассматривает правоприменение в «политическом пространстве», а «case space model» – на судебной специфике.

⁸⁴ График составлен автором самостоятельно, а отложенные значения приведены в качестве примера.

⁸⁵ Судья пожилого возраста, консервативен и бесповоротен в своих взглядах и суждениях – вероятность, что он проявит понимание, допустим, к реакционным выходкам современных неформальных течений, совершенным во имя идеи (что при определенных условиях стало бы проявлением либерализма), минимальна.

стью, а эти критерии, в свою очередь, уже будут тяготеть к Y (yes) / N (no)⁸⁶ при принятии того или иного решения. Но нет смысла сужать масштаб пространства до одномерного – очевидно, что даже рассмотрение объекта в двумерном дает совсем немного сведений. Например, по *x* отложена «либеральность – консервативность⁸⁷», а по *y* – «умеренность – радикальность». Предполагается, что идеал судьи (x_1) будет, к примеру, тяготеть к либерализму и умеренности. Помимо этих критериев нам выяснить ничего и не удастся – чтобы достичь этой цели, придется вводить все новые и новые оси и бесконечно увеличивать количество измерений (трехмерное, четырехмерное и т. д.), и итогом станет только чрезмерное усложнение механизма оценивания предпочтений судьи во время правоприменения при переносе основных этапов его протекания на бумагу⁸⁸. Именно потому наиболее адекватно и интересно отражающей воздействие неправовых влияний на правоприменение является другая модель – «case space»⁸⁹.

Она отличается от «political space», хотя и имеет с ней много общего. Здесь, в частности, на осях отражаются показатели, которые к политике уже не сводятся. Здесь за x_1 , x_2 , x_3 (см. рис. 1) и проч. принимаются уже существующие судебные дела⁹⁰, и те факты и обстоятельства, имевшие место в них, выборочно учитываются судьей на этой системе координат по интересующим исследователя критериям. Р. Лакс пишет, что мы можем разумно объяснить предпочтение одной доктрины другой⁹¹, делая это в рамках так называемого «доктринального инструментализма» – небезынтересного течения, предметом которого охватывается все судебское правотворчество-правоприменение: оно как бы сглаживает противоречия между утверждающими, что существует чистое, не подвергающееся никаким влияниям право (стратегисты [strategists]), и теми, кто уверен, что любое правоприменение преследует политические цели⁹² (аттитюдиналисты [attitudinalists]). В рамках «доктринального инструментализма» утверждается, что результатом правоприменения всегда будет какое-либо влияние на политику (само пространство «case space» суть судебская политика), и что достигаться оно будет «правовыми» инструментами, «доктринальными»⁹³.

Существует четыре ключевых момента⁹⁴, на которых исследователям следует сосредоточить свое внимание, конструируя модели определения судебной политики.

Прежде всего, модели должны учитывать *структуру судебской власти* – взаимозависимости и связи внутри нее. Анализ этой структуры имплицитно учитывается в модели «case space». «Case space» делает акцент на значении судебных дел как средств судебной политики⁹⁵.

⁸⁶ Y (yes) – правило (доктрина и пр.) подлежит применению, N (no) – не подлежит.

⁸⁷ Либеральность и консервативность, как факторы, способные повлиять на правоприменение, могут выражаться, например, в субъективной склонности судей признавать за женщинами право на аборт или не признавать (см. решение по делу *Roe v. Wade*), за однополыми партнерами – возможности вступления в брак и воспитания детей или невозможности подобных действий.

⁸⁸ Следовательно, нужно менять не сами критерии, но объекты, оцениваемые с помощью этих критериев. Закономерности судебного правоприменения (как объект) также будут исследоваться при разумной смене предметов отображения в системе координат. Потому и логичнее обратиться к моделям «case-space», где центр исследования – не политические идеалы, а судебные дела, которые как бы имплицитно содержат в себе характеристики по всем этим критериям (т. е. судебная политика как следствие правоприменения, воплощенная в правилах, – «rules and dispositions»).

⁸⁹ Берет свое начало в работах профессора Нью-Йоркского Университета Льюиса Корнхаузера.

⁹⁰ «Со времен римского права правоположение признавалось, если оно подтверждалось несколькими судебными решениями» (Богдановская И. Ю., Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. № 2. 2010. С. 76).

⁹¹ См. подр.: Lax J. R. Political Constraints on Legal Doctrine: How Hierarchy Shapes the Law // *Journal of Politics*. Vol. 74. Issue 3. 2012.

⁹² «Все то, чем занимались юристы, судьи, профессора годами, изучая, практикуя и строя теории, бесполезно... любое исследование права – иллюзия» (см. Friedman B. Taking law seriously // *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 21. 2006. P. 266).

⁹³ Т. е. суть такова: право – инструмент судебной политики, влияющей, в свою очередь, на политику в целом.

⁹⁴ Lax J. R. The New Judicial Politics of Legal Doctrine // *The Annual Review of Political Science*. Vol. 14. 2011. P. 133.

⁹⁵ Ibid. P. 133.

Но, безусловно, построение последней не сводится к правилам поведения, зафиксированным в различных судебных делах. Когда апелляционные инстанции проводят судебную политику в жизнь, они стараются сделать это в своих мнениях, которые устанавливают новые или измененные юридические правила для решения текущих и будущих дел⁹⁶. Собственно, само наименование «case space» носит область всех возможных дел, которые могут возникнуть в пространстве между осью x (Dimension 1) и осью y (Dimension 2). Более наглядно это видно на рис. 2.

Dimension 2

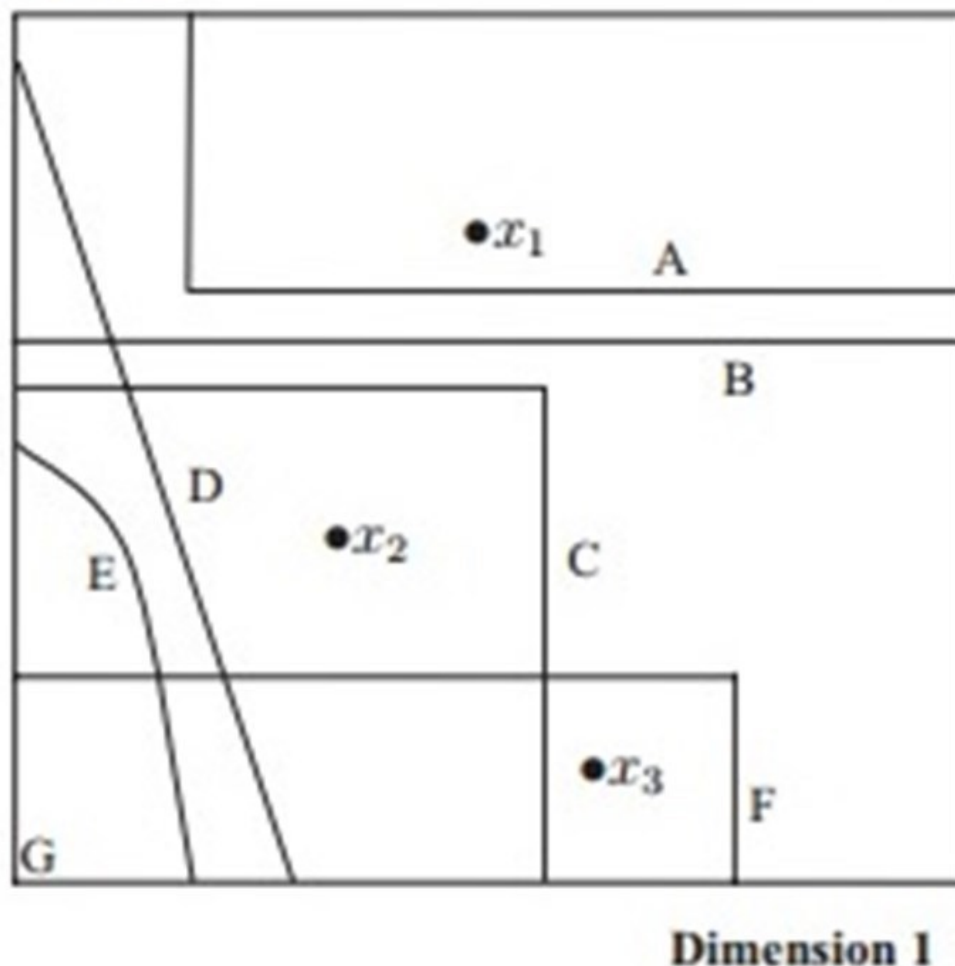


Рис. 2. Модель «case space»⁹⁷

Само правило (A, B, ...) делит пространство «case space» на победителей и проигравших по этим делам. Различными судьями в их судебной практике это разделение на победителей и проигравших проводится по-своему – и это следствие того обстоятельства, что различные судьи предпочитают различные правила. Если же развивается право, если изменяются правила, используемые в процессе рассмотрения дела, значит, будет меняться и само разделение на проигравших и победителей⁹⁸ (чтобы лучше это понять, нужно обратиться к рис. 2). Поведение

⁹⁶ Ibid. P. 131.

⁹⁷ Ibid. P. 133.

⁹⁸ Природа применяемого правила (права) меняется – теперь его содержание охватывает иные аспекты, нежели в начале. Значит, и сама функция, отображающая это правило, наглядно изменится. А если оставить точки (которые суть судебные дела) недвижимыми, а линии (правила) подкорректировать, то совсем не обязательно, что точки все еще будут находиться под этими линиями (подпадать под влияние этих правил).

судьи может отвечать правовым и профессиональным требованиям и в то же время соответствовать политическим соображениям, определяющим мотивы, воздействующие на сознание судей.

Вторым приоритетом при исследовании доктрин и политики (и их взаимовлияния) должно стать эмпирическое исследование *структуры судейского выбора*, т. е. того формализованного в строгом виде правила, которое судья в своей голове сформулировал. Это необходимо для проведения правовой квалификации фактической ситуации, ее оценки на соответствие этому правилу. Для этого подлежат учету собственные предпочтения судей, а также уже сформулированные другими судами правила. Все это подразумевает получение как можно большего количества данных о том, как судьи предпочитают делить «case space».

Третьим приоритетом является теоретическое и эмпирическое исследование *коллегиальности и иерархичности (судов)*. Здесь речь идет о том, что решение, принимаемое судьями коллегиально, не является единственным продуктом рассмотрения дела. Помимо вынесенного вердикта, есть нечто вроде нашего «особенного мнения» – есть судьи, несогласившиеся с мнением большинства⁹⁹ и достаточно убедительно мотивировавшие свое собственное, есть те, кто пришел в итоге к мнению большинства (допустим, обвинить подсудимого в содеянном), но руководствовался совсем иными соображениями. И этот «раскол в коллегиальности» является действительным препятствием в осуществлении правосудия, а также предметом отдельных исследований¹⁰⁰, о которых речь пойдет чуть позже. Иерархичность же подразумевает связи между различными звеньями судебной системы, благодаря существованию которых один суд должен уважать позиции другого по тому или иному вопросу и не имеет права им перечить. Под позициями подразумевается все попури из используемых судьями правил применительно к какому-либо схожему делу с аналогичными обстоятельствами¹⁰¹.

И четвертый приоритет – исследователям следует больше фокусироваться на том, *как судьи используют ту или иную доктрину, чтобы достигнуть политических целей*. Т. е. какими бы ухищрениями вышестоящие суды ни пытались манипулировать нижестоящими, формулируя изысканные аргументы, своими решениями и правилами, по мнению Дж. Т. Лакса, они оперируют в качестве инструментов для достижения политических целей.

Уделяя внимание всем вышеприведенным приоритетам, исследователь может отразить судебные дела в системе координат. И вот как это работает (см. рис. 2).

Это образец модели «case-space» в двухмерном пространстве¹⁰², ограниченном определенными пределами. Каждая точка в этом пространстве представляет собой потенциально зафиксированное дело (взамен политических представлений-идеалов в модели «politicalspace»). По оси y дело x_1 – точка экстремума-максимум и x_3 – точка экстремума-минимум. По оси x x_3 – точка экстремума-максимум и x_2 – точка экстремума-минимум. Также дано 7 озаглавленных правил. Судебное дело решается с результатом ДА¹⁰³, если оно

⁹⁹ «Что представляет собой большинство и кто в него входит? О чем они думают, и почему они стали именно такими, и неужели они никогда не переменятся <...> И может ли один человек быть правым, когда весь мир уверен в своей правоте?» (Брэдбери Р., Марсианские хроники. М.: Правда, 1987. 47 с.) Задаваясь аналогичными вопросами, мы подтверждаем актуальность данного, третьего, приоритета для исследования судейской политики. Мало видеть результат коллективного рассмотрения дела – нужно сосредоточиться на «кухне» его подготовки, на том, как оно формировалось, какие возражения встречало, какими импульсами создавалось. Только так можно пролить свет на ментальные предпосылки судейского правоприменения.

¹⁰⁰ См., напр.: Landa D., Lax J. R. Disagreements on collegial courts: a Case-space approach // University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law. Vol. 10. 2007. P. 305–329.

¹⁰¹ Весь судейский инструментарий, включающий правила, формулы, тесты, облакаемые в форму «ясно очерченных правил» [bright-line rules], стандартов [standards], «тестов баланса» [balancing tests] и проч. (Шлаг П. Эстетики американского права // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. СПб.: Издат. дом СПбГУ, 2011. С. 35).

¹⁰² См. подр.: Lax J. R. The New Judicial Politics of Legal Doctrine // The Annual Review of Political Science. – Vol. 14. 2011. – P. 131–157.

¹⁰³ Y (yes) – правило применяется.

находится в поле или ниже правила, и с результатом НЕТ¹⁰⁴, если находится выше (значение выходит за рамки максимума, установленного правилом) области, охватываемой правилом. Тогда все 7 отображенных правил укажут на то, что по делу x_1 будет принято решение НЕТ. По делу x_2 будет принято решение ДА при использовании правил А, В, F. Правилом G проводится основание, границы судебных дел. Правила А, В, С, F устанавливают ограничения по каждой оси. Правила D и E соединяют обе оси. Правила С и F – связывающие звенья для достижения результата ДА; судебное дело должно лежать в тех границах, которые установлены по осям x , y . Если результат ДА – результат, соответствующий наиболее консервативным взглядам, то правило А – самое консервативное и правило G – менее консервативное среди всех иных. Но не для всех правил от В до F эта закономерность применима напрямую (например, мы можем сказать, что правило D более консервативно, чем правило E). Мало просто отразить эти дела в системе координат – для достижения практических целей нужно выявить некоторые закономерности, понять, как в подобных ситуациях судебная система функционирует. Это можно сделать графически: достаточно соединить точки в хронологической последовательности (в том порядке, в котором дела возникали и рассматривались). Полученная функция будет монотонной¹⁰⁵ в случае, если судья неуклонно мыслит в одном и том же направлении при разрешении сходных дел на протяжении сколько-нибудь длительного отрезка времени.

Подводя итоги рассмотрению внеюридических факторов, влияющих на правоприменение, следует выделить следующие основополагающие моменты. Воздействие этих факторов на судебское мышление и последующее вынесение конкретного решения проявляется, в частности, в квалификации фактов дела как отвечающих признакам того или иного правила, доктрины. Более того, все указанные влияния и воздействия факторов можно в определенной степени рационализировать с помощью моделей «case space» и «political space», отразив их на координатной плоскости, формализовав процесс квалификации, представив его в качестве функции, которая может быть монотонной или нет, возражать или убывать, и т. д. Характеристика этой функции способна отразить правоприменительные закономерности в той или иной сфере, отразить фактическое применение нормативной базы, а также все иные воздействия на этот процесс. Кроме того, она способна указать на неоднозначность и противоречивость процесса применения права, исходя из строго формализованных заключений, являющихся последствием привлечения инструментария точных наук. Для борьбы с отсутствием единообразия в судебной практике данные неправовые факторы должны исследоваться более подробно и детально, что предопределяет решение многих проблем, стоящих перед отечественной правовой системой (в частности, продвижение в решении вопроса о том, как на самом деле судьи принимают решения). Использование моделей «case space» и «political space» в России становится особенно актуальным в условиях размещения в открытом доступе огромного массива судебных постановлений по конкретным делам (Банк решений арбитражных судов, ГАС «Правосудие»). Более того, одно из основных направлений дальнейшего исследования указанной тематики должно коснуться прикладного конструирования моделей правоприменительных закономерностей с учетом особенностей российской правовой системы.

¹⁰⁴ N (no) – правило не подлежит применению.

¹⁰⁵ Landa D., Lax J. R. Disagreements on collegial courts: a Case-space approach // University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law. Vol. 10. 2007. P. 310–311.

1.6. Законодательная инфляция как юридическое препятствие и судебный активизм как способ ее преодоления (на примере налоговых споров) (А. В. Демин)

Законодательную инфляцию можно определить как непрерывную интенсификацию законодательской деятельности, которая включает два взаимосвязанных направления: во-первых, устойчивое *наращивание* нормативных массивов (т. е. принятие новых правовых норм, нормативных правовых актов) и, во-вторых, перманентную *новеллизацию*, т. е. регулярные правки действующего законодательства. Термин «инфляция» в данном случае заимствован из физических и экономических научных дисциплин и дословно означает «разбухание», «распухание», «резкое (подчас скачкообразное) разрастание чего-либо».

Законодательная инфляция – характерная примета времени. Объективной предпосылкой этого явления выступают радикальное усложнение, перманентное развитие, нестабильность и непредсказуемость современных общественных отношений, а также появление новых и масштабные трансформации уже сложившихся объектов правовой регламентации (это прежде всего связано с продуцированием новых идей и технологий). В условиях кризиса, который переживает российская экономика и общественно-политическая жизнь, эти тенденции многократно усиливаются. Такое состояние объекта правового регулирования детерминирует, с одной стороны, рост объема законодательства (законов и подзаконных актов), а с другой стороны – привычные законодательные механизмы не успевают за ускоряющимися изменениями социальной среды, поскольку возможности законодателя предвидеть и смоделировать «перспективную реальность» существенно ограничены. В конечном итоге *зоны неопределенности* в праве постоянно расширяются, а наши попытки справиться с ними посредством одних лишь законодательских решений напоминают латание дыр, но не решение проблемы.

Вполне очевидно рассматривать законодательную инфляцию в качестве препятствия в праве. Прежде всего она подрывает такой важный конституционный принцип, как стабильность действующего правопорядка. Непрерывная и не всегда обоснованная активизация законодательства приводит к усложнению всей системы правового регулирования, что негативно сказывается на восприятии смысла и содержания новых и изменившихся правовых норм их адресатами. Последним становится все труднее соотносить свое поведение с неустойчивой практикой законодателя. Даже специалистам с юридическим образованием весьма непросто отслеживать и переосмысливать постоянные изменения в нормативных актах. Как следствие, реализация субъективных прав и обязанностей граждан оказывается под угрозой, нарастает правовой нигилизм, девальвируется законодательный процесс, который в глазах окружающих принимает зачастую карикатурное выражение (вспомним приклеившееся к Государственной думе язвительное прозвище «взбесившийся принтер»).

В контексте рассматриваемой проблематики возникает закономерный вопрос: не слишком ли многого мы требуем от законодателя, не слишком ли большие надежды на него возлагаем? Требование урегулировать «всё и вся» объективно невыполнимо. Абсолютно определенное, беспробельное и непротиворечивое законодательство – недостижимый идеал, а не повестка дня. Возможности законодателя спрогнозировать долговременное развитие объекта регулирования и охватить его точной нормативной моделью отнюдь не безграничны. Давление на законодателя порождает законодательскую инфляцию, при этом зоны неопределенности не исчезают, но, напротив, умножаются, а на месте одного устраненного пробела немедленно воз-

никают два новых. Попытки снизить неопределенность в праве лишь экстенсивным наращиванием и детализацией нормативных массивов успеха не приносят, поскольку законодательные новеллы не успевают за ускоряющимися трансформациями в объекте правового регулирования и не способны исчерпывающе охватить все нюансы конкретных правоотношений.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.