



ПЕРИОДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ
О ГРАЖДАНСКИХ ПРАВАХ

ГРАЖДАНИН ПРАВО

Индекс 79800

- ✓ Некоторые вопросы прав граждан при расселении пятиэтажных домов
- ✓ Правовое значение волеизъявления суррогатной матери в решении вопроса о судьбе ребенка
- ✓ Финансовое обеспечение на рынке туристических услуг

6' 2017

ЖУРНАЛ О ГРАЖДАНСКИХ ПРАВАХ
**ГРАЖДАНИН
ПРАВО**

Издатель:
ООО «НОВАЯ ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА»

Издается с июля 2000 года
№ 6 (173) * июнь * 2017

Учредитель: ООО «НОВАЯ ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА»
Издание подготовлено
при участии членов общественного объединения
«Граждане за законность»

Свидетельство о регистрации
ПИ № 77-1326 от 10 декабря 1999 г.



Журнал удостоен знака отличия
«Золотой фонд прессы»

В НОМЕРЕ

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

М.В. Пресняков

Конституция как источник права особого рода . . . 3

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВ СОБСТВЕННОСТИ

Е.М. Юдина

Некоторые вопросы прав граждан
при расселении пятиэтажных домов 17

АНТИКОРРУПЦИОННЫЙ ПРАВОПОРЯДОК

Д.Е. Зайков

Расторжение трудового договора в связи
с нарушением работником требований
антикоррупционного законодательства 29

ТРУДОВЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ

В.И. Власов, О.М. Крапивин

Предоставление гарантий и компенсаций
работникам, занятым на рабочих местах
с вредными и (или) опасными условиями труда . . 41

ЗАЩИТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Н.Ю. Сергеева

Правовое значение волеизъявления
суррогатной матери в решении
вопроса о судьбе ребенка 54

ЗАЩИТА ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ

С.П. Гришаев

Финансовое обеспечение
на рынке туристических услуг 60

Генеральный директор
ООО «НОВАЯ
ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА»

КАРПОВИЧ
Владимир
Дмитриевич

Главный редактор
ПОПОВ
Алексей
Александрович

Редакционный совет
В. ГРЕБЕННИКОВ
О. ДУБОВИК
В. КАРПОВИЧ
Н. КЛЁН
П. ЛАХНО
С. МОГИЛЕВСКИЙ
Г. ИВЛИЕВ
Б. ТАНГИЕВ

СУДЕБНО-АРБИТРАЖНАЯ ПРАКТИКА

Е.М. Бутаева

Анализ административной и судебной
практики налоговых органов
по вопросу «налогообложения» работодателей
в части затрат на охрану труда 71

С.Ю. Вандраков

Заранее определенные убытки: понятие и функции 81

ПЕНСИОННОЕ И СОЦИАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ

А.В. Ефремов

Об актуальных проблемах, возникающих
при перерасчете военных пенсий, в том числе
пенсий по случаю потери кормильца 86

ВНИМАНИЕ!

Информацию о журнале «Гражданин и право»
Вы найдете на нашем сайте: <http://www.grajdaninipravo.ru>
e-mail: gip-npk@mail.ru

*Присланные в редакцию материалы не рецензируются и не возвращаются.
Редакция ведет рубрику «Отвечаем на вопросы читателей» по наиболее
актуальным и злободневным темам, не вступая в переписку с читателями.
Точка зрения авторов публикаций не всегда совпадает
с точкой зрения редакции.*

*При использовании опубликованных материалов журнала
«Гражданин и право» ссылка на него обязательна.*

Редакционная коллегия
В.КАРПОВИЧ
А.ПОПОВ
И.ШВАРЦЕР
Б.ТАНГИЕВ

*Полное или частичное воспроизведение, в том числе электронными СМИ,
а также размножение каким-либо способом материалов, опубликованных
в настоящем издании, допускаются только с письменного разрешения
редакции журнала.*

Компьютерная верстка
А.КРАСНОВСКАЯ
Е.КАМЕННАЯ
Художественный
редактор
Е.ГРИБОВ

Адрес редакции: 119602, Москва, Мичуринский пр-т,
Олимпийская деревня, д. 16, оф. 3
ООО «НОВАЯ ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА». Тел./факс 8(495) 437-79-49

Подписано в печать 25.05.2017

Формат 70х108 1/16. Офсетная печать. Тираж 500 экз. Заказ №

Отпечатано в ОАО «Можайский полиграфический комбинат».

143200, г. Можайск, ул. Мира, 93.

Сайт: www.oaompk.ru. Тел.: (495) 745-84-28, (49638) 20-685

Младший редактор
Е.ЛЕБСКИХ
Секретарь редакции
И.КЛОЧКОВА

© «НОВАЯ ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА», 2017

Конституция как источник права особого рода

М.В. Пресняков,

профессор кафедры служебного и трудового права

Поволжского института управления им. П.А. Столыпина (г. Саратов),

доктор юридических наук

Методологические оговорки

Прежде чем приступить к содержательной характеристике Конституции РФ как стержневого и весьма специфического источника права, мы полагаем необходимым сказать несколько слов о некоторых отправных методологических установках, векторе правопонимания, с позиции которого будет производиться дальнейший анализ заявленной темы.

Прежде всего, следует признать, что в самом названии данной главы заложена определенная научная провокация, которую сразу заметят те ученые, кого по-прежнему привлекают строгие формы классического государственного права. Конечно, четкость и ясность позитивистского понимания конституционного права исключительно в виде отраслевого раздела системы российского права могут вызывать определенную ностальгию в научном сообществе. Однако следует все же признать, что конституционное право давно уже не ветвь, а ствол российского права¹. В этом смысле на место самоограничения традиционными рамками теории конституционного права должно прийти стремление сформулировать «конституционную теорию права» (В.И. Крусс).

В том числе это потребует переосмысления классических постулатов относительно некоторых характеристик конституции как основного закона государства. Можно долго сетовать на неопределенность и неправовой характер фактической конституции, однако нельзя отрицать, что данное явление давно уже является частью объективной реальности и его игнорирование ничего не даст науке конституционного права. В известной степени Конституция — это действительно «то, что думают о ней судьи Конституционного Суда».

«Наивно-материалистическое» понимание конституции исключительно как текстуально объективированного источника права вдрызг разбивается самим фактом существования правовых позиций Конституционного Суда и их ролью в системе правового регулирования.

Сейчас в массе своей научная общественность признает прецедентную практику Конституционного Суда в качестве источника конституционного права, однако их место в системе источников, ранжированных

¹ См.: Страшун Б.А. К вопросу о понятии конституционного права // Журнал российского права. 2006. № 10.

по своей юридической силе, во многом остается terra incognita. Обычно правовым позициям Конституционного Суда просто не находится места в рамках выдвигаемых классификаций форм конституционного права. Как правило, большинство исследователей, исходя из специфики этого вида источников конституционного права, называют правовые позиции Конституционного суда «особняком», т.е. за пределами иерархии нормативно-правовых актов, содержащих нормы конституционного права.

Лишь немногие исследователи отваживаются признать, что в силу общезначимости для всех правоприменителей и принципиальной неопровержимости, в том числе и самим Конституционным Судом, его правовые позиции обладают высшей юридической силой и в определенном смысле стоят наравне с Конституцией в системе российского права (именно по юридической силе, но не по общей значимости).

«Юридическая сила правовых позиций Конституционного Суда хотя и приравнивается к юридической силе самой Конституции, тем не менее она не является по отношению к ней однопорядковой, а тем более адекватной величиной. По отношению к юридической силе конституционных норм она отличается своим производным от них, а следовательно, подчиненным, поднормативным характером»².

Исходя из этого, мы употребили наименование «конституционные источники права» именно во множественном числе. Полагаем, что если хорошенько поискать, то можно обнаружить и иные источники права, обладающие высшей юридической силой, однако, разумеется, не имеющие такого значения в правовой системе, как Конституция РФ.

Нуждается в переосмыслении и не критический подход к тезису о верховенстве Конституции РФ в системе иных источников права. Собственно, само по себе верховенство конституции как основного закона государства никаких сомнений вызывать не может, однако зачастую такое верховенство понимается как имманентная, потенциальная заряженность текста Конституции всей совокупностью отраслевых механизмов правового регулирования. Согласно такому подходу, нередко объявляется, что отраслевое законодательство вытекает из содержания Основного закона и по сути представляет его содержательную конкретизацию.

Между тем если мы обратимся к трудовому, семейному, земельному и иным системам отраслевого законодательства, то со всей очевидностью обнаружим, что они развиваются исходя из собственных детерминант развития, а отнюдь не вытекают из Конституции. Другое дело, что отраслевое законодательство при создании определенных моделей или механизмов правового регулирования всегда сверяется или верифицируется согласно конституционным нормам и принципам. Однако в этом случае имеет смысл говорить не о конкретизации положений конституции в отраслевом законодательстве, а об отраслевой интерпретации конституционных норм.

Весьма популярным и жизнеспособным оказался миф о прямом действии Конституции, понимаемом как непосредственное применение ее норм всеми субъектами правоприменительной деятельности. Следует отметить, что прецеденты прямого применения Конституции РФ судами (в том числе и районного уровня) действительно имели место. Наиболее востребованной в пла-

² Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М., 2011.

не аргументации изложенной позиции является ситуация с правом на альтернативную гражданскую службу, которое прямо предусмотрено Основным законом, но длительное время не могло полноценно использоваться в связи с отсутствием федерального закона «Об альтернативной гражданской службе». В данной ситуации суды были вынуждены применять соответствующую норму Конституции непосредственно, однако, на наш взгляд, это свидетельствует лишь о существовавшем дефекте правового регулирования в данной сфере.

Институционализированное применение конституционно-правовых норм (т.е. не в качестве исключительной меры при наличии правового пробела), на наш взгляд, полномочен осуществлять только Конституционный Суд РФ. Этот тезис, кстати, как представляется, получил и практическое обоснование после того, как Пленум Верховного Суда РФ внес изменения в собственное же постановление «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»³.

Конституция как основной закон

Конституция РФ представляет собой источник права особого рода, значение которого не может быть описано исключительно его юридическими свойствами, поэтому и формат его применения или воздействия на систему общественных отношений в значительной степени отличается от прочих нормативно-правовых актов.

В той связи интересно встречающееся в доктрине конституционного права

разграничение понятий «конституция» и «основной закон». Мы употребляем эти слова как синонимы исключительно в стилистических целях, дабы избежать слишком частых повторов слова «конституция». Однако с методологической точки зрения важно разграничить данные понятия, поскольку их грамматическая синонимичность заканчивается в научном или доктринальном контексте.

Во-первых, основной закон государства может быть выражен не в форме конституции, т.е. не иметь такого наименования. В.В. Маклаков обращает внимание на то, что первые акты, по существу, имели качества основного закона, но не назывались конституциями (Петиция о праве 1628 г., Билль о правах 1689 г. и некоторые другие)⁴. Более того, ряд стран и по сей день не имеют писаной конституции, однако это не означает, что в правовой системе данных государств отсутствует основной закон. Речь идет лишь о различных формах его выражения.

Во-вторых, помимо этого формального разграничения наименований основного закона, следует учитывать и содержательную характеристику, которой должна удовлетворять конституция государства. Как остроумно отмечает К.В. Арановский, в рамках отождествления понятий «конституция» и «основной закон» именно как юридических терминов мы будем вынуждены признать, что «Великобританию нельзя считать конституционным государством, ибо в этой стране нет основного закона. Но это не сообразность: как бы американцы ни настаивали на своем первенстве в конституционном творчестве, родиной конституции была и оста-

³ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

⁴ См.: Конституционный контроль в зарубежных странах: Учеб. пособие / Отв. ред. В.В. Маклаков. 2-е изд., испр. и доп. М., 2010. С. 26.

ется Англия»⁵. Константин Викторович рассматривает основной закон с позиции его содержания, т.е. определенных качественных характеристик вне зависимости от того, как данный документ или документы называются.

Точно так же, «если конституцию считать основным законом, пришлось бы заключить, что и самодержавная Российская Империя была конституционной. Ведь основные законы Россия приняла еще в 30-х годах XIX века. Однако не нужно доказывать, что до 17 октября 1905 г. (или апреля 1906) в России (не считая Финляндии) конституции не было»⁶.

В этой связи нам импонирует идея А.Н. Пугачева не выводить юридические свойства конституции из действующей на данный исторический момент Конституции Российской Федерации, а рассматривать основной закон как нормативно-правовой акт, соответствующий определенным критериальным характеристикам⁷.

Как справедливо заметила Н.А. Богданова, выделение свойств конституции — результат теоретических обобщений, касающихся писанных конституций как определенного типа правового акта. Вместе с тем ее юридические свойства представляют собой не только логические конструкции, но и несут нормативную нагрузку, обозначая характер (методы) и параметры (направление и меру) правового влияния конституции⁸.

Особенности конституции как источника права

Интересно, что в юридической литературе (даже в учебниках по конституционному праву) принято разграничивать особенности конституции как источника права и юридические свойства конституции. Так, например, Е.И. Козлова и О.Е. Кутафин в своем замечательном учебнике выделяют особые черты Конституции Российской Федерации, отличающие ее от всех иных нормативно-правовых актов. К ним относятся: а) особый субъект правотворчества, который учреждает конституцию; б) учредительный характер конституционных положений; в) всеохватывающий характер конституционной регламентации; г) особые юридические свойства конституции⁹.

В свою очередь под юридическими свойствами конституции Екатерина Ивановна предлагает понимать:

- верховенство конституции;
- ее высшую юридическую силу;
- ее значение как ядра правовой системы государства и системы права;
- особую охрану конституции;
- стабильность конституции, которая выражается в особом порядке принятия и пересмотра конституции, внесения в нее поправок.

В этом разграничении характеристик основного закона нет ничего удивительного, так как первая группа «черт» конституции характеризует ее «извне» или «со стороны», как доку-

⁵ См.: Арановский К.В. Государственное право зарубежных стран: Учеб. пособие. М., 2000. С. 110.

⁶ Лазарев В.В. О всеобщих методах историко-политических исследований // Проблемы взаимосвязи теоретического и исторического юридического научного задания: Сб. ст. / Академия МВД Республики Беларусь; Под ред. В.В. Лазарева, С.В. Липеня. Минск, 2012. С. 183.

⁷ См.: Пугачев А.Н. Юридические свойства конституции: понятие, виды, характеристика // Конституционное, административное, международное право. 2013. № 5.

⁸ См.: Богданова Н.А. Надконституционность и наднормативность в системе характеристик конституции // Конституция как символ эпохи: В 2 т. Под ред. проф. С.А. Авакьяна. М., 2004. Т. 1. С. 24.

⁹ См.: Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2004.

мент не только и не столько юридический, тогда как вторая группа «свойств» касается именно юридических параметров конституции как формально-юридического источника права. «Юридические свойства составляют формальную основу социально-политической сущности конституции, раскрывают природу конституции как основного закона общества и государства»¹⁰. Последняя «внутриправовая» характеристика конституции, исходя из целей данной работы, является для нас особенно интересной.

В принципе, перечень юридических свойств конституции, очерченный Е.И. Козловой, охватывает наиболее важные ее характеристики как источника права в юридическом смысле, однако отдельными авторами предпринимаются попытки расширить его или дополнить. Так, например, весьма важным представляется выделение такого «юридического свойства» конституции, как высокая степень нормативного обобщения¹¹. Известный ученый-конституционалист Н.А. Богданова выделяет такие интересные юридические свойства конституции, как надконституционность и наднормативность¹².

«Наднормативность» конституции при этом связывается с местом и предназначением конституции в системе национального права. «Такое качество конституции связано прежде всего с ее идеологической функцией»¹³. «Надконституционность» выступает сугубо юридическим свойством основного закона, позволяющим различать консти-

туционные нормы по их юридической силе и степени устойчивости.

«Надконституционные источники права»

«Надконституционность» ряда конституционных правоположений, по мнению Натальи Александровны, вытекает из особой жесткости таких норм, которые нельзя изменить никак иначе, как только в порядке полного пересмотра Конституции РФ. Пересмотр же конституции фактически предполагает упразднение действующей конституции и принятие нового основного закона.

Нужно сказать, что не все ученые согласны с определением «неприкасаемых» положений конституции (это имеет распространение и в ряде зарубежных конституций) в качестве «надконституционных». Так, например, известный французский ученый М. Фромон указывает, что «конституционные нормы не могут создавать правила, которые были бы выше их самих»¹⁴.

Б.Р. Сергазинов, критикуя идею «надконституционности» указанных положений, пишет: «Во-первых, данные нормы присутствуют в самой конституции и по этой причине не могут быть “над ней”. Во-вторых, они учреждены посредством принятия конституции, т.е. включены в конституционно-правовое пространство. В-третьих, они введены в конституционно-правовое пространство волею единственного субъекта учредительной власти, единственного источника государственной власти — народа, в силу чего могут

¹⁰ Конева Н.С., Окулич И.П. Влияние тенденций развития российского конституционализма на содержание юридических свойств Конституции // Известия высших учебных заведений. Уральский регион. 2010. № 3. С. 3–8.

¹¹ См.: Астафьев П.А. Проблемы правового регулирования организации государственной власти в субъектах Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2003. № 6.

¹² См.: Богданова Н.А. Указ. изд. С. 44.

¹³ Там же.

¹⁴ Фромон М. Пересмотр конституции и конституционные правила, неприкасаемые в немецком праве // Государство и право: Реферативный журнал. Серия «Социальные и гуманитарные науки». Отечественная и зарубежная литература. Серия 4. М., 2008. № 2. С. 40–41.

быть изменены посредством референдума»¹⁵.

Интересно, что данная проблема получила определенные практические следствия. В определении от 17 июля 2014 г. № 1567-О¹⁶ Конституционным Судом РФ был сделан вывод, что он не вправе проверять Законы о поправках к Конституции РФ по содержанию норм, поскольку такая проверка представляет собой фактически верификацию положений самой Конституции, что не может входить в компетенцию Конституционного Суда. Вместе с тем Суд указал на неоднородность положений Конституции, в связи с чем закон Российской Федерации о поправке к Конституции РФ в части, вносящей изменения в главы 3-8 Конституции РФ, не может противоречить положениям ее глав 1, 2 и 9 как по содержанию, так и по порядку принятия. Исходя из этого, Конституционный Суд сделал вывод, что не исключается внесение как в Конституцию РФ, так и в Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»¹⁷ изменений, касающихся возможности проверки закона о поправке к Конституции с точки зрения соответствия положениям глав 1, 2 и 9 до его вступления в силу, т.е. до того момента, с которого внесенные им поправки становятся неотъемлемой составной частью Основного закона.

Таким образом Конституционный Суд РФ фактически сделал вывод о существовании некой «внутриконституционной» иерархии правовых норм. Однако в чем правы критики идеи «надконституционности» отдельных «неприкасаемых» положений Конститу-

ции, так это в том, что данная иерархия с легкостью может быть «развернута в обратную сторону» и тогда уже нормы, содержащиеся в главах 3–8, будут характеризоваться как «подконституционные».

На наш взгляд, ценность наблюдения Н.А. Богдановой заключается в том, что оно позволяет выделить специфическое юридическое свойство конституции, в целом не присущее иным нормативно-правовым актам, — ее неоднородность по юридической силе. Обычно юридическая сила той или иной нормы права производна от вида нормативно-правового акта. Здесь же единый нормативный документ вводит систему норм, обладающих различной юридической силой.

Кстати, утверждение о «надконституционности» конституционных положений имеет право на существование, но если вести речь не о ее юридических свойствах как текстуального источника права, а о понятии фактической конституции, разграничении «духа» основного закона и его буквы. С этих позиций можно сказать, что действительный смысл конституционно-правовых норм обладает «надконституционным» содержанием.

В этом, и только в этом, смысле можно рассматривать в качестве надконституционных явлений, например, положения правовой доктрины или основополагающие принципы права. Как отмечает И.А. Алебастрова, признание надконституционной юридической силы за неписаными конституционными принципами традиционно характерно для доктрины и судебной практики США. «Конституция данной страны содержит преимущественно оперативные

¹⁵ Сергазинов Б.Р. Проблемы предмета конституции и применения конституционных норм // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 9. С. 9–14.

¹⁶ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. № 30 (ч. 2). Ст. 4397.

¹⁷ См.: Российская газета. 1994. 23 июля.

нормы. При этом суды, осуществляя конституционный контроль, нередко обращаются не только к ним, но и к неписанным принципам, за которыми таким образом признается юридическая сила»¹⁸. При этом И.А. Алебастрова прямо оговаривает, что такое понимание правовых принципов применительно к российской системе права возможно исключительно в рамках их интерпретации как материального, но не формально-юридического источника права¹⁹.

Между тем можно отметить определенную специфику конституционных источников права, которая, в частности, выражается в сущностной «нераздельности» материальных и формальных или юридических источников права (исключая, конечно, экономические предпосылки). Так, конституционная доктрина и правовые принципы как составная часть этой доктрины, являясь материальным источником права, тем не менее могут рассматриваться и в качестве юридического, хотя и неформализованного источника права. В этом легко убедиться на основе даже беглого анализа правовых позиций Конституционного Суда РФ, который весьма активно использует правовые принципы и конституционную доктрину в качестве непосредственного инструментария толкования конституционно-правовых норм.

Так, уральский ученый-конституционалист С.А. Денисов пишет: «При исследовании реального государственного права мы сталкиваемся с правовыми доктринами, содержащими принципы реально действующего государственного права, определяющими характер всей

системы права и имеющими надконституционный и надзаконный характер»²⁰. Если отвлечься от несколько эпатажного стиля изложения, то необходимо признать, что С.А. Денисов прав, отмечая способность правовой доктрины выступать в качестве «реального государственного права». Вместе с тем мы не можем в полной мере принять конституционный релятивизм, который вообще характерен для представителей социологической теории права.

Доктрина конституционного права отличается от конституционной доктрины права тем, что последняя прямо основана на конституционно-правовых положениях и в этом смысле «подконституционна». Как представляется, именно конституционная доктрина, а не доктрина конституционного права должна рассматриваться в качестве неформализованного источника конституционного права.

В известной степени дискуссия о «над-» или «подконституционном» характере правовой доктрины напоминает «детский» спор о том, что раньше появилось — курица или яйцо. Выше мы уже писали об этом свойстве правовой доктрины «закольцовывать», замыкать на себя наличную систему источников права. Это в целом характерно и для конституционной доктрины. Очевидно, что определенные доктринальные положения лежат не только в основе понимания смысла конституционно-правовых норм, но и в основе самой Конституции в ее текстуальном выражении (например, доктрина разделения властей или доктрина федерализма). Однако также безусловно, что действующая Конституция сама по себе яв-

¹⁸ Алебастрова И.А. Конституционные принципы: проблемы юридической природы и эффективности реализации // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 7.

¹⁹ См. там же.

²⁰ Денисов С.А. Источники реального государственного права // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 4. С. 2–9.