ISSN 2307 – 5198

ДОНИШГОҲИ МИЛЛИИ ТОҶИКИСТОН
ТАДЖИКСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ФАКУЛТЕТИ ҲУҚУҚШИНОСӢ
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ҲАЁТИ ҲУҚУҚӢ

ПРАВОВАЯ ЖИЗНЬ

№ 2 (10)
2015

ДУШАНБЕ

Научно – информационный журнал **«Правовая жизнь»** (Ҳаёти ҳуқуқӣ) зарегистрирован в Министерстве культуры Республики Таджикистан (свидетельство № 0177/мч от 16. 01. 2013г.) и Международным центром ISSN (ISSN 2307 – 5198). Журнал аккредитован в Российском индексе научного цитирования (РИНЦ). Апрель – июнь 2015, № 2 (10)

Главный редактор: Ш.К. Гаюров, доктор юридических наук, профессор

Редакционная коллегия: Тахиров Ф. Т., Академик АН РТ, доктор юридических наук, профессор, Махмудов М. А., Академик АН РТ, доктор юридических наук, профессор, Малько А. В., доктор юридических наук, профессор (РФ), Менглиев Ш. М., доктор юридических наук, профессор, Муртазакулов Дж. С., доктор юридических наук, профессор, Искандаров З. Х., доктор юридических наук, профессор, Сотиволдиев Р. Ш., доктор юридических наук, профессор, Шарипов Т. Ш., доктор юридических наук, профессор, Насурдинов Э. С., доктор юридических наук, доцент, Золотухин А. В., кандидат юридических наук, доцент, Гафуров А. Д., кандидат юридических наук, доцент, Диноршоев А. М., кандидат юридических наук, доцент, Сафаров Б. А., кандидат юридических наук, доцент, Сангинов Д. Ш., кандидат юридических наук, доцент, Раджабов М. Н., зам. главного редактора, кандидат юридических наук, доцент, Курбанов К. Б., ответственный секретарь, кандидат юридических наук, доцент

Учредитель: Таджикский национальный университет (юридический факультет)

Подписной индекс журнала: **77735**

Журнал выходит один раз в три месяца на русском и таджикском языках

Адрес редакции: 734025, Республика Таджикистан, г. Душанбе, проспект Рудаки, 17. Тел., и иные координаты связи: (+992 37) 221 – 77 – 11, 224 – 65 – 03, **www.tnu.tj**, **www. law. tj**, **e – mail: tgnu@mail.tj**

©Таджикский национальный университет, 2015
© Коллектив авторов, 2015

СОДЕРЖАНИЕ: МУНДАРИҶА:

I. Жизнь, общество и государство
I. Ҳаёт, ҷомеа ва давлат

1. Сативалдыев Р.Ш. Основные этапы развития юридической техники ……..5
2. Насурдинов Э. С. Предпосылки становления и перспективы развития правовоспитательной политики в Таджикистане ……21
3. Азизов У. А. «Худуд» как категория наказания в мусульманском праве ……..34
4. Куканов А.З. Конфедерация как форма межгосударственного устройства……42
5. Филиппова А. В. Механизм международно – правового регулирования налогообложения иностранных коммерческих организаций……..47
6. Бабакулова Г. К вопросу о понятии и признаках личных прав и свобод человека и гражданина……..59
7.Абдуджалилов А. Позитивистский и социологический подходы к проблеме правоотношений ……. ……63
8. Саъдизода Ҷаҳонгир, Некрӯзи Файзизода. Эъломияи Куруши Кабир ва Хартияи Бузурги Озодӣ: монандӣ ва тафовут……...74

II. Вопросы развития конституционного права

II. Масъалаҳои инкишофи ҳуқуқи конституционӣ

9. Диноршоев А.М., Хамдамова Ш.М. Место Уполномоченного по правам человека в Республике Таджикистан в системе органов государственной власти ……88
10. Шеров Ш. Конституционно – правовая ответственность – самостоятельный вид юридической ответственности ……93

III. Вопросы уголовного права и криминалистики
III. Масъалаҳои ҳуқуқи ҷиноятӣ ва криминалистика

11. Сафаров А. И., Шарипов Р. И. Некоторые вопросы отличия состава мошенничества от преступлений в сфере экономической деятельности в Республике Таджикистан……98
12. Назаров А. К. Тактика назначения и проведение судебных экспертиз по делам разбоя……...109

IV. Проблемы гражданского права и предпринимательской деятельности
IV. Муаммоҳои ҳуқуқи маданӣ ва фаъолияти соҳибкорӣ

13. Гаюров Ш. К. Соотношение юридической помощи и юридической услуги в гражданском праве……120
14. Курбоналиев Н.Ш. Родство – препятствие заключения брака……128
15.Менглиев Ш.М. Обязательственный статут договора в международном частном праве ……..133
16. Кодиркулов Х.Р. Роль гражданско – правовых договоров в регулировании трудовых отношений с иностранным участием……...143
17. Мирзоев А.М. Теоретические проблемы признания Республикой Таджикистан обычаев делового оборота……..155

V. Правила для авторов……165

Сативалдыев Р.Ш.*

Основные этапы развития юридической техники

Калидвожаҳо: ҳуқуқ, техникаи ҳуқуқӣ, донишҳои ҳуқуқӣ-техникӣ, назария, фаъолияти ҳуқуқӣ

Ключевые слова: право, юридическая техника, юридико-технические знания, доктрина, юридическая деятельность

Key words: right, legal technology, legal-technical knowledge's, doctrine, legal activity

Юридическая техника как система практических юридико-технических навыков и научных знаний сложилась на протяжении многих столетий. Изучение истории юридической техники имеет научно-познавательное и практическое значение, поскольку она вооружает нас идейными истоками о данной сфере научного познания, высвечивает исторический процесс формирования и совершенствования юридико-технических приемов, средств, правил оформления юридических документов на различных этапах исторического развития. «В истории мы черпаем мудрость»[1] - писал Ф. Бэкон. Поэтому в юридической литературе придают значение истории развития юридической техники[2]. При этом история юридической техники предстает двояко: как история развития технико-юридических правил, приемов, средств оформления права; как история развития теоретических размышлений, идей, взглядов о юридико-техническом инструментарии. Е. А. Юртаева также обращая внимание на специфику истории юридической техники отмечает, что объектами исторического исследования юридической техники выступают как юридико-технологические элементы конкретно-исторической действительности, так и понятия, суждения, логические категории[3]. Это обусловлено особенностями самой юридической техники как одновременно научного и прикладного

---

*Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Таджикского национального университета. Тел.: 901000770.

[1] Френсис Бэкон. Сочинения в 2-х т. – Т. 2. – М.: Мысль, 1972. – С. 468.

[2] О значении использования накопленного опыта в сфере юридической техники см.: Кодан С.В. Свод законов Российской Империи. Место и роль в развитии юридической техники и систематизации законодательства в России в XIX - начале XX века // Юридическая техника. – 2007. - № 1. – С. 178 – 191; Он же. М.М. Сперанский и формирование теоретических основ юридической техники систематизации законодательства в России (1820 – 1830-е гг.) // Юридическая техника. – 2012. - № 6. – С. 223 – 233; Он же. Попытки создания Основных законов Российской империи в политике, идеологии и юридической практике Российского государства (XVIII - начало XIX в.) // Право и политика. – 2012. - № 3. – С. 560 – 569 и др.

[3] Юртаева Е.А. Исторический метод в исследовании юридической техники и историческое исследование юридической техники // Доктринальные основы юридической техники / отв. ред. Н.А. Власенко. – М.: ИД «Юриспруденция», 2010. – С. 18.

направления научного знания[4]. Существуют разные мнения о времени возникновения права и юридической техники. Г.И. Муромцев считает, что по логике истории «право и юридическая техника должны возникать одновременно»[5]. Р. Иеринг полагает, что техника права предшествует в истории возникновению юриспруденции. К примеру, римские юристы, бывшие виртуозами в практическом применении юридического метода, не создали зародыша теории этого метода[6]. По мнению Ф.Ф. Зингеля, законодательная политика возникла в XVIII в.[7]. По мнению других авторов, юридическая техника как научное направление возникла в XIX в.[8] Следует отметить, что техника формирования права исторически была неразрывно связана с возникновением права. Оформление права, разумеется, требовало применения определенных технико-юридических правил, которые на начальных этапах были простыми, архаичными, и лишь впоследствии совершенствовались. К примеру, широко распространенные на территории исторического Таджикистана правовые памятники были составлены с применением технико-юридических правил. Так, первый опыт систематизации древнего права, в частности, Авесты был проведен еще в рамках древнейшей зороастрийской правовой системы[9]. Причем Авеста была систематизирована при соблюдении технико-юридических правил. Она, к примеру, содержала особую, в том числе юридическую терминологию, имела четкую структуру, логически последовательное изложение правовых и религиозных норм и институтов, была составлена на основе широкого применения приемов классификации норм и институтов.[10]

---

[4]Кашанина Т.В. Юридическая техника: учебник для вузов. – 2-е изд., пересмотренное. – М.: Норма: ИНФРА. - М., 2013. – С. 25 – 26; Сырых В.М. Предмет и система законодательной техники как прикладной науки и учебной дисциплины // Законодательная техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: сб. ст. в 2-х т. – Т. 1. / под ред. В.М. Баранова. – Н.-Новгород, 2001. – С. 9 – 24; Юридическая техника: курс лекций / под ред. В.М. Баранова, В.А. Толстика. – М., 2012. – С. 20.

[5] Муромцев Г.И. Юридическая техника: Некоторые теоретические аспекты // Правоведение. – 2000. - № 1. – С. 2 – 3.

[6]Иеринг Р. Юридическая техника / сост. А.В. Поляков. – М., 2008. – С. 17.

[7]Зингель Ф.Ф. Право и прогресс // Варшавские университетские известия. – 1913. - № 6. – С. 170 – 171.

[8]Кашанина Т.В. Указ. соч. – С. 45; Калина В.Ф. Юридическая техника: учебник для прикладного бакалавриата. – М.: Изд-во Юрайт, 2014. – С. 25 и др.

[9] О времени и особенностях систематизации Авесты см.: Антология мировой правовой мысли. Античность, восточные цивилизации. – Т. 1. – М., 1999. – С. 63 – 64; Брагинский И.С. Древнеиранская литература // История всемирной литературы. – Т. 1. – М., 1983. – С. 263; Халиков А.Г. Правовая система зороастризма (древнее право): монография. - Душанбе: Маориф ва фарханг, 2005. - С. 31 – 37.

[10] О структурном строении Авесты см.: Тахиров Ф.Т., Халиков А.Г. Гражданско-правовые нормы и институты Авесты и зороастризма // Зороастризм и его значение в развитии цивилизации народов Ближнего и Среднего Востока. – Душанбе, 2003. – С. 153 – 171; Халиков А.Г. Договорное право зороастризма // Вклад таджиков и персоязычных народов в мировую цивилизацию: история и современность. – Душанбе, 2002. – С. 95 – 99; Халиков А.Г. Семейное право зороастризма (древнее право). – Душанбе, 2003 – 115 с.; Шокиров Т.С. Формирование и

Другой исторический памятник - Сасанидский судебник, именуемый «Книгой тысячи судебных решений», был компиляцией судебных казусов и решений[11]. Весь материал Судебника изложен в форме «статей», содержащих правовые казусы и их решения. «Статьи» сгруппированы в тексте по главам. Названия глав отражают основное содержание включенных в главу казусов или статей. Около названия главы проставлено обозначение по абджаду - порядкового номера главы в соответствии с последовательностью глав в полном списке текста Судебника. Текст Судебника характеризуется строгостью, четкостью и логической последовательностью изложения материала, в частности, приемов классификации, четких правил судебной процедуры, комментирования, отсылки к иным источникам, содержит среднеперсидскую правовую лексику и фразеологию, дефинитивные нормы.

Юридическая техника развивалась по восходящей линии в различных регионах мира. Так, в древнекитайском трактате «Гаунь-цзы» (IV в. до н.э.) говорится: «Если править страной, применяя закон, то правителю достаточно устанавливать хорошие и устранять плохие законы, и это все»[12]. В Древнем Китае была обоснована идея о том, что законы составляют неотъемлемый элемент искусства управления государством. Именно людей, обладающий наибольшим опытом и знаниями, Мо-цзы считал «совершеномудрыми»[13]. «Совершенномудрые, - писал Сюнь-цзы, - …создали систему законов»[14]. По словам Сюнь-цзы, «просвещенный правитель делает крутыми свои законы…»[15].

Платон в своем трактате «Законы» писал: «Ведь из всех наук более всего совершенствует человека, ими занимающегося, наука о законах»[16]. По Платону, законодатель обязан придерживаться умеренности, ограничив власть правящих и свободу управляемых, учитывать местные условия, географию местности, климат, почву и т. п.[17] По убеждению Аристотеля «… невозможно, чтобы государство, не имеющее хороших

развитие юридических терминов таджикского языка: автореф. дис. … докт. филол. наук. – Душанбе, 2011. – 46 с.

[11] О трактовках Судебника см.: Диноршоев А.М., Сафаров Б.А. Формирование идей прав человека в Таджикистане: история и современность: монография. – Волгоград, 2014. – С. 45; Насурдинов Э.С., Сафаров Д.С. История государства и права Таджикистана. – Ч. 1. – Душанбе, 2013. – С. 169 – 173; Периханян А.Г. Сасанидский судебник («Книга тысячи судебных решений») / отв. ред. М.А. Дьяконов. – Ереван: Изд-во АН Армянской ССР, 1974.

[12] Гуань-цзы // Древнекитайская философия: собр. текстов в 2-х т. – Т. 2. – М.: Мысль, 1973. – С. 49.

[13] Древнекитайская философия: собр. текстов в 2-х т. – Т. 1. – М.: Мысль, 1972. – С. 58.

[14] Сюнь-цзы. О злой природе человека // Древнекитайская философия: собр. текстов в 2-х т. – Т. 2. – С. 203.

[15] Сюнь-цзы. Пять паразитов // Древнекитайская философия: собр. текстов в 2-х т. – Т. 2. – С. 267.

[16] Платон. О законах // История политических и правовых учений. Древний мир / В.Г. Графский, П.С. Грацианский, В.Д. Зорькин и др.: отв. ред. В.С. Нерсесянц. – М.: Наука, 1985. – С. 246.

[17] Там же.

законов, управлялось наилучшими людьми»[18]. Он подчеркивал, что законы должны быть составлены «прекрасно», ибо «можно повиноваться и плохо составленным законам»[19]. Лучшими законодателями в его представлении были Солон, Ликург, Харонд[20]. Он законосовещательную власть называет «главной властью в государстве»[21].

Римские юристы широко апеллировали такими технико-юридическими приемами и средствами, как юридическая систематизация и классификация (системы институций и дигест), формулирование юридических понятий (цивильная собственность, сервитуты и др.), юридическое обобщение, формулирование определений – дефиниции (брак, узуфрукт и др.), логическое и грамматическое обоснование, толкование, обоснование посредством принципов права и правосудия, аргументаций древних юристов, юридическая аналогия[22]. Римская юриспруденция обладала высокой юридической культурой (обстоятельность и аргументированность правового анализа, четкость формулировок, обширность разработанных проблем общетеоретического и юридико-технического профиля и т. д.)[23]. Римские мыслители высказывали идеи и суждения по различным аспектам юридической техники. Так, по Цицерону, идеологическое значение имеет преамбула закона, поскольку «закону свойственно также и стремление кое в чем убеждать, а не ко-всему принуждать силой и угрозами».[24]

На развитие юридической техники влияют особенности права в различных регионах[25]. К примеру, мусульманское право, обладающее особой техникой оформления, имеет особую структуру норм, которые подразделяются на две группы: юридические предписания Корана и Сунны; нормы, сформулированные мусульманско-правовой доктриной на основе единогласного мнения (иджма), а также умозаключения по аналогии (кияс)[26]. В раках мусульманских правовых школ разрабатываются специальные технико-юридические правила по

---

[18] Аристотель. Политика // Соч. в 4-х т. – Т. 4. – М.: Мысль, 1983. – С. 502.
[19] Там же. – С. 502.
[20] Там же. – С. 509.
[21] Там же. – С. 518.
[22]Перетерский И.С. Дигесты Юстиниана. – М., 1956; Савельев В.А. Юридическая техника римской юриспруденции классического периода // Доктринальные основы юридической техники / отв. ред. Н.А. Власенко. – С. 18 – 29;
[23] Нерсесянц В.С. Политические и правовые учения Древнего Рима // История политических и правовых учений. Древний мир / отв. ред. В.С. Нерсесянц. – с. 310.
[24] Цицерон. О законах // История политических и правовых учений. Древний мир / отв. ред. В.С. Нерсесянц. – С. 287.
[25] Об особенностях структуры римского, мусульманского, индусского права см.: Муромцев Г.И. Указ. соч. –С. 3 -4.
[26]Исламский энциклопедический словарь / А. Али-заде. – М.: Издательский дом «Ансар», 2007. - С. 214; Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики: монография / отв. ред. В.А. Туманов. – М.: Наука, 1986. – С. 65;

формулированию норм мусульманского права в процессе преодоления возникших пробелов при молчании Корана и Сунны. Причем каждый «из мусульманско-правовых толков создал свой набор методов юридической техники, позволяющих вводить в оборот новые нормы в случае молчания основополагающих источников»[27]. По словам Г.М. Керимова, «каждый мазхаб имеет свой судебник. Ханифитские судьи, например, производят судебное разбирательство в основном по сборнику «Хидая» Бурханаддина аль-Маргинани»[28]. Как подчеркивает И. Шахт, «мусульманское право представляет собой замечательный пример «права юристов». Оно было создано и развивалось частными социалистами. Правовая наука, а не государство играет роль законодателя; учебники имеют силу закона»[29]. А право в странах Европы, по мнению Д. Бермана, возникло с появлением профессиональной юридической деятельности и правовой сферы жизни общества.[30]

Указанные проблемы не обошли своим вниманием также персидско-таджикские мыслители. В сочинениях Абунасра аль-Фараби, Абуали ибн Сина, Насируддина Туси, Низам аль-Мулька и др. придается пристальное внимание законодательству как царскому искусству, как особому ремеслу, разработке требований к содержанию нормативных актов царей, визирей и других чиновников, а также к правоприменительной технике.[31]

Юридико-технические проблемы права стали активно разрабатываться в XVII – XVIII вв. Английский философ Френсис Бэкон в своей работе «Новый органон» (1620 г.) среди правил написания законов аксиомой считал точность и краткость юридического языка в целях преодоления неоднозначного понимания законов[32]. Он особо отметил роль инкорпорации как способа составления свода законов – систематизации. Принципы создания и применения (толкования) уголовных законов излагаются в работе Ч. Беккариа «О преступлениях и наказаниях» (1764 г.).[33]

---

[27] Сюкияйнен Л.Р. Указ. соч. – С. 68.

[28] Керимов Г.М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности. – СПб.: Изд-во «ДИЛЯ», 2008 - С. 16.

[29] Schacht J. An introduction to Islamic Law. Ox., 1966. – P. 5.

[30] Берман Д. Европейская традиция права. – М., 1994.

[31] Сативалдыев Р.Ш. История политических и правовых учений: учебник для вузов (на тадж. яз.). – Душанбе: Эр-граф, 2011 – 460 с.; Он же. Политические и правовые идеи «Кабуснамэ»: монография. – Душанбе: Дониш, 1997. – 126 с.; Он же. Политические и правовые идеи «Синдбаднаме»: монография. – Душанбе: Дониш, 1998. – 214 с.; Он же. Политическая и правовая мысль раннесредневекового мусульманского Востока: монография. – Душанбе: Дониш, 1999. – 358 с.

[32] Бэкон Ф. Сочинения в 2-х томах. – 2-е изд., исп. и доп. – М.: Мысль, 1978. – Т. 2.

[33] Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М., 2004.

Языковые и структурированные правила техники законотворчества, приемы формулирования, толкования и применения правовых понятий исследованы в сочинениях И. Бентама[34]. Он разработал правила формулирования правовых понятий, их толкования, а также приемы применения общих принципов права к конкретным жизненным ситуациям. В его сочинениях уделяется внимание правилам составления законов при соблюдении языковых и структурированных правил. Мыслитель уделял немало внимания составлению систематизированных актов, прежде всего, кодексов и свода законов. Причем указанные систематизированные акты должны быть оформлены простым, понятным языком.[35]

Самуил Пуфендорф, предприняв попытку широкой трактовки юридической техники, не ограничивал ее рамками лишь законодательной техники, в частности, распространяя ее на область правоприменения. Он выступал за четкость и ясность законов, рекомендовал обращаться за толкованием закона к законотворческому органу либо иному специальному органу. Мыслитель придавал большое значение разработке проекта закона с соблюдением логических, языковых, процедурных правил.[36]

Савиньи стал трактовать юридическую технику как научную обработку создаваемого народом права со стороны юристов посредством технико-юридических средств.[37]

Ш.Л. Монтескье в своей работе «О духе законов» (1778г.) изложил принципы изложения законов. По мнению мыслителя, «дух законов» - это то, что определяет разумность, правомерность, законность и справедливость требований положительного закона. Он придавал большое значение соблюдению правил использования юридической терминологии, обеспечения сжатости, простоты законов во избежание их различных толкований. Мыслитель считал, что любого рода ограничения, исключения, изменения законов могут потребовать таких же форм конкретизации законов. Поэтому следует, по его мнению, обходиться без такого рода подробностей, если, конечно, в этом нет необходимости.[38]

---

[34]Бентам И. Избранные сочинения. - Т. 1. Введение в основание нравственности и законодательства. Основные начала гражданского кодекса. Основные начала уголовного кодекса. - М.: Изд-во К.Т. Солдатенкова, 1896; Его же. Принципы законодательства. О влиянии условий времени и места на законодательства. Руководство по политической экономии. – М.: Изд-во К.Т. Солдатенкова, 1896.

[35]Бентам И. Рассуждение о гражданском и уголовном законоположении. – СПб., 1867; Он же. Принципы законодательства. – М., 1896; Он же. Тактика законодательных собраний. – СПб., 1907.

[36]Прянишников Е.А. Законодательная техника. Научно-практическое пособие. – М., 2000. – С. 213 – 231.

[37]Лукич Р. Методология права. – М.: Прогресс, 1981. – С. 209.

[38]Монтескье Ш.Л. «О духе законов». Глава XVI «Что именно следует иметь в виду при составлении законов?» // Избранные Произведения / пер. с фр. - М., 1955.

Ж.-Ж. Руссо, учитывая принципиальное значение предварительной подготовки законопроекта, писал, что «… мудрый Законодатель не начинает писать законы наудачу, он испытает предварительно, способен ли народ, которому он предназначает, им подчиняться»[39].

Неоценимую заслугу в трактовку термина и понятия «юридическая техника» внес немецкий правовед Рудольф фон Иеринг (1818 – 1892). Составной частью его сочинения «Дух римского права на различных ступенях его развития» является «Юридическая техника» (параграфы 37 -41).Он трактовал юридическую технику как сферу применения специальных юридических знаний, как юридическое ремесло, особое юридическое мышление. Возражая Гегелю, который сферу знания законов считал монополией юристов[40], Р. Иеринг писал, что законы «может не-юрист также хорошо заучить, как юрист», но при условии обладания юридическим искусством в процессе юридического образования.[41] «Техническое несовершенство права, - писал он, - представляет собой несовершенство всего права, недостаток, тормозящий право и вредящий ему во всех его целях и задачах[42]. Р. Иеринг слово «техника» использовал в двояком смысле – субъективном и объективном. В первом смысле под выражением «техника» он понимал «технический метод», а во втором смысле – «соответствующий технический механизм права»[43]. Р. Иеринг называл юридическую технику «химией права, юридическим искусством разложения, умеющим отыскивать простые элементы права»[44]. Он подчеркивал познавательное значение юридической техники.[45].

Интерес к технико-юридическим проблемам права актуализировался в XIX - XX вв. на фоне развития законотворческой деятельности, распространения юридического позитивизма, широкого применения аналитического метода в юриспруденции. Юридическая догматика или юридическое ремесло (юридическое умение, мастерство, искусство)»[46] обозначили прикладное направление юридической технике. В дальнейшем в странах романо-германского права сложились широкий и узкий подходы к юридической технике. Причем в рамках узкого подхода она трактовалась как законодательная техника[47].

---

[39] Руссо Ж.-Ж. Трактаты. – М. 1969. – С. 337.
[40] Гегель. Философия права. – М., 1990. – С. 253.
[41]Рудольф фон Иеринг. Юридическая техника / пер. с немецкого Ф.С. Шендорфа. – С.-Петербург, 1905. – С. 6 – 7.
[42] Там же. – С. 24.
[43] Рудольф фон Иеринг. Указ. соч. – С. 25.
[44] Там же – С. 35.
[45]Там же. – С. 27 – 33.
[46] Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. – М.: издательская группа НОРМА – ИНФРА, 1999. – С. 425.
[47]Муромцев Г.И. Указ. соч. – С. 6.

В западноевропейский странах в рамках многообразия подходов юридическая техника трактуется как: юридическая наука, изучающая абстрактные принципы (И. Колер, Ж. Рипер и др.); искусство адаптации общих принципов к жизни; интеллектуальная разновидность правотворчества либо систематизации правовых норм на основе доктрины и судебной практики (В. Штаммлер, Салейль и др.); совокупность средств и процедур по обеспечению реализации целей права и его защиты (Л. Дюги, Р. Демог и др.); средство юридико-языкового оформления, конструирования норм посредством формальных источников права, концепций, конструкций, терминологии, фразеологии, презумпций, фикций (Р. Иеринг, Ф. Жени и др.)[48].

В советской юридической литературе главное внимание было акцентировано на проблемах законодательной техники, которая понималась как совокупность приемов и методов подготовки и издания наиболее совершенных по форме и структуре нормативных актов[49]. Тогда сложился комплексный подход к законодательной технике, сочетающей элементы науки, мастерства, искусства, опыта[50], либо как одновременно практической деятельности по оптимизации законодательства и научной дисциплины[51]. В начале 80-х гг. С.С. Алексеев применяет широкий подход к юридической технике и разграничивает ее от законодательной техники. Юридическая техника определяет им как «совокупность средств и приемов, используемых в соответствии с принятыми правилами при выработке и систематизации правовых (нормативных) актов для обеспечения их совершенства»[52]. Соответственно различаются законодательная (правотворческая) техника и техника индивидуальных актов[53].

В постсоветской юридической науке значительно повышается интерес к юридической технике. Это объясняется следующими причинами: активизация правотворческой деятельности; резкое увеличение количества законов и иных нормативных правовых актов; расширение массива законодательства; усложнение структуры нормативных правовых актов, приведшей к противоречиям и коллизиям; потребность в повышении качества законов как условия их верховенства

---

[48]Там же. – С. 6 -7.

[49]Законодательная техника / под ред. Д.А. Керимова. – Л., 1965; Кодификация и законодательная техника / под ред. Д.А. Керимова. – М., 1962; Марксистско-ленинская общая теория государства и права: в 4-х томах. – М., 1971 – 1973; Пиголкин А.С. Подготовка проектов нормативно-правовых актов в СССР. – М., 1968; Правотворчество в СССР / под ред. А.В. Мицкевича. – М., 1973.

[50]Пиголкин А.С. Теоретические проблемы правотворческой деятельности в СССР: автореф. … дис. док. юрид. наук. – М., 1972. – С. 17.

[51] Ушаков А.А. О понятии юридической техники и ее основных проблемах. – М.-Свердловск. 1970. – С. 82.

[52] Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х томах. – Т. 2. – М.: Юридическая литература, 1982. – С. 270.

[53]Там же. – С. 272.

в правовом государстве; ужесточение требований к качеству правоприменительных, интерпретационных, индивидуальных правовых актов; совершенствование правоприменительной, в частности, судебной практики; новые требования к содержанию интерпретационной деятельности в силу толкования новых норм и принципов права, правовых идей и ценностей; новые требования к качеству юридических документов; складывание новых сфер применения технико-юридического инструментария - договорное право, имплементация международно-правовых норм и принципов, правовой мониторинг и др.

На нынешнем этапе активно применяется широкая трактовка юридической техники. Так, Г.И. Муромцев считает, что категория «юридическая техника применяется для выражения прикладных аспектов профессиональной юридической деятельности; формально-структурных аспектов теории права, а также действующего права; степени совершенства формы, структуры и языка права[54]. «Юридическая техника, - пишет Т.В. Кашанина, - это правила ведения юридической работы и составления в процессе ее юридических документов»[55].

Широкий подход к юридической технике послужил основой для новых приемов классификации ее видов. Так, Т.В. Кашанина различает следующие виды юридической техники: правотворческая техника; техника опубликования нормативных актов; техника систематизации нормативных актов; интерпретационная техника; правореализационная техника; правоприменительная техника[56]. В.Н. Карташов различает правотворческую, правоприменительную (правореализационную), интерпретационную, правосистемообразующую, судебную, следственную, прокурорскую технику.[57]

В последние годы юридическая техника исследуется через призму категорий «юридическая деятельность» и «юридическая технология»[58], что служит новеллой в данной сфере научного знания. По мнению Н.А. Власенко, «если «юридическая технология отвечает на вопрос: как делать, в какой последовательности осуществлять те или иные юридические операции, то юридическая техника отвечает на вопрос: с

---

[54] Муромцев Г.И. Указ. соч. – С. 20.
[55] Кашанина Т.В. Указ. соч. – С. 86.
[56]Там же. – С. 95.
[57]Карташов ВУ.Н. Юридическая техника, тактика, стратегия, технология (к вопросу о соотношении) // Проблемы юридической техники. – Н. Новгород, 2000. – Т. 1. – С. 18.
[58]Хабриева Т.Я. Современные юридические технологии в теории и практике правотворчества и правоприменения // Эффективность законодательства и современные юридические технологии (Материалы заседания Международной школы-практикума молодых ученых-юристов, 29 – 31 мая 2008 г.). – С. 4; Юридическая техника: учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти / под ред. Т.Я. Хабриевой, Н.А. Власенко. – М.. 2009.

помощью каких приемов, каких средств должны осуществляться те или иные технологические операции, действия»[59].

Проводятся также классификации видов юридической технологии. Так, Н.А. Власенко различает нормотворческую, правоприменительную, договорную, праворазъяснительную, систематизационную, научно-прикладную (доктринальную) технологии[60]. Т.Я Хабриева выделяет следующие виды юридической технологии: юридическая техника; правовой мониторинг; научное проектирование развития законодательства; целевой анализ системы законодательства, отдельных правовых актов и практики их применения; экспериментальное применение новых правовых решений; информационно-правовые технологии систематизации законодательства; нейролингвистическая юридическая технология[61].

Проведенный анализ развития юридической техники позволяет сформулировать следующие выводы, имеющие значение для раскрытия закономерностей развития юридико-технических знаний и практических навыков:

1. История юридической техники – это история накапливания и приумножения как юридических знаний, так и практических навыков, то есть исторический процесс развития юридической техники в рамках сочетания знания и опыта.

2. Юридико-технические знания и навыки развивались вместе с правом, по мере его оформления, а также накопления опыта правотворческой, правоприменительной, интерпретационной, систематизационной деятельности.

3. Разумеется, теоретические, тем более доктринальные знания о юридической технике сложились гораздо позднее, на этапе формирования науки как отрасли человеческого знания. Однако прикладные (практические) правила юридической техники, которые первоначально складывались в процессе санкционирование обычаев, нравственных и религиозных норм, в судебной практике и т. п., были результатом логических операций, применявшихся в ходе не хаотичной, а мыслительной фиксации, формулирования правовых положений, их структурирования, классификации, упорядочения, языкового выражения. Фактически возникшие на практике юридико-технические правила, приемы, средства неотделимы от человеческого сознания.

---

[59]Власенко Н.А. Юридическая техника как комплексная система знаний // Доктринальные основы юридической техники / отв. ред. Н.А. Власенко. – С. 163.

[60]Власенко Н.А. Законодательная технология: Теория. Опыт. Правила. – Иркутск, 2001. – С. 9; Он же. Юридическая техника как комплексная система знаний // Доктринальные основы юридической техники / отв. ред. Н.А. Власенко. – С. 163.

[61]Кичигин Н.В., Егорова Н.Е., Иванюк О.А. Третья Международная школа-практикум молодых ученых и специалистов по юриспруденции на тему: «Эффективность законодательства и современные юридические технологии» // Журнал российского права. – 2008 - № 7. – С. 147, 148.

4. Благодаря юридической доктрине (в римском, мусульманском праве и т. д.) повышается теоретический уровень юридической техники. Именно в рамках доктрины формулируются правовые нормы, принципы, положения на основе использования технико-юридического инструментария. Неслучайно сочинения римских юристов были признаны источниками римского права, а единогласное мнение мусульманских муджтахидов (иджма) продолжает выполнять такую роль до наших дней.

5. На более поздних этапах, в связи с развитием науки юридическая техника как объект научных исследований начинает интегрировать научные представления, идее, концептуальные подходы. В то же время начинают складываться различные научные подходы к юридической технике, что привело к многозначности термина «юридическая техника». Параллельно совершенствуется практика применения технико-юридических правил, которые одновременно становятся объектом научного познания. В итоге формируется система юридико-технических знаний о правилах, приемах, средствах юридической техники. Происходит синтез научного и практического уровней юридической техники.

6. На современном этапе юридическая техника приобретает статус комплексного направления научного познания, призванного систематизировать юридические общетеоретические, метатеоретические, отраслевые, прикладные, а также иные неюридические (лингвистические, информационные и др.) научные знания.

7. Исторически каждому типу права свойственен соответствующий уровень юридической техники. По мере развития права совершенствуется также юридическая техника. Совершенное право требует совершенной юридической техники и соответственно развитой системы научных (юридико-технических) знаний. В этом кроется одна из закономерностей развития юридической техники.

8. Юридико-технические знания возникают не случайно. Они изначально были неотъемлемой частью процесса возникновения права, его содержательного и внешнего оформления. По мере развития права, совершенствования законодательства, правотворчества, правоприменения и иных видов юридической деятельности совершенствуется также техника оформления права. Развитие юридической техники – это исторический и прогрессирующий процесс накопления, приумножения, совершенствования, развития знания. В этом проявляется другая закономерность развития юридической техники.

Литература:

1.Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х томах. – Т. 2. – М.: Юридическая литература, 1982.
2. Аристотель. Политика // Соч. в 4-х т. – Т. 4. – М.: Мысль, 1983.
3. Антология мировой правовой мысли. Античность, восточные цивилизации. – Т. 1. – М., 1999.
4. Брагинский И.С. Древнеиранская литература // История всемирной литературы. – Т. 1. – М., 1983.
5. Бэкон Френсис. Сочинения в 2-х т. – Т. 2. – М.: Мысль, 1972.
6. Бэкон Ф. Сочинения в 2-х томах. – 2-е изд., исп. и доп. – М.: Мысль, 1978. – Т. 2.
7. Берман Д. Европейская традиция права. – М., 1994.
8. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М., 2004.
9. Бентам И. Избранные сочинения. - Т. 1. Введение в основание нравственности и законодательства. Основные начала гражданского кодекса. Основные начала уголовного кодекса. - М.: Изд-во К.Т. Солдатенкова, 1896.
10. Бентам И. Принципы законодательства. О влиянии условий времени и места на законодательства. Руководство по политической экономии. – М.: Изд-во К.Т. Солдатенкова, 1896.
11. Бентам И. Рассуждение о гражданском и уголовном законоположении. – СПб., 1867.
12. Бентам И. Принципы законодательства. – М., 1896.
13. Бентам И. Тактика законодательных собраний. – СПб., 1907.
14. Власенко Н.А. Юридическая техника как комплексная система знаний // Доктринальные основы юридической техники / отв. ред. Н.А. Власенко. – С. 163.
15. Власенко Н.А. Законодательная технология: Теория. Опыт. Правила. – Иркутск, 2001.
16. Гегель. Философия права. – М., 1990.
17. Диноршоев А.М., Сафаров Б.А. Формирование идей прав человека в Таджикистане: история и современность: монография. – Волгоград, 2014.
18. Древнекитайская философия: собр. текстов в 2-х т. – Т. 1. – М.: Мысль, 1972.
19. Законодательная техника / под ред. Д.А. Керимова. – Л., 1965.
20. Зингель Ф.Ф. Право и прогресс // Варшавские университетские известия. – 1913. - № 6.
21. Иеринг Р. Юридическая техника / сост. А.В. Поляков. – М., 2008.
22. Исламский энциклопедический словарь / А. Али-заде. – М.: Издательский дом «Ансар», 2007.
23. Карташов ВУ.Н. Юридическая техника, тактика, стратегия, технология (к вопросу о соотношении) // Проблемы юридической техники. – Н. Новгород, 2000. – Т. 1.

24. Керимов Г.М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности. – СПб.: Изд-во «ДИЛЯ», 2008.
25. Кашанина Т.В. Юридическая техника: учебник для вузов. – 2-е изд., пересмотренное. – М.: Норма: ИНФРА. - М., 2013.
26. Калина В.Ф. Юридическая техника: учебник для прикладного бакалавриата. – М.: Изд-во Юрайт, 2014.
27. Кичигин Н.В., Егорова Н.Е., Иванюк О.А. Третья Международная школа-практикум молодых ученых и специалистов по юриспруденции на тему: «Эффективность законодательства и современные юридические технологии» // Журнал российского права. – 2008 - № 7.
28. Кодификация и законодательная техника / под ред. Д.А. Керимова. – М., 1962.
29. Кодан С.В. Свод законов Российской Империи. Место и роль в развитии юридической техники и систематизации законодательства в России в XIX - начале XX века // Юридическая техника. – 2007. - № 1.
30. Кодан С.В. М.М. Сперанский и формирование теоретических основ юридической техники систематизации законодательства в России (1820 – 1830-е гг.) // Юридическая техника. – 2012. - № 6.
31. Кодан С.В. Попытки создания Основных законов Российской империи в политике, идеологии и юридической практике Российского государства (XVIII - начало XIX в.) // Право и политика. – 2012. - № 3.
32. Лукич Р. Методология права. – М.: Прогресс, 1981.
33. Муромцев Г.И. Юридическая техника: Некоторые теоретические аспекты // Правоведение. – 2000. - № 1.
34. Монтескье Ш. О духе законов, или об отношениях, в которых законы должны находиться к устройству каждого правления, к нравам, климату, религии, торговле и т.д. – СПб.: Л.Ф. Пантелеев, 1900.
35. Монтескье Ш.Л. «О духе законов». Глава XVI «Что именно следует иметь в виду при составлении законов?» // Избранные Произведения / пер. с фр. - М., 1955.
36. Марксистско-ленинская общая теория государства и права: в 4-х томах. – М., 1971 – 1973.
37. Насурдинов Э.С., Сафаров Д.С. История государства и права Таджикистана. – Ч. 1. – Душанбе, 2013.
38. Нерсесянц В.С. Политические и правовые учения Древнего Рима // История политических и правовых учений. Древний мир / Отв. ред. В.С. Нерсесянц.
39. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. – М.: издательская группа НОРМА – ИНФРА, 1999.
40. Платон. О законах // История политических и правовых учений. Древний мир / В.Г. Графский, П.С. Грацианский, В.Д. Зорькин и др.: отв. ред. В.С. Нерсесянц. – М.: Наука, 1985.
41. Перетерский И.С. Дигесты Юстиниана. – М., 1956.

42. Пиголкин А.С. Подготовка проектов нормативно-правовых актов в СССР. – М., 1968; Правотворчество в СССР / под ред. А.В. Мицкевича. – М., 1973.
43. Пиголкин А.С. Теоретические проблемы правотворческой деятельности в СССР: автореф. … дис. док. юрид. наук. – М., 1972.
44. Периханян А.Г. Сасанидский судебник («Книга тысячи судебных решений») / отв. ред. М.А. Дьяконов. – Ереван: Изд-во АН Армянской ССР, 1974.
45. Прянишников Е.А. Законодательная техника. Научно-практическое пособие. – М., 2000.
46. Руссо Ж.-Ж. Трактаты. – М. 1969.
47. Рудольф фон Иеринг. Юридическая техника / пер. с немецкого Ф.С. Шендорфа. – С.-Петербург, 1905.
48. Сырых В.М. Предмет и система законодательной техники как прикладной науки и учебной дисциплины // Законодательная техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: сб. ст. в 2-х т. – Т. 1. / под ред. В.М. Баранова. – Н.-Новгород, 2001.
49. Сюнь-цзы. Пять паразитов // Древнекитайская философия: собр. текстов в 2-х т. – Т. 2.
50. Сюнь-цзы. О злой природе человека // Древнекитайская философия: собр. текстов в 2-х т. – Т. 2.
51. Савельев В.А. Юридическая техника римской юриспруденции классического периода // Доктринальные основы юридической техники / отв. ред. Н.А. Власенко.
52. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики: монография / отв. ред. В.А. Туманов. – М.: Наука, 1986.
53. Сативалдыев Р.Ш. История политических и правовых учений: учебник для вузов (на тадж. яз.). – Душанбе: «Эр-граф», 2011.
54. Сативалдыев Р.Ш. Политические и правовые идеи «Кабуснамэ»: монография. – Душанбе: Дониш, 1997.
55. Сативалдыев Р.Ш. Политические и правовые идеи «Синдбаднаме»: монография. – Душанбе: Дониш, 1998.
56. Сативалдыев Р.Ш. Политические и правовые идеи «Сиасет-намэ»: монография. – Душанбе, 1999.
57. Сативалдыев Р.Ш. Политическая и правовая мысль раннесредневекового мусульманского Востока: монография. – Душанбе: Дониш, 1999.
58. Тахиров Ф.Т., Халиков А.Г. Гражданско-правовые нормы и институты Авесты и зороастризма // Зороастризм и его значение в развитии цивилизации народов Ближнего и Среднего Востока. – Душанбе, 2003.
59. Ушаков А.А. О понятии юридической техники и ее основных проблемах. – М.-Свердловск. 1970.

60. Хабриева Т.Я. Современные юридические технологии в теории и практике правотворчества и правоприменения // Эффективность законодательства и современные юридические технологии (Материалы заседания Международной школы-практикума молодых ученых-юристов, 29 – 31 мая 2008 г.).
61. Халиков А.Г. Правовая система зороастризма (древнее право): монография. - Душанбе: Маориф ва фарханг, 2005.
62. Халиков А.Г. Договорное право зороастризма // Вклад таджиков и персоязычных народов в мировую цивилизацию: история и современность. – Душанбе, 2002.
63. Халиков А.Г. Семейное право зороастризма (древнее право). – Душанбе, 2003.
64. Цицерон. О законах // История политических и правовых учений. Древний мир / отв. ред. В.С. Нерсесянц.
65. Шокиров Т.С. Формирование и развитие юридических терминов таджикского языка: автореф. дис. … докт. филол. наук. – Душанбе, 2011.
66. Юртаева Е.А. Исторический метод в исследовании юридической техники и историческое исследование юридической техники // Доктринальные основы юридической техники / отв. ред. Н.А. Власенко. – М.: ИД «Юриспруденция», 2010.
67. Юридическая техника: курс лекций / под ред. В.М. Баранова, В.А. Толстика. – М., 2012.
68. Юридическая техника: учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти / под ред. Т.Я. Хабриевой, Н.А. Власенко. – М. 2009.

Сативолдиев Р.Ш.

Фишурда
Марҳилаҳои асосии инкишофи техникаи ҳуқуқӣ

Дар мақолаи мазкур раванди таърихӣ-мантиқии ташаккул ва инкишофи ақидаҳо, ғояҳо, мафҳумҳо оид ба ҷанбаҳо ва проблемаҳои инъикоси мазмун ва шакли ҳуқуқ таҳқиқ мешавад. Дар он марҳилаҳои асосии ташаккул ва инкишофи пояҳои илмии техникаи ҳуқуқӣ таҳлил мешаванд. Дар мисоли ҳуқуқи римӣ, исломӣ ва ҳуқуқи Аврупои Ғарбӣ хусусиятҳои ташаккули донишҳои ҳуқуқӣ-техникӣ муайян карда мешаванд. Таваҷҷуҳи асосӣ ба муайян намудани қонуниятҳои инкишофи назарияи техникаи ҳуқуқӣ дода мешавад.

Сативалдыев Р.Ш.

Аннотация
Основные этапы развития юридической техники

В настоящей статье прослеживается историко-логический процесс формирования и развития идей, взглядов, понятий о юридико-технических аспектах и проблемах содержательного и внешнего оформления права. Раскрываются основные этапы формирования и развития доктринальных основ юридической техники. На примере римского, мусульманского, западноевропейского права выявляются особенности формирования юридико-технических знаний. Главное внимание уделено раскрытию закономерностей развития теории юридической техники.

Sativaldyev R. Sh.

The summary
Main stages of the developments legal technology

In this article is tracked historian-logical process of the shaping and developments idea, glance, notion about legal-technical aspect and problem profound and external registration of the right. Open the main stages of the shaping and developments doctrines of the legal technology. On example roman, moslem, west-european of the right are revealed particularities of the shaping legal-technical knowledge's. The main attention is spared opening the regularities of the development to theories of the legal technology.

Насурдинов Э. С.*

Предпосылки становления и перспективы развития правовоспитательной политики в Таджикистане

Калидвожаҳо: тарбияи ҳуқуқӣ, ҷомеаи шаҳрвандӣ, таълими ҳуқуқӣ, шуури ҳуқуқӣ, фарҳанги ҳуқуқӣ, сиёсати ҳуқуқӣ, давлати ҳуқуқбунёд

Ключевые слова: правовое воспитание, гражданское общество, правовое образование, правосознание, правовая культура, правовая политика, правовое государство

Key words: legal training, civil society, legal education, legal awareness, legal culture, legal policy, legal state

Правовоспитательная политика представляет собой систематическую деятельность государства и гражданского общества по правовому воздействию на правовоспитательный процесс с целью повышения правосознания и правовой культуры посредством правовых и неправовых средств.

Необходимость в полноценной правовоспитательной и правообразовательной политике в Республике Таджикистан (далее РТ) обусловлена построением правового государства, формированием правосознания и правовой культуры. Она осуществляется в рамках стратегии правового развития и направлена на оптимизацию и эффективность правовоспитательной и образовательной деятельности. Данная политика осуществляется комплексом правовых и социально-ценностных средств, использующихся в целях формирования правовой культуры, в частности, формирования правовых знаний, идей и ценностей, уважения к правам и свободам человека, к закону, законности, правопорядку, дисциплине, безопасности. В ее рамках осуществляется правовая социализация личности в рамках ее адаптации к изменяющимся условиям правовой жизни. Она содействует стимулированию правовой активности в условиях формирования гражданского общества, правовому просвещению и обучению населения, качественному юридическому профессиональному образованию, модернизации юридического

*Декан юридического факультета Таджикского национального университета, доктор юридических наук, доцент. Тел.: 95 142 92 29.

образования, подготовке высококвалифицированных юристов, способных работать в условиях взаимовлияния различных типов правовых систем и правовых культур. Правовое воспитание и образование как прогресс общества является приоритетным направлением правовой политики РТ.

Исторически во всех государствах осуществлялась особая деятельность по распространению правовых знаний с целью формирования в сознании членов общества уважения и в целом положительного отношения к издаваемым ими законам. Так, древнегреческое государство поощряло деятельность софистов по обучению азам права, а позднее в древнем Риме сочинениям знаменитых римских юристов была придана законная сила. По мере развития общества государство стало придавать большое значение подготовке юристов. Обучение юристов-профессионалов становится неразрывной частью университетского образования. Не меньшую роль в распространении правовых знаний, подготовке юристов-практиков выполняли в разные исторические периоды юристы-правоведы.

В истории таджикского государства также придавалось важное значение воспитанию членов общества посредством мер идеологического воздействия, создания духовных религиозных учреждений (медресе), издания литературы, распространения духовно-культурных ценностей. Большое значение в воспитании членов общества имели произведения классиков персидско-таджикской политико-правовой мысли (Авиценны, Рудаки, Фирдоуси, Низам-ал-Мулька, Джами и др.), в которых пропагандировались идеи верховенства права (шариата), закона, законопослушания, прав и достоинства человека, порядка, стабильности, дисциплины, организованности в обществе, общего блага, благосостояния, справедливости, равенства, разумности, добропорядочности. Ряд философов и мыслителей (Авиценна, Насируддин Туси и др.) занимались разработкой системы социального воспитания человека. Правовому воспитанию человека в духе уважения и соблюдения исламских правовых ценностей придавали принципиальное знание основатели школ исламского фикха. Большим успехом среди таджиков пользовались идеи и положения ханафитской школы, в особенности взгляды основателя данной школы Великого Имама Абу Ханифы. Сочинения персидско-таджикских классиков и ярких представителей ханафитской школы

мусульманского права широко использовались в религиозно-духовных учреждениях и за их пределами в деле воспитания членов общества.

В настоящее время правовое воспитание является частью правовой, в том числе образовательной, политики государства. Государство осуществляет целенаправленную правовоспитательную и образовательную политику посредством использования организационных, финансовых, кадровых, информационных, технологических (учебных, просветительских, образовательных) мер и средств.

Государство располагает также большими возможностями для использования в целях пропаганды правовых знаний функционирующих в обществе разнообразных социальных институтов, таких как школа, церковь, литература, искусство, газеты, журналы, радио, телевидение.

РТ заинтересована в стабильности общества, прочной законности и правопорядке, соблюдении законов, положительном отношении людей к действующему праву, добропорядочности и законопослушности граждан. Государство несет основное бремя по правовому воспитанию и обучению подрастающего поколения, подготовке юристов-профессионалов в рамках проводимой им образовательной политики. Правовое обучение и воспитание являются ныне частью правовой политики государства. Оно использует для этих целей все имеющиеся в своем распоряжении средства, а также активно использует все ресурсы общества.

В условиях становления правового государства и гражданского общества правовоспитательная и образовательная деятельность государства подчиняется целям формирования качественно нового уровня правосознания и правовой культуры на основе формирования в сознании людей общечеловеческих правовых идеалов и ценностей, широкого привлечения государственных и негосударственных институтов, их свободного участия в обсуждении образовательных и иных программ и концепций. В условиях глобальных угроз и вызовов государство заинтересовано в консолидации общества, преодолении конфронтации и ксенофобии, сохранении национального единства и защите национальных интересов. Защита национальных интересов, в частности в сфере формирования правосознания и правовой культуры, становится

неразрывной частью политики государства, в том числе в сфере правового воспитания.

Активизации правового воспитания в РТ была обусловлена рядом обстоятельств, сложившихся в стране к середине 1990-х годов. Во- первых, к этому моменту был урегулирован межтаджикский конфликт (1992 - 1997 гг.), была достигнута стабилизация социально-политической обстановка в стране, что послужило реальной основой для реализации реформ в различных сферах жизни общества.

Во-вторых, в результате образовавшегося в годы военно-политического конфликта вакуума в сознании и идеологии созрела задача по скорейшему определению основных параметров политики государства. Дело в том, что в военно-политический конфликт были вовлечены различные политические силы, пропагандировавшие различные политические лозунги и идеологические установки. В условиях смены политического руководства была подорвана политическая и идеологическая деятельность государства, усилилось идеологическое противоборство консервативных, умеренных, радикальных политических сил, не имеющих ничего общего с общегосударственными приоритетами и преследующих собственные узкополитические цели. Новому политическому руководству, избранному на XVI сессии Верховного Совета РТ, предстояло определить цели и приоритеты политического, экономического, социального и духовно-культурного курса. Реализация системы воспитания личности стала одним из направлений политики государства с целью преодоления деформации общественного сознания. Правовое воспитание становится частью политики государства.

В-третьих, учитывая роль внешних сил в разжигании межтаджикского конфликта, в начальные постконфликтные годы приоритетом правовой политики становится защита национальных интересов государства и обеспечение национального согласия. Защита культурно-духовного наследия, достижение энергетической независимости, выход из коммуникационного тупика, реализация общенациональных идей, ценностей и интересов определяются в качестве неотложных целей правовой политики. Геополитические факторы, региональная безопасность, глобальные вызовы, угрозы терроризма, политического и идеологического экстремизма ускорили процесс выработки целей и приоритетов экономической, социальной, демографической, оборонной, правовой и т. п.

политики. Новые цели и приоритеты правовой политики также оказали воздействие на правовоспитательную и образовательную политику.

Правовое воспитание, как неразрывная часть системы воспитания личности, становится частью духовно-культурной и идеологической функций государства. Не случайно в литературе ряд авторов высказываются в поддержку категории «государственная идеология», которая «является непременным признаком государственности, всегда предполагает наличие неким идеологам, обосновывающих базовые ценности и цели общества, доказывающих адекватность наиболее сущностных интересов социума и индивида» и выполняет регулятивную, коммуникативную, консолидирующую функции, а также функцию социализации.[1]

Переломный пункт в выстраивании правовоспитательной политики РТ связан с XVI сессией Верховного Совета РТ, состоявшейся в ноябре 1992 г., в разгар межтаджикского конфликта. На данной сессии было избрано новое политическое руководство во главе с Председателем Верховного Совета Эмомали Рахмоном, официально заявлено о приверженности к политическому курсу на построение правового государства и гражданского общества, к идеям верховенства закона, защиты прав и свобод человека, человеческого достоинства, общего блага, благополучия граждан, мира и национального согласия, законности и правопорядка, к соблюдению принципов и норм международного права. Принятые на данной сессии решения и нормативные правовые акты составили программную и нормативно-правовую базу выстраивания полноценной правовоспитательной политики. На сессии были определены также стратегические направления правотворческой, правоприменительной, правоохранительной политики.[2]

Начиная со второй половины 1990-х гг., в РТ вопросы правового воспитания, обучения и просвещения постепенно, но целенаправленно приобретали приоритетный характер в политике государства. В Таджикистане поэтапно стали принимать

---

[1]Сальников В.П., Степашин С.В., Хабибуллин А.Г. Государство как феномен и объект типологии: теоретико-методологический анализ. СПб., 2001. С. 144-145, 147.

[2]О значении XVI сессии Верховного Совета РТ в выстраивании правотворческой политики подробнее см.: Двадцать лет развития Министерства юстиции Таджикистана / под ред. Б.Т. Худоярова. Душанбе, 2001.

нормативно- правовые акты и государственные программы по повышению уровня и качества правового воспитания.

Так, 9 апреля 1997г. издается Указ Президента РТ «О правовой политике и правовом воспитании граждан Республики Таджикистан».[3] Данный Указ был принят в целях «обеспечения верховенства закона, повышения уровня правосознания населения, профилактики правонарушений». Последний пункт был предусмотрен в Указе не случайно, в частности, в связи с всплеском правонарушений в результате межтаджикского конфликта.

Указ главы государства содержит следующие конкретные меры по обеспечению организации правового воспитания: разработка государственной программы правового обучения и правового воспитания граждан; повышение уровня профессиональной подготовки работников органов власти, правоохранительных органов, юридических служб предприятий, учреждений и организаций; распространение правовой информации через специальные печатные издания Министерства юстиции РТ.

Во исполнение данного Указа главы государства 22 августа 1997г. Правительством РТ принимается постановление «О некоторых мерах по улучшению правового воспитания граждан и правовой работы в республике». Оно было принято в целях «повышения правосознания народа, обеспечения доступности правовых актов для всех граждан и организаций, укрепления правовых основ их деятельности и дисциплины, предупреждения правонарушений». Данное постановление предусматривало реализацию следующих мер: укрепить юридические подразделения аппарата министерств, ведомств, иных государственных органов, а также предприятий и организаций квалифицированными работниками; регулярно организовывать в коллективах проведение лекций, бесед и иных форм пропаганды законодательства путем привлечения на договорной основе юристов, преподавателей высших учебных заведений, судей, работников правоохранительных органов, адвокатуры, юстиции; контролировать состояние правовой работы в министерствах, ведомствах, местных органах государственной власти, предприятиях, учреждениях, организациях; активно использовать правовые средства с целью успешного развития регионов, повышения

---

[3] Ведомости Верховного Совета РТ. 1997. № 5. Ст. 27.

производства, улучшения благосостояния населения, укрепления дисциплины; учредить при Министерстве юстиции издательство «Конуният» («Законность») и журнал «Хаёт ва конун» («Жизнь и закон») с целью выпуска юридической литературы, опубликования действующих нормативно-правовых актов, распространения правовой информации; создать в структуре центрального аппарата Министерства юстиции Отдел правовой пропаганды и правового воспитания граждан; создать при Министерстве юстиции на базе курсов повышения квалификации Институт повышения квалификации работников правоохранительных органов, органов юстиции и юридических служб предприятий, учреждений и организаций; ввести в средних и средних специальных учебных заведениях в качестве итогового, а при поступлении в вузы - в качестве вступительного экзамена предмет «Основы государства и права»; издать учебник «Основы государства и права» для учащихся средних, средних специальных и высших учебных заведений с привлечением ученых-юристов; разработать Положение об Олимпиаде юных правоведов с целью ежегодного её проведения; создать при Министерстве юстиции Республиканский координационно-методический совет по правовому обучению и правовому воспитанию граждан; широко использовать телевидение и радио в целях правового обучения населения, возложив решение данной задачи на Комитет по телевидению и радиовещанию при Правительстве республики.

К средине 2000-х годов в Таджикистане назревает потребность в разработке единой общегосударственной программы в сфере правового воспитания и обучения. Постановлением Правительства РТ от 29 апреля 2009 г. утверждается «Программа правового воспитания и обучения граждан на 2009 – 2019 годы».

На основании постановления Правительства РТ «О некоторых мерах по улучшению правового воспитания граждан и правовой работы в республике» при Министерстве юстиции РТ 15 августа 2001 г. был создан Республиканский координационно-методический совет по правовому обучению и воспитанию граждан РТ. Он функционирует на основе Положения о республиканском совете и советах по правовому воспитанию областей, городов и районов республики.[4]

---

[4] Единый государственный реестр нормативных правовых актов РТ. Душанбе, 2010. № 3. Ст. 88-

В РТ используются разнообразные формы реализации Государственной программы по правовому воспитанию и обучению граждан. Так, с целью эффективной, поэтапной, организованной реализации данной Программы внутри различных государственных органов и при координации их деятельности разрабатываются планы мероприятий. Так, План мероприятий Министерства юстиции согласован со всеми министерствами и ведомствами. Совместный скоординированный план мероприятий с целью реализации указанной Программы разработан Министерством внутренних дел, Министерством образования и Министерством культуры. Данный план предусматривает, в частности, проведение семинаров и совещаний по профилактике правонарушений среди несовершеннолетних и осуществлению воспитательной работы в образовательных учреждениях. Планы мероприятий корректируются каждый год.

Помимо этого, с учетом функциональных обязанностей отдельных государственных органов разрабатываются соответствующие государственные программы в сфере правового воспитания и обучения. Так, во исполнение п. 23 Государственной Программы по правовому воспитанию и обучению граждан при непосредственном участии Министерства внутренних дел РТ разработана Программа воспитательной работы с несовершеннолетними в РТ на 2010 - 2015гг., которая утверждена постановлением Правительства от 29 мая 2010г.[5] Данная Программа была принята с целью профилактики преступлений и правонарушений среди несовершеннолетних.

Комитетом по делам молодежи, спорту и туризму при Правительстве РТ была разработана государственная Программа по патриотическому воспитанию молодежи Таджикистана, которая была утверждена постановлением Правительства РТ от 3 мая 2010 г. Правовоспитательная политика реализуется также в рамках Государственной программы борьбы с преступностью в РТ на 2008-2015 гг., а также Государственной стратегии борьбы с коррупцией в РТ на 2008-2012 гг.[6] Правовоспитательная работа ведается также в рамках отдельных нормативных правовых актов. Так, в рамках исполнения Указа Президента РТ от 30 апреля 2010 г. «О

89.

[5] Жизнь и закон. Душанбе, 2009. № 6.

[6] Свод Законов РТ. Т.5. Душанбе, 2008. Ст. 57.

дополнительных мерах по усилению противодействия коррупции в Республике Таджикистан» проводится разъяснительная работа среди населения, на предприятиях, в учреждениях, организациях, ведомствах по соблюдению нормативных правовых актов в сфере противодействия коррупции.

Одной из целей правовоспитательной политики является правовое информирование населения посредством использования информационных технологий, создания единой информационной системы нормативных правовых актов, использования технологических носителей правовой информации. С этой целью при Министерстве юстиции Республики Таджикистан создана информационно-поисковая база «Адлия» («Юстиция»), содержащая и постоянно обновляющая банк информационных данных. Информационный сайт Национального центра законодательства при Президенте РТ содержит информацию обо всех нормативных правовых актах. Данные информационно-правовые базы постоянно обновляются. Они доступны всем гражданам, государственным органам, юридическим службам на бесплатной основе. На данный момент около 400 государственных органов и ведомств, свыше 200 юридических лиц и большое количество граждан пользуются услугами информационно-правовой базы «Адлия».

Министерства и ведомства обеспечены 586 единицами Банка правовой информации. На основании договоров данный банк правовой информации стал доступен более чем 100 юридическим лицам. При Министерстве юстиции Республики Таджикистан создано Государственное издательское предприятие «Конуният» («Законность»), издаётся политико-правовой журнал «Жизнь и закон», а также научно-популярная литература.

Активную правовоспитательную деятельность осуществляет созданный в 2004 г. при Министерстве юстиции РТ Институт повышения квалификации работников правоохранительных органов, юридических служб предприятий, учреждений, организаций. Работниками Института издано большое количество книг, брошюр и методических пособий по правовому воспитанию граждан, например, книги «Теория правового воспитания» в количестве 300 экземпляров, «Правовое воспитание граждан – основа правового государства» в количестве 435 экземпляров,

методические пособия в количестве 567 экземпляров[7], «Инструкция для трудовых мигрантов» в количестве 2000 экземпляров.[8]

С целью повышения правовой информированности граждан и организаций используются также иные способы распространения информации. Так, в рамках подпункта 1.4.5 «Стратегии сокращения уровня бедности в Республике Таджикистан» Министерством юстиции ежемесячно издаётся Единый государственный реестр нормативных правовых актов РТ и распространяется безвозмездно среди министерств и ведомств, местных органов государственной власти. Министерство юстиции использует и другие способы повышения правовой информированности населения, например, в рамках распространения нормативных правовых актов, информации об их изменениях и дополнениях в компьютерной сети «Интернет», удовлетворения запросов заинтересованных граждан, органов и организаций.

В Послании Президента РТ Эмомали Рахмона Парламенту от 25 апреля 2008г. было подчеркнуто, что «развитие демократического, правового и светского государства во многом зависит от уровня правовых знаний и грамотности населения». С учетом этого в данном Послании внимание учёных-юристов республики было обращено на подготовку научно-популярного комментария к Конституции РТ. В рамках исполнения данного Послания коллективом ученых- юристов РТ совместно с руководителями правоохранительных органов был подготовлен и издан тиражом в 10000 экземпляров Научно-популярный комментарий к Конституции республики[9]. Данный комментарий имеет большое познавательное значение для пропаганды конституционных норм и ценностей и формирования правовых знаний.

Большое значение в Таджикистане придается реализации Закона «Об упорядочении традиций, торжеств и обрядов в Республике Таджикистан». С этой целью Комитетом по делам религии, упорядочению традиций, торжеств и обрядов при Правительстве республики, его местными органами, а также иными центральными и местными государственными органами,

---

[7] Шарифов Р.А. Теория правового воспитания. Душанбе, 2010. С.17-19.
[8] Асадов З.Б. Инструкция для трудовых мигрантов. Душанбе, 2011.
[9] Научно-популярный комментарий к Конституции Республики Таджикистан. Душанбе, 2009. 520 с.

институтами гражданского общества, в частности органами местного самоуправления, ведётся большая разъяснительная работа среди населения. В 2008 г. издан комментарий к названному Закону тиражом в 50000 экземпляров. Разъяснение положений данного Закона имеет большое значение для углубления правовых знаний, сохранения и трансляции национальных традиций, формирования национальной правовой культуры. Аналогичное значение имеет разъяснительная работа с целью реализации Закона РТ «Об ответственности родителей в воспитании и обучении детей». Коллективом преподавателей юридического факультета подготовлен и издан комментарий к данному Закону.[10] Данный Закон и разъяснение его положений имеют большое значение для правового воспитания в семье в рамках общей системы социального воспитания, в частности, распространения среди населения накопленных веками правовых традиций в сфере семейного воспитания детей, формирования в сознании граждан правовых ценностей, уважения к семейным традициям, к детям, их неотъемлемым правам и свободам, правового воспитания и обучения детей. Однако, несмотря на достигнутые определённые успехи в деле реализации положений данного Закона, вызывает тревогу возрастающий уровень преступности среди несовершеннолетних. Как подчеркнул в своем выступлении Президент РТ Эмомали Рахмон на совещании актива общественности по поводу обсуждения проекта данного Закона 14 декабря 2010 г., за последние годы несовершеннолетними или при их участии совершено 4200 преступлений, из них 104 особо тяжких преступления, в том числе 16 убийств собственных родителей несовершеннолетними, а также 12 убийств собственных детей родителями. Было также отмечено, что несовершеннолетними было совершено 90 преступлений, связанных с наркотическими веществами, 70 краж транспортных средств, 350 хулиганств.[11]

Таким образом, следует констатировать, что Закон РТ «Об ответственности родителей в воспитании и обучении детей» был принят прямо и непосредственно с целью предотвращения насилия и профилактики правонарушений в семье, создания здорового

---

[10]Насурдинов Э.С. Комментарий к Закону Республики Таджикистан «Об ответственности родителей в воспитании и обучении детей». Душанбе, 2012. 124с.

[11] Там же. С. 10-11.

морально-психологического климата в семье, правового воспитания и обучения детей в семье и образовательных учреждениях, привития им устойчивых правовых убеждений, формирования в сознании детей уважения к правам человека, закону, иным правовым ценностям.

Правосознание, правовые знания, идеи, ценности, убеждения, установки – явления изменчивые. В переходный период, под воздействием коренных общественных преобразований, формирования новой правовой системы происходят изменения в правопонимании, правовых ценностях и идеях, претерпевает изменения правовое сознание. Соответственно корректируется и правовоспитательная политика.

В Таджикистане поэтапно принимаются необходимые меры по организации и эффективности правового воспитания, в частности, издаются нормативно-правовые акты, принята общегосударственная программа. Помимо того, вопросы правового воспитания получают отражение в ряде других нормативно-правовых актов, концепций, программ. В результате правовое воспитание становится приоритетным направлением правовой политики, приобретает официальный, государственно-значимый характер.

Литература:

1. Сальников В.П., Степашин С.В., Хабибуллин А.Г. Государство как феномен и объект типологии: теоретико-методологический анализ. СПб., 2001.

2. Двадцать лет развития Министерства юстиции Таджикистана / под ред. Б.Т. Худоярова. Душанбе, 2001.

3. Ведомости Верховного Совета Республики Таджикистан. 1997. № 5. Ст. 27.

4. Единый государственный реестр нормативных правовых актов РТ. Душанбе, 2010. № 3. Ст. 88-89.

5. Жизнь и закон. Душанбе, 2009. № 6.

6. Свод Законов Республики Таджикистан. Т.5. Душанбе, 2008. Ст. 57.

7. Шарифов Р.А. Теория правового воспитания. Душанбе, 2010.

8. Асадов З.Б. Инструкция для трудовых мигрантов. Душанбе, 2011.

9. Научно-популярный комментарий к Конституции Республики Таджикистан. Душанбе, 2009.

10. Насурдинов Э.С. Комментарий к Закону Республики Таджикистан «Об ответственности родителей в воспитании и обучении детей». Душанбе, 2012.

Насурдинов Э. С

Фишурда

Заминаҳои ташаккул ва дурнамои инкишофи сиёсати тарбияи ҳуқуқӣ дар Тоҷикистон

Дар мақолаи мазкур сараввал мафҳум ва моҳияти тарбияи ҳуқуқӣ ва сиёсати давлатии ин самт аз лиҳозӣ назариявӣ тавзеҳ ёфтааст. Сипас муаллиф бо истинод ба адабиёти илмию амалӣ заминаҳои таърихии ташаккули сиёсати ҳуқуқии Тоҷикистонро дар бахши тарбияи ҳуқуқӣ мавриди баррасӣ қарор додааст. Дар интиҳо аз ҷониби муаллиф чанд мулоҳиза доир ба дурнамои сиёсати давлатӣ дар самти тарбияи ҳуқуқӣ матраҳ гардидаааст.

Насурдинов Э. С

Аннотация

Предпосылки становления и перспективы развития правовоспитательной политики в Таджикистане

В данной статье поэтапно рассмотрены вопросы, связанные с понятием и содержанием правового воспитания и его месте в правовой политике, исторические предпосылки становления правовоспитательной политики в Таджикистане, а также перспективы ее развития. Автор, рассматривая данные вопросы, ссылается в основном на источники теоретического и практического характера. Предлагается авторский взгляд на перспективы развития и пути улучшения правовоспитательной политики.

Nasurdinov E. S.

The summary

Background of the formation and prospects of the legal upbringing policy in Tajikistan

In this article the questions in phases related to the concept and content of legal upbringing and legal education and their place in legal policy, the historical background of the formation of legal upbringing policy in Tajikistan, as well as prospects for its development are considered. The author in considering these questions refers mainly on sources of theoretical and practical problems. There are offered some author's views about the future development and ways to improve the legal upbringing policy.

Азизов У.А.*

«Худуд» как категория наказания в мусульманском праве

Калидвожаҳо: ҳуқуқи мусулмонӣ, муҷозоти ҳудуд, институти ҷазо, ҳукми қатл, ҷудо намудани қисмҳои тан, ҷазои ҷисмонӣ, бадарға, мусодираи амвол, ҷуброни зарар, маҳрумкунӣ аз ҳуқуқи шоҳидӣ, маҳрумкунӣ аз ҳуқуқи мерос

Ключевые слова: мусульманское право, наказание категории ҳудуд, институт наказания, смертная казнь, отсечение определенных частей тела, телесные наказания, высылка, конфискация имущества, возмещение ущерба, лишение права свидетельствовать, лишение права на наследство

Key words: the muslim law,category punishmentof the «hudud», institute of punishment mortal execution, cutting off of certain parts of a body, corporal punishment, dispatch, property confiscation, damage compensation, right deprivation to testify, deprivation of the right to the inheritance

Наказание «худуд» (ед. ч.хадд) согласно мусульманскому уголовному праву представляет собой группу определенных наказаний, установленных за совершение абсолютно точных преступных деяний в самом Коране и Сунне.

Наказания этой категории разделяют на основные и дополнительные. К числу основных наказаний относятся: смертная казнь, отсечение определенных частей тела человека, телесные наказания в виде определенного количества ударов плетью. Дополнительными наказаниями являются: высылка, конфискация имущества, возмещение ущерба, а в качестве акцессорных наказаний - лишение права свидетельствовать в дальнейшем, лишение права на наследство.[1]

Более подробно рассмотрим некоторые из них:

Смертная казнь– является самим древним и наиболее суровым по сравнению с другими видами уголовно-правовых наказаний. Она согласно мусульманского уголовного права выражается как в правомерном лишении жизни лица, совершившего преступление, посягающее на право Аллаха и предусмотрена как в качестве абсолютно определенного наказания (хадд), так и воздаяния равным (кисас), и в качестве назидательного наказания тазир за совершение определенных преступных деяний.

---

*Канд. юрид. наук, доцент, зав. кафедрой права человека и сравнительного правоведения юрид. ф. – та Таджикского национального университета, тел.: 907-81-12-85, e-mail: azizov-u.a@mail.ru.

[1]Халиль Хикмат Хусейн. Система наказаний по мусульманскому уголовному праву: дис. … канд. юрид. наук. Махачкала, 2008. С. 62.

В мусульманской правовой системе применяют два вида смертной казни – простую (кетл) и квалифицированную (реджм). Для исполнения смертной казни используется метод обезглавливания или повешения (простая смертная казнь (кетл)), или побивания камнями (квалифицированная смертная казнь (реджм)), который применялся только за совершение прелюбодеяния лицом, состоящим в браке.

Простая смертная казнь применяется за преступления против Бога, за совершение преступления против государственной власти (бунт), за разбой, и за повторное совершение некоторых преступлений.[2] За совершение прелюбодеяния человекам, состоящим в браке, наказание предусматривалось в виде побивания камнями насмерть. Если лицо, совершившее это преступление, не состояло в браке, то его наказывали в соответствии с нормами Корана ста ударами. Причина такого разнообразия в наказаниях состоит в том, что само преступление прелюбодеяния в первую очередь наносит вред семейным устоям и супружеской верности. Также совершение этого преступления посягает на основную охраняемую моральную ценность–продолжение рода, угрожая одновременно устоям морали и интересам семьи.

Совершение разбоя тоже кралось смертной казнью. Основанием для криминализации и применения наказания в виде смертной казни стало указанное в следующем аяте Корана: «И воздаяние для тех, кто против Бога и посланника Его воюет, Усердствуя нечестие посеять на земле, - Предание их смерти, или распятие их на кресте, Иль, отсеченье накрест рук и ног, Или изгнать из страны. Сие – бесчестие для них в ближайшей жизни, И кара величайшая – в другой».[3]

Также как основное наказание смертная казнь применяется и в отношении лиц, совершивших вероотступничество. Коран не предусматривает конкретного наказания за совершение вероотступничества. Такое наказание предусмотрено в Хадисах и установлено Пророком: «(Если мусульманин) поменяет свою религию, убейте его».[4]

Бунт в мусульманском праве тоже наказывался смертью. Попытка свержения главы государства, неповиновение властям и иные виды антигосударственной деятельности, посягающие на основы политического строя, в мусульманском праве рассматривается как опаснейшее государственное преступление– бунт.

За повторное совершение некоторых преступлений также назначалась смертная казнь. Например, по мнению ученых, после

---

[2] Артемов В.Ю. Основные институты мусульманского уголовного права: дис. … канд. юрид. наук. М., 2008. С. 92-93.

[3] Сура 5«Трапеза», аят 33. Цит. по: Коран. Перевод смыслов и комментарии Валерии Пороховой. Тегеран, 2004. С. 132.

[4] Сахих Аль-Бухари. М., 2005.С. 486-487; Об этом так же см: Назаров А.К. Уголовно - правовые нормы Корана и хадисов и их классификация по институтам уголовного права. Душанбе, 2014С. 149.

третьего или четвертого раза употребления спиртных напитков полагалось казнить преступника. Некоторые допускали смертную казнь для злостных алкоголиков в отдельных случаях.[5] Также смертная казнь применялась в качестве воздаяния равным (кисас) за совершение умышленного убийства.[6]

Телесное наказание как один из других видов древних наказаний преемственно перешло к мусульманскому праву из предыдущих правовых систем и обычаев древних народов. Оно и раньше исполнялось путем нанесения назначенного количества ударов определенными предметами по телу лица, совершившего какое – то деяние, нарушившее установленные общественные отношения. Согласно мусульманскому праву, телесное наказание, как и в зороастрийском праве, осуществлялось в виде ударов плетью. Оно являлось одним из самых часто применяемых видов наказаний в зороастрийской системе права и по шариату. Сам Коран в отдельных аятах предусматривает применение этого вида наказания. Количество наносимых ударов плетью зависит от вида совершенного преступления. За совершение преступлений этой категории наказание в виде ударов плетью применяется при совершении прелюбодеяния, ложном обвинении в прелюбодеянии и употреблении спиртных напитков.

«Прелюбодея и прелюбодейку, Подвергнуть порке в сто ударов.[7] Как вытекает из предусмотренного аятом Корана, лица, не состоящие в браке, за прелюбодеяние подвергаются телесному наказанию (ударами плетью) в размере 100 ударов. Также наказание такого характера назначается соучастникам в совершении этого преступления. Например, за посредничество или сводничество полагается наказание в виде бичевания 75 ударами.[8]

Применение такого наказания предусматривалось и за ложное обвинение в прелюбодеянии.

«А те, кто клевету возводит на целомудренных девиц, И не представит четырех свидетелей (греха их), -Побить кнутом их восемьдесят раз».[9]

Несвободного человека или раба, обвиняемого в совершении прелюбодеяния, наказывают пятьюдесятью ударами, что основывается на предусмотренном аятами Корана – «Пусть они будут подвергнуты половине наказания свободных, не состоящих в браке, лиц».[10]

---

[5] Садагдар М. И. Основы мусульманского права. М., 1968.С. 115.
[6] Артемов В.Ю. Указ.соч. С. 93.
[7] Сура 24 «Свет», аят 2. Цит. по: Коран. Перевод смыслов и комментарии Валерии Пороховой. Тегеран, 2004. С. 376.
[8] Керимов Г.М. Шариат. Закон жизни мусульман. М., 1999. С. 161.
[9] Сура 24 «Свет», аяты 4 - 5. Цит. по: Коран. Перевод смыслов и комментарии Валерии Пороховой. Тегеран, 2004.С. 376.
[10] Хидоя. Комментария мусульманского права: в 2 ч. Ч.1. Т. I-II. М., 2010. С. 434.

Основанием для приостановления и отмены наказания являются смерть свидетелей или их исчезновение, вступление в брак для лиц, совершивших прелюбодеяние. В случае беременности женщины виновной в прелюбодеянии, исполнение приговора может быть отложено до рождения ребенка.[11]

С целью общего предупреждения этого вида преступления Коран предусматривает, что: «И пусть при наказании (прелюбодеев), Присутствует собрание людей, уверовавших (в Бога)».[12]

Назначается наказание определенным количеством ударов плетью и лицам за употребление спиртных напитков. Но в отличие от прелюбодеяния в Коране не предусматривается количество ударов за совершение этого преступления, но таковое предусматривают Хадисы.

Согласно Хадисам за употребление спиртных напитков Пророк Мухаммед лично повелел наказывать сорока ударами. В этом следовал и поступку Пророка и первый праведный халиф Абу Бекр. А второй праведный халиф Омар (Умар) увеличил число ударов до восьмидесяти по аналогии с ложным обвинением в прелюбодеянии на том основании, что пьяный не понимает того, что говорит, и распространяет клевету и ложь.[13]

Иногда наказание можно было отложить на определенное время. Например, если применение наказания грозит осужденному его смертью из-за болезни, беременности и др.

В истории развития института наказания одним из древнейших его видов считаются *членовредительные наказания.* Они тоже перешли к мусульманскому праву из предыдущих правовых систем. Этот вид наказания был известен зороастрийскому праву и другим правовым системам доисламского периода.Членовредительные наказание является наказанием категории хадд и непосредственно закреплено в самом Коране, использовалось на протяжении всего средневекового периода развития мусульманского права, в том числе и в Таджикистане.

Например, в самом Коране говорится о применении такого наказания: «И вору и воровке отсекайте руки, как воздаяние за то, что (души их) усвоили себе – как наказание от Бога».[14]

Согласно нормам мусульманского уголовного права, которое объединяет и некоторые процессуальные и уголовно - исполнительные нормы, определяются способы и методы применения наказания в виде отрубания конечности. За совершение кражи в первый раз полагается отсечение правой руки, во второй раз - левой ноги. В этом случае

---

[11] Арабский халифат и мусульманское право. М., 1997. С. 48.
[12] Сура 24 «Свет», аят2. Цит. по: Коран. Перевод смыслов и комментарии Валерии Пороховой. М., 2004. С. 376.
[13] Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 190.
[14] Сура 5 «Трапеза», аяты 38-39. Цит. по: Коран. Перевод смыслов и комментарии Валерии Пороховой. Тегеран, 2004. С. 133.

согласно господствующей традиции отсекается только кисть руки и ступня ноги. Согласно иной традиции, отсекается четыре пальца правой руки, оставляя ладонь и большой палец, а левую ступню отрубают до половины.[15]

Ханафитская школа полагает за совершение кражи в третий раз тюремное заключение. Согласно учению шафиитов за совершение кражи в третии раз полагается отсечение левой руки, в четвертый раз - отсечение правой ноги, а в пятый раз применяют наказание тазир.[16]

Наказание за совершение кражи применяется и в отношении несовершеннолетних, но в облегченном порядке. Если несовершеннолетний совершает кражу в первый раз, то, согласно учению шиитского направления, его прощают. За вторую кражу к нему применяется назидательное наказание тазир, а в третий раз ему слегка надрезают пальцы, а если в четвертый раз совершает кражу, то предлагают отрубить ногтевую флангу одного пальца.[17]

За совершение разбоя Коран тоже предусматривает такой вид наказания:«... Иль, отсеченье накрест рук и ног...».[18] Применяется такое наказание тогда, когда преступник при разбое не совершает убийство и завладеет только имуществом. В таком случае, если он совершает это деяниев первый раз, то отсекают его правую руку и левую ногу, и если совершает во второй раз, отсекают левую руку и правую ногу преступника.[19]

Как ранее было отмечено, некоторые наказания категории худуд (хадд) применяются в качестве дополнительного наказания. Это высылка, конфискация имущества, возмещение ущерба.

Высылка как вид наказания применялась и в доисламской период государственности таджикского народа за совершение ограниченных видов преступных деяний. Высылка криминализирована самим Кораном и потом отдельные его положения были разработаны и научно закреплены Хадисами и доктриной мусульманского права. Согласно аята Корана, оно предусматривается за совершение разбоя, о котором говорится: «…Или изгнаны из страны. Сие – бесчестие для них в ближайшей жизни, И кара величайшая – в другой».[20]

Высылка в мусульманском праве применяется за совершение разбоя, прелюбодеяние, употребление алкогольных напитков в качестве

---

[15] Керимов Г.М. Шариат. Закон жизни мусульман. М., 1999. С. 163.
[16] Артемов В.Ю. Указ.соч. С. 118-119.
[17] Садагдар М.И. Основы мусульманского права. М., 1968. С.115.
[18] Сура 5 «Трапеза», аяты 33-34. Цит. по: Коран. Перевод смыслов и комментарии Валерии Пороховой. Тегеран,2004. С. 132.
[19] Елаян Г.Ф. Основы мусульманского уголовного права. Махачкала, 2002. С. 145.
[20] Сура 5 «Трапеза», аят 33. Цит. по: Коран. Перевод смыслов и комментарии Валерии Пороховой. Тегеран,2004. С. 132.

основного и дополнительного наказания.[21] Точного срока высылки Коран не устанавливает, но согласно учениям правовых школ она назначается в зависимости от срока пребывания в высылке на один год и на неопределенный срок.

На один год высылают лиц не состоящих в браке, совершивших прелюбодеяние. Наказание осуществляется в виде изгнание в пределах мусульманской страны на расстояние 81 км от места постоянного проживания. Ханафиты и маликиты считают, что за прелюбодеяние лиц, не состоящих в браке, можно высылать только мужчин, а женщин нельзя, поскольку они не могут выехать из страны без сопровождения близкого родственника.[22]

Высылка на неопределенный срок назначается для того, чтобы осужденный раскаялся, на чужбине и больше не совершал такого деяния. Этот вид наказания, как и все другие наказания, имеет и устрашающий характер.

Однако в толковании данной нормы Корана взгляды мусульманских правовых школ не совпадали. Одни считали, что изгнать осужденных из родной земли значит казнить их. Другие полагали, что термин «изгнание» в аяте означает ссылку разбойников за пределы мусульманского государства. Третьи под термином «изгнание» понимали высылку с места жительства, но в пределах мусульманского государства с лишением свободы.[23]

Конфискация имущества применяется в соответствии с шариатом и состоит в принудительном безвозмездном изъятии в собственность мусульманской государственной казны всего или части имущества осужденного.Оно применяется только за совершение измены исламу.[24]

По поводу объема конфискованного имущества среди правовых школ нет единого мнения. Например, согласно учению Абу Ханифы можно конфисковать только то имущество, которое вероотступник приобрел после измены исламу. Другие правовые школы суннитской направленности считают, что надо конфисковать имущество в полном объеме. Представители всех правовых школ единодушны в том, что конфискованное имущество возвращается к вероотступнику после возвращения его к исламу.

Лишение права на наследство и лишение права на свидетельствование считаются наказаниями, которые применяются согласно мусульманскому уголовному праву в качестве акцессорного наказания. То есть они независимо от того, предусматриваются или не

---

[21] Рамез Ахмед Элайди. Наказание по уголовному праву арабских стран : автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2002. С. 10.
[22] Назаров А.К. Уголовно - правовые нормы Корана и хадисов и их классификация по институтам уголовного права. Душанбе, 2014. С. 129.
[23] ХалильХикмат Хусейн. Указ соч. С. 76.
[24] Там же. С. 77.

предусматриваются в тексте приговора, автоматически применяются в отношении лица, совершившего определенное преступление.

Наследовать имущество по данному виду наказания запрещается лицам, совершившим преступление вероотступничества, или совершившим преступление в отношении тех, кто оставляет наследство, например, если сын становится причиной гибели своего отца.

Согласно данному наказанию наследник лишается присвоенного определенного унаследованного имущества. Данное наказание применяется и за вероотступничество, поскольку кафир не наследует мусульманину и мусульманин не наследует кафиру.

Лишение права на свидетельствование является другим видом наказания этой категории. В Коране говорится: «А те, кто клевету возводит на целомудренных девиц, … И никогда свидетельства от них не принимать…»[25]

Согласно содержанию этого аята Корана лицо, осужденное за совершение недоказанного (ложного) обвинения в прелюбодеянии, не может выступать в качестве свидетеля в суде и при заключении и исполнении гражданских договоров. Лицо, осужденное за совершение такого деяния, не может быть свидетелем, пока искренне не раскается, о чем говорит следующийаят Корана: «Они ведь нечестивы и распутны. Помимо тех, кто (в лжесвидетельстве своем) раскается и (поведение свое) исправит, - Аллах ведь, истинно, прощающ, милосерд!».[26]

Литература:

1.Арабский халифат и мусульманское право. М., 1997.
2. Артемов В.Ю. Основные институты мусульманского уголовного права: дис. … канд. юрид. наук. М., 2008.
3. ХалильХикмат Хусейн. Система наказаний по мусульманскому уголовному праву: дис. … канд. юрид. наук. Махачкала, 2008.
4. Коран. Перевод смыслов и комментарии Валерии Пороховой. Тегеран, 2004.
5. Сахих Аль-Бухари. М., 2005.
6. Назаров А.К. Уголовно - правовые нормы Корана и хадисов и их классификация по институтам уголовного права. Душанбе, 2014.
7. Садагдар М. И. Основы мусульманского права. М., 1968.
8. Керимов Г.М. Шариат. Закон жизни мусульман. М., 1999.
9. Хидоя. Комментария мусульманского права: в 2 ч. Ч.1. Т. I-II. М., 2010.
10. Елаян Г.Ф. Основы мусульманского уголовного права. Махачкала, 2002.
11. Рамез Ахмед Элайди. Наказание по уголовному праву арабских стран: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2002.

---

[25] Сура 24 «Свет», аяты 4, 5. Цит. по: Коран. Перевод смыслов и комментарии Валерии Пороховой. Тегеран, 2004.С. 376.
[26] Там же. С. 376.

Азизов У. А.

Фишурда

«Ҳудуд» ҳамчун категорияи ҷазо дар ҳуқуқи мусулмонӣ

Ҳуқуқи мусулмонӣ қисми таърихии ҳуқуқи тоҷикон мебошад. Ҷиноят ҳамчун падидаи иҷтимоӣ дар ҳуқуқи мусулмонии ҷиноятӣ хусусияти худро дошт. Муаллиф дар асоси таҳлили манбаҳои зиёди илмию амалӣ моҳияти категорияи «ҳудуд» - ро аз нигоҳи нав муайян кардааст.

Азизов У. А.

Аннотация

«Худуд» как категория наказания в мусульманском праве

Мусульманское право является частью правовой истории таджиков. Преступление как социальное явление в мусульманском уголовном праве имело свои особенности. В данной статье автором с использованием богатой специальной литературы и учений ведущих мыслителей в области теории и истории права, мусульманского права и уголовного права анализируются особенности преступлений категории «худуд» и назначение наказаний в отношении лиц, совершивших преступления этой категории мусульманского уголовного права.

Azizov U. A.

The summary

«Hudud», as a category of punishment in muslim criminal law

The muslim law is a part of our national legal history. The crime as the social phenomenon in muslim criminal law had the features. In given article with use of rich special literature and doctrines of leading thinkers in the field of the theory and history of the law, the muslim right and criminal law are analyzed by the author the features of crimes categories «hudud» and appointment of punishment concerning persons commit a crime on the category of the muslim law.

Куканов А.З.*

Конфедерация как форма межгосударственного устройства

Калидвожаҳо: конфедератсия, иттиҳод, сохти давлатӣ

Ключевые слова: конфедерация, союз, государственное устройства

Key words: confederation, union, state structure (form)

Деятельность всякого государства во многом зависит не только от форм его собственного внутригосударственного устройства, но и от организационных форм межгосударственного общения, когда некоторые объединение надгосударственные органы как бы продолжают, а порой завершают функциональную деятельность внутригосударственных организаций. Эти влияние, практико – вавшееся на протяжении всей истории существования человечества, значительно повысилось в последнее время, когда люди осознали, что лишь совместными усилиями можно выстоять перед такими глобальными, межнациональными проблемами современности, как экологическая и технологическая безопасность, организованная преступность, терроризм, ограниченность природных ресурсов, международное разделение труда, необходимость разоружения и т.д. Об этом свидетельствуют Договор об учреждении Европейского экономического сообщества 1957г., Договор о Европейского Союзе 1992г., и Шенгенские соглашения 1985г., устанавливающие прозрачность государственных границ. Европейские страны установили единую межгосударственную валютную единицу (евро) и активно работают над принятием конституции объединенной Европы.[1] Процессу объединения государств способствует и обострившаяся борьба за предел власти и природных богатств. Это объединение может идти по экономическому, политическому, территориальному, этническому признаку. Примером может послужить консолидация исламской и западной цивилизаций в рамках различных союзов. К сожалению, в результате такого объединения государства как суверенные субъекты международного общения часто вытесняют на вторые роли.

Юридической науке известны и такие формы объединения государств, как протектораты, унии, фузии, инкорпорации и конфедерации.

---

*Канд. юрид. наук доцент кафедры теории и истории государства и права юридического ф-та Таджикского национального университета. E-mail: ayniddin _kukanov@mail.ru

[1]Кулапов В. Л., Малько А. В. Теория государства и права М., 2008. С. 82.

Конфедерация представляет собой государственно-правовое объединение, союз суверенных государств.[2] Она является неустойчивой и выступает переходной формой к распаду союза (Австро-Венгрия, Швеция и др.), либо к формированию федерации (США, Германия, Швейцария). Единственным условием, обеспечивающим трансформацию конфедерации в федерацию, является наличие экономических основ интеграции хозяйственных комплексов ее субъектов в единое экономическое пространство.

Именно отсутствие единого территориального суверенитета позволяет отличить конфедерацию как союз государств от федеративного государства. А от коалиции конфедерацию отличает определенный государственно-территориальный элемент в ее организации. Коалиция государств (а бывает и внутригосударственная коалиции политических сил) - это временная координация вооруженных сил двух и более государств. Конфедерация – это межгосударственное объединение, предполагающее большее или меньшее сближение правовых режимов территории соответствующих государств.

Примерами конфедераций могут служить Австро-Венгрия до 1918г., Швеция и Норвегия до 1905г., США с 1781г. по 1787г., Швейцария с 1815г. по 1848г. И конфедерация всегда была вынужденной формой соединения государств, либо перерастающей в федерацию, либо разрушающейся на самостоятельные национальные государства. Об этом свидетельствуют и примеры из истории XX века. Объединенная Арабская Республика, образованная Египтом и Сирией в 1958г., распалась уже в 1961г. Сенегамбия, созданная путем объединения Сенегала и Гамбии в 1982г., распалась лишь несколькими годами позднее.[3]

В качестве типичных черт конфедерации Ю.А. Тихомиров называет договорную основу ее образования, свободу выхода, отсутствие первичного суверенитета объединения, ограниченный круг предметов ведения государственных органов.[4] Раскрывая понятие конфедерации, можно и иначе выделить ее признаки: во-первых, конфедерации является надгосударственным образованием, добровольным союзом (объединением) сохраняющим свой суверенитет государств; во-вторых, такое объединение имеет определенную функциональную направленность, то есть императивный мандат действия, определяющий временные рамки существования конфедерации; в-третьих, в основании объединения лежит принцип рекомендательности исполнения его решений; в-четвертых, допускается асимметрия положения субъектов

---

[2] Общая теория права и государства /под ред. В.В. Лазарева. М,1994. С 263

[3] Бабурин С. Н. Территория государства: правовые и геополитические проблемы. М., 1997 С. 55.

[4] Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С.17

объединения. Каждое государство – субъект конфедерации сохраняет свою международную правосубъектность, право сецессии, право исполнения и неисполнения решения, право на свободный выбор форм сотрудничества.

К признакам, характеризующим определенное организационное устройство в виде конфедерации, А.В. Бутаков относит и наличие у каждого субъекта такого объединения непосредственного представительства.[5] В этом отношении можно согласиться с попыткой автора представить конфедерацию как одну из форм государственного устройства. С. Н. Бабурин относит конфедерации к надгосударственным объединениям, условно отделяя их от межгосударственных объединений. Он также выделяет по формально-юридическим признакам «глобальные» конфедерации (Европейский Союз, Содружество Независимых Государств) и конфедерации «локальные» (например, объединение в одних государственных границах Мусульмано-хорватской (федерации с Сербской Республикой в Боснии). Были предметом дискуссии варианты конфедерации ГДР и ФРГ, Северной и Южной Кореи. К стабильности и миру ведет поиск аналогичного решения проблемы взаимоотношений Республики Молдовы и Приднестровской Молдавской Республики. Учитывая, фактический отказ России в 1992-1997г.г. от своих обязательств перед Абхазией, добровольно вошедшей в состав России в 1810г. и никогда о каком-либо выходе не заявлявшей, форма конфедерации может быть временным решением и проблем грузино-абхазских отношений. Тем более что в 1921г. независимая Абхазская Советская Республика уже заключала с Грузией договор, войдя в состав последней именно как союзная (договорная) ССР. Нельзя исключать и конфедеративное переустройство находящегося в состоянии многолетней войны Афганистана.

Он делает вывод о том, что конфедерация по своим государственно-правовым признакам является первым этапом формирования единого союзного государства, от которого ее отличает приоритет политической и правовой систем государств - субъектов конфедерации перед общими системами.[6]

Конфедерация, в отличие от других международных организаций, обладает правом принимать решения для выполнения возложенных на нее функций и имеет для этого союзные коллегиальные органы. Эти органы нельзя рассматривать как государственные. Они формируются на основе делегации, представительства от каждого союзного государства. Делегаты, из

---

[5]Бутаков А. В. Нормативный структурализм и современное Российского государство: методологическое исследование. Омск, 1996. С. 71.
[6] Бабурин С. Н. Указ. раб. С. 55.

которых состоят союзные органы, связаны обязательными инструкциями, полученными от своих государств, и не вправе принимать решения по собственному усмотрению. Иными словами, они получают императивный мандат. Поэтому конфедеративные учреждения определяются как органы международного объединения. Они принимают решения не простым большинством голосов, а квалифицированным, или консенсусом - прямым либо подразумеваемым согласием делегаций всех участников союза по принципу «одна делегация — один голос».

Решения, принимаемые конфедерацией, не являются законами. Они определяются как акты международного, а не государственного права. Они создают права и обязанности не для граждан и организаций, а для государств, входящих в конфедеративный союз. Не являясь государством, конфедерация не может устанавливать правовые отношения с какими-либо субъектами права на их территории и не имеет собственного гражданства. Государства-члены сохраняют полное право юрисдикции на своей территории. Поэтому решения конфедеративных органов нуждаются, как правило, в ратификации со стороны высших органов государств-участников.

В конфедерациях отсутствует собственная система исполнительных органов. Исполнение их решений осуществляется органами государств, участвующих в союзе. Но за нарушение таких решений санкции применяются не к органам, а к самим государствам. Их видами являются различного рода экономические санкции и даже вооруженные действия силами других членов конфедерации.

Бесспорными, однако, являются право «нуллификации» (аннулирования) государствами-членами решений конфедеративных органов и их право на сецессию, односторонний выход из конфедерации. Разумеется, оставление союза может встретить фактические препятствия[7]. Однако сохранение суверенитета за участниками союза дает им юридически полную свободу выбора в этом вопросе. Поэтому в основании конфедеративного объединения лежит принцип рекомендательности исполнения его решений.

Таким образом, конфедерация не является формой государственного устройства конкретного государства, это межгосударственное объединение, временный юридической союз суверенных государств, созданный для обеспечения их общих интересов (Швейцария с 1815 по 1848г., США с 1776 по 1787г.,

---

[7]Кулапов В. Л., Малько А. В. Теория государства и права. М., 2008. С. 82.

Германский Союз с 1815 по 1866г.). В отличие от федерации лишь координируют деятельность государств ее членов, и только по вопросам, для разрешения которых они объединились. Конфедерация отличается от федерации меньшей сплоченностью своих государств, она не обладает суверенитетом, не имеет единого гражданства, законодательства, единой денежной системы и т.д.

Литература:

1. Кулапов В. Л., Малько А. В. Теория государства и права. М., 2008.
2. Общая теория права и государства /под ред. В.В. Лазарева. М.,1994.
3. Бабурин С.Н. Территория государства: правовые и геополитические проблемы. М., 1997.
4. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996.
5.Бутаков А.В. Нормативный структурализм и современное Российского государство: методологическое исследование. Омск, 1996.

Куканов А.З.

Фишурда
Конфедерация ҳамчун шакли сохти байнидавлатӣ

Дар мақола конфедератсия ҳамчун иттиҳоди байнидавлатӣ баррасӣ шуда, бо мақсади ба даст овардани ҳадафҳои иқтисодӣ, ҳарбӣ таъсис дода мешавад. Пешниҳод мешавад, ки конфедератсия шакли сохти давлати набуда, ба шакли сохти байни давлатӣ дохил мешавад.

Куканов А.З.

Аннотация
Конфедерация как форма межгосударственного устройства

В статье рассматривается конфедерация как союз между государств и образуется оно для решения экономических и военных проблем. Предлагается, что конфедерация не является устройство государства, а является межгосударственное устройство.

Kukanov A.Z.

The summary
Confederation as an interstate

In the article it is analyzed the confederation as an interstate alliance directed to the aim of establishment economic, military superiority. It is suggested that confederation is not a form of state structure, it belongs to the interstate form.

Филиппова А.В.*

Механизм международно – правового регулирования налогообложения иностранных коммерческих организаций

Калидвожаҳо: ҳуқуқи байналмилалии андоз, ташкилоти тиҷоратии хориҷӣ, идоракунии байналмилалии андозбандӣ

Ключевые слова: международное налоговое право, иностранные коммерческие организации, международное налоговое администрирование

Key words: internationaltaxlaw, foreign legal entities, international tax administration

Иностранные организации могут осуществлять коммерческую деятельность одновременно на территории нескольких государств, при этом каждое из государств может претендовать на отчуждение части прибыли иностранной организации в форме налогов и сборов. Обеспечить публичные интересы каждого государства возможно посредством повышения эффективности механизма международного правового регулирования налогообложения иностранных коммерческих организаций.

С.С. Алексеев определяет механизм правового регулирования как взятую в единстве всю совокупность юридических средств, при помощи которых обеспечивается правовое воздействие на общественные отношения.[1]Такую позицию разделяют и другие авторы.[2]

Механизм правового регулирования представляет собой систему правовых средств, способов и методов воздействия права на

---

*Кандидат юридических наук, старший преподаватель, Московский государственный университет экономики, статистики и информатики (МЭСИ).

[1] Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юрид. лит. 1966. С. 45.

[2] Серова О.А. Ограничения как элементы механизма гражданско-правового регулирования. // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия: Право. 2012. №1; Шахбазов Р.А. Законность в контексте правового регулирования // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2007. №40, Т. 16.

общественные отношения, позволяющие претворять в жизнь правила поведения, содержащиеся в нормах права. От качества функционирования механизма правового регулирования зависит эффективность действия правовых норм, степень достижения общественно значимых целей.

Зачастую в юридической литературе исследуются отдельные отраслевые механизмы правового регулирования, например, механизм конституционно-правового регулирования[3], механизм гражданско-правового регулирования[4], механизм международно-правового регулирования.

И. И. Лукашук определяет механизм международно-правового регулирования как совокупность международно-правовых средств и методов воздействия на межгосударственные отношения.[5] При этом в качестве основных элементов отмечаются международно-правовая норма, международно-правовые отношения, международно-правовое сознание, складывающееся из совокупности разделяемых государством взглядов, представлений и идей относительно необходимого международного правопорядка.

Если объектом правового регулирования выступают публичные отношения, то основной задачей такого регулирования является обеспечение интересов государства в целях эффективного выполнения им своих функций. Поэтому содержание элементов механизма правового регулирования в данном случае должно способствовать решению этой задачи.

Международная деятельность иностранных коммерческих организаций порождает для них налоговые обязательства, одновременно возникающие в рамках налоговых систем нескольких государств. Это обстоятельство создает угрозу неоднократного налогообложения одних и тех же объектов налогов, установленных национальным законодательством разных государств, что, в свою очередь, оказывает неблагоприятное воздействие на развитие международной торговли в частности и мировой экономики в целом.

Поэтому одной из приоритетных целей международно-правового регулирования налогообложения иностранных коммерческих организаций, осуществляющих свою деятельность

---

[3] Морозова А.Н., Белобрагина Н.А. К вопросу о понятии и некоторых элементах конституционно-правового механизма защиты культурных прав и свобод человека и гражданина // Известия Тульского государственного университета. Серия: Экономические и юридические науки. 2013. № 2–3.

[4] Гиль Е.В. Механизм гражданско-правового регулирования возмещения вреда жизни или здоровью сотрудников полиции // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2012. №2 (49); Лошакова С.А. О функциях правового регулирования //Юридическая наука. 2011. №1; Пермяков А.В. К вопросу об определении понятия «обман» и его места в механизме гражданско-правового регулирования // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 2011. № 2.

[5] Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов. М.:ВолтерсКлувер, 2005.

одновременно на территориях нескольких государств, является обеспечение эффективной деятельности уполномоченных органов исполнительной власти государств по применению национальных правовых норм в сфере налогообложения таких организаций и недопущению фактов неоднократного налогообложения одних и тех же объектов обложения на территориях нескольких государств.

Одним из важнейших элементов механизма международно-правового регулирования налогообложения коммерческих организаций выступают правовые нормы, содержащиеся в международных соглашениях.

В Российской Федерации (далее РФ) приоритетное значение в правовом регулировании налогообложения иностранных организаций имеют нормы международного права об избежании двойного налогообложения, содержащиеся в международных конвенциях, договорах и соглашениях, подписанных и ратифицированных РФ. Подписание таких соглашений позволяет применять единые принципы налогообложения в национальных налоговых системах; обеспечивать беспрепятственное осуществление международной деятельности компаний посредством недопущения многократного взимания налогов с одних и тех же объектов налогообложения; устанавливать в отношении иностранных юридических лиц режим наибольшего благоприятствования или применять к ним национальный режим налогообложения. В результате международное регулирование обеспечивает беспрепятственное осуществление международной торговли, благоприятные условия инвестиционной деятельности, оказывающей влияние на развитие экономики государства.

Ст. 15 Конституции РФ и ст. 7 Налогового кодекса РФ (далее НК РФ) установлено, что международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы и если международным договором установлены правила иные, чем предусмотрены законом, то применяются правила международного договора.

В российской юридической литературе большое внимание уделяется сравнительно-правовому анализу международных налоговых соглашений, в которых одной из сторон выступает РФ. В частности, это нашло отражение в исследованиях А.В. Брызгалина, М.А. Денисаева, Г.А. Камышникова, В.А. Кашина, И.И. Кучерова, Е.Ф. Лощенковой, Л.В. Полежаровой, О.Ж. Сататова, А.А. Ухваля, А.А. Шахмаматьева, Е.В. Шередеко, Т.А. Шуртаковой.

В международной практике существуют несколько типовых моделей соглашений об избежании двойного налогообложения доходов и капитала, которые используются в качестве основы для создания межправительственных соглашений конкретных государств.

Так, в 1963г. Организацией экономического сотрудничества и развития (далее ОЭСР) была утверждена типовая модель Конвенции об избежании двойного налогообложения доходов и капитала, в которой нашли закрепление основные определения основных понятий, применяемых в международных соглашениях, а также типовые методы избежания двойного налогообложения и подходы к налогообложению капитала и различных видов доходов, определен порядок обмена информацией и оказания взаимной помощи в исполнении требований о взыскании налогов.

Министерство финансов США в 1976г. опубликовало самостоятельное модельное соглашение, которое применяется правительством США в качестве базового проекта при заключении договоров с другими странами. Как отмечает Л. В. Полежарова, американская модель по сравнению с моделью ОЭСР является более жесткой, налагает серьезные ограничения на пользование предоставляемыми ею льготами, стремясь предотвратить налоговое мошенничество и создание организаций с целью избежания налогообложения.[6]

В результате анализа международных договоров можно утверждать, что в настоящее время выработаны два подхода к устранению двойного налогообложения – резидентный, который основывается на наделении налогоплательщика статусом резидента того или иного государства, и территориальный, при реализации которого государство подвергает налогообложению только тот доход или капитал, который был получен налогоплательщиком на территории данного государства.

Российское налоговое законодательство возлагает на иностранные организации обязанность при применении положений международных договоров представлять их российскими налоговыми агентами подтверждение того, что эта организация имеет постоянное местонахождение в государстве, с которым Россия имеет международное соглашение по вопросам налогообложения (ст. 312 НК РФ). Такое подтверждение позволяет налоговому агенту, в соответствии с нормами международного соглашения, производить освобождение от удержания налога с суммы выплаченного дохода или применять при удержании суммы налога пониженную налоговую ставку.

В настоящее время спорным является вопрос о периодичности предоставления налоговому агенту подтверждения резидентства иностранной организации, поскольку федеральное законодательство

---

[6] Полежарова Л.В. Международные соглашения об избежании двойного налогообложения // Финансы. 2010. № 7.

не содержит норм, устанавливающих периодичность представления подтверждений и срок их действия.

Разъяснения Министерства финансов РФ указывают на то, что подтверждение постоянного местонахождения головной иностранной организации в государстве, с которым Россия имеет соглашение по вопросам избежания двойного налогообложения, достаточно предоставлять налоговому агенту один раз в год. При этом если в течение года не возник факт выплаты дохода со стороны налогового агента, то никакого подтверждения предоставлять не нужно.[7]

Такой же позиции придерживается и Управление федеральной налоговой службы России по г. Москве в Письме от 19 мая 2009 г. № 16-15/049833, разъясняя при этом, что в документе, подтверждающем резидентство, указывается конкретный период (календарный год), в отношении которого подтверждается постоянное местопребывание. При этом данный период должен соответствовать тому периоду, за который причитаются выплачиваемые иностранной организации доходы.[8]

Следуя официальному толкованию налогового законодательства, иностранные организации должны представлять подтверждение резидентства за каждый календарный год, в котором имело место получение дохода, до даты его выплаты. Если в календарном году доход не был получен, то нет необходимости представлять подтверждения резидентства.

Тем не менее, суды не всегда признают доводы налогового органа о том, что предусмотренное п. 1 ст. 312 НК РФ подтверждение должно соответствовать тому периоду, в котором выплачивается доход иностранной организации,[9] мотивируя это тем, что подтверждение должно быть представлено иностранной организацией «до даты выплаты дохода», а не в каждом налоговом периоде.

Правоприменительная практика свидетельствует о том, что ст. 312 НК РФ не ограничивает сроки действия подтверждения постоянного местонахождения.[10] Налоговым законодательством не предусмотрено, что легализованный документ, подтверждающий резидентство в иностранном государстве, действует только в течение одного календарного года.[11]

---

[7] Письмо Минфина России от 21 августа 2008 г. № 03-08-05/1 // Консультант. 2008. № 22.

[8] Письмо УФНС России по г. Москве от 19 мая 2009 г. № 16-15/049833 // Московский налоговый курьер. 2009. № 13–14.

[9] Постановление ФАС Северо-Западного округа от 2 мая 2007 г. по делу № А56-35870/2006.

[10] Постановление ФАС Московского округа от 5 марта 2011 г. № КА-А40/977-11 по делу № А40-48574/10-140-288.

[11] Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21 мая 2007 г. по делу № А56-33488/2006.

В целях устранения противоречий, возникающих по вопросу представления налоговому агенту подтверждения резидентства иностранной организации между налоговыми органами, налогоплательщиками, налоговыми агентами и судами, необходимо дополнить п. 1 ст. 312 НК РФ абзацем следующего содержания: «Подтверждение постоянного местопребывания иностранной организации должно представляться только в случае получения дохода от налогового агента. Действие такого подтверждения распространяется на налоговый период, в течение которого имело место получение иностранной организацией дохода».

С.Е. Нейштадт выделяет три этапа устранения двойного налогообложения. На первом этапе осуществляется устранение двойного налогообложения, возникшего от различий между правилами определениярезидентства и источника доходов в государствах – участниках соглашения. Для этих целей в договор включается положение об устранении двойного резидентства лица, а также статьи, представляющие одной из стран право облагать налогами определенный вид доходов. На втором этапе происходит устранение двойного налогообложения, которое возникло в силу разницы способов определения подлежащей налогообложению прибыли, применяемых в разных государствах. Третий этап составляет устранение двойного налогообложения, которое возникло в связи с реализацией отличающихся между собой критериями резидентстваи налогообложения доходов из источника. При рассуждении о реализации этого этапа автор отводит важнейшую роль методам устранения двойного налогообложения, которые могут быть закреплены во внутреннем законодательстве той или иной страны или установлены в международных договорах.[12]

Наряду с резидентным подходом в международных соглашениях об избежании двойного налогообложения получил закрепление метод налогового вычета. Закрепление этого метода содержится, например, в Конвенции между Правительством СССР и Правительством Японии от 18 января 1986г. «Об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы», в Конвенции между Правительством РФ и Правительством Королевства Швеции от 15 июня 1993г. «Об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы», в Соглашении между Правительством РФ и Правительством Республики Сингапур от 9 сентября 2002г. «Об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы». Сущность метода налогового вычета

---

[12]Нейштадт С.Е. Некоторые проблемы применения соглашений об избежании двойного налогообложения // Налоги и налогообложение. 2006. №7 (СПС Консультант Плюс).

заключается в предоставляемом одним из государств иностранной организации-резиденту праве уменьшить сумму налога на доход, подлежащую уплате в этом государстве, на сумму аналогичного налога, уплаченного этой организацией в отношении этого же дохода в другом государстве. Однако сумма такого вычета в любом случае не должна превышать сумму налога на доход, рассчитанного до предоставления вычета, относящегося к доходу, который может подлежать налогообложению в этом другом государстве.

Применение на практике метода налогового вычета возлагает на уполномоченные органы соответствующих государств дополнительную ответственность за реализацию прав иностранных организаций-налогоплательщиков и в тоже время за пресечение фактов уклонения от уплаты налогов на территории каждого из государств, возникающих в результате злоупотребления иностранными организациями таким правом.

Как справедливо отмечает А.А. Шахмаметьев, наиболее эффективное решение проблемы многократного налогообложения трудно ожидать без активного правового взаимодействия всех заинтересованных государств, т.е. международно-правового сотрудничества в налоговой сфере.[13] В качестве основных целей такого сотрудничества исследователь выделяет:

– устранение негативных последствий международного налогообложения для фискальных интересов государств;

– устранение ситуаций, возникших в связи с пересечением национальных налоговых юрисдикций нескольких государств;

– создание четкой правовой основы в сфере налогообложения международной деятельности и минимизация роли «фискального» фактора в принятии решений по развитию международного бизнеса;

– противодействие незаконным формам уклонения от налогообложения международной экономической деятельности.

Тем не менее, нельзя полностью согласиться с формулировками указанных целей. Поскольку международные соглашения, будучи заключенными до возникновения правоотношений по межправительственному налоговому сотрудничеству, в первую очередь направлены на предотвращение негативных последствий и конфликтных ситуаций, а не на устранение указанных негативных явлений. При формулировании последней из представленных целей допущена ошибка в понимании понятия уклонения от налогообложения. Представляя собой вид противоправного деяния, уклонение от налогообложения не может по определению осуществляться законным способом, поэтому использование

---

[13]Шахмаметьев А. А. Международное налогообложение и международное налоговое право: правовые аспекты взаимосвязи // Финансовое право. 2006. № 3 (СПС Консультант Плюс).

словосочетания «незаконным формам уклонения от налогообложения» представляется ошибочным.

Международное налоговое сотрудничество, с одной стороны, обеспечивает благоприятные условия функционирования субъектов международной торговой деятельности, не препятствуя применению методов налоговой оптимизации, а с другой стороны – фискальные интересы каждого государства и создает механизмы предотвращения уклонения от уплаты налогов. Международное налоговое сотрудничество является важнейшим средством в механизме международно-правового регулирования налогообложения иностранных коммерческих организаций. Оно реализуется на основании межправительственных соглашений о сотрудничестве и взаимной помощи по вопросам соблюдения налогового законодательства и межправительственных соглашений о сотрудничестве и обмене информацией в области борьбы с нарушениями налогового законодательства. Следует отметить, что подобные соглашения во многом обеспечивают практическую реализацию положений международных договоров по вопросам избежания двойного налогообложения, поскольку закрепляют конкретные формы и методы международного сотрудничества по вопросам соблюдения налогового законодательства каждого из государств.

В результате анализа таких соглашений можно выделить основные методы международного налогового сотрудничества: обмен и предоставление информации; обмен опытом по созданию и функционированию информационных систем, обеспечивающих взаимодействие компетентных налоговых органов; содействие в сфере подготовки и переподготовки кадров.

Указанные методы реализуются посредством следующих форм: запросы о содействии; прямые связи официальных должностных лиц; создание представительств налоговой службы на территории другого государства и совместных рабочих групп; обмен специалистами и экспертами; проведение научно-практических конференций и семинаров.

Реализация международного налогового сотрудничества обеспечивает в практике деятельности уполномоченных органов согласованное применение как международных, так и национальных налоговых норм каждого из государств, на территории которых организация осуществляет свою деятельность. Полагаем, что в рамках реализации международного налогового сотрудничества государств фактически получила правовое закрепление система международного налогового администрирования иностранных организаций, которое можно определить как объединенную деятельность уполномоченных налоговых органов государств в целях обеспечения соблюдения международных налоговых

принципов и норм, реализации контроля за правильностью, своевременностью и полнотой исчисления и уплаты иностранными организациями налогов, предусмотренных национальной налоговой системой каждого из государств.

Однако на сегодняшний день соглашения, устанавливающие налоговое сотрудничество в целях соблюдения налогового законодательства, заключены РФ только со странами СНГ, Сирией, Грецией, Румынией, Грузией и Китаем. Вместе с тем наибольший объем иностранных инвестиций в экономику России поступает из таких государств, как Кипр, Нидерланды, Люксембург, Китай, Великобритания, Германия, Британские Виргинские острова, Ирландия, Япония и Франция.[14] Полагаем необходимым расширение сотрудничества, посредством заключения межправительственных соглашений о сотрудничестве и взаимной помощи по вопросам налогового законодательства, в первую очередь с указанными государствами, что позволит наделить налоговые органы дополнительными полномочиями по реализации соглашений об избежании двойного налогообложения.

В результате проведенного исследования можно сделать следующие выводы. Характерными чертами механизма международного правового регулирования налогообложения иностранных коммерческих организаций является применение особых средств, методов и подходов в отношении иностранных коммерческих организаций. Среди особых методов, реализуемых в рамках механизма международного правового регулирования налогообложения иностранных коммерческих организаций, можно выделить метод налогового вычета, который позволяет предотвратить двойное налогообложение доходов и прибыли иностранных организаций. Действие этого метода обеспечивается выработанными международной практикой подходами к определению государства, распространяющего свою налоговую юрисдикцию в отношении конкретной коммерческой организации. Однако эффективное применение закрепленного в международных соглашениях РФ резидентного подхода не обеспечено национальным налоговым законодательством ввиду отсутствия основополагающих дефинитивных норм.

Особое значение в механизме международного правового регулирования налогообложения иностранных коммерческих организаций занимает реализация международного налогового

---

[14]Иностранные инвестиции в России: тренды – 2013. Аналитическое исследование Павла Гагарина, председателя совета директоров «Градиент Альфа Инвестментс Групп» [Электронный ресурс]. Режим доступа:http://www.gradient-alpha.ru/press-center/articles/2013/02/08/inostrannyie-investiczii-v-rossii-trendyi-%E2%80%93-2013/ (дата обращения: 25.03.2015г.).

сотрудничества, обеспечивающего в практике деятельности уполномоченных органов гармоничное, согласованное применение как международных, так и национальных налоговых норм каждого из государств, на территории которых коммерческая организация осуществляет свою деятельность. В связи с этим необходимо расширять такое сотрудничество, посредством заключения Правительством РФ межправительственных соглашений о сотрудничестве и взаимной помощи по вопросам налогового законодательства с государствами, достигшими договоренности с Россией в сфере предотвращения двойного налогообложения.

Литература:

1.Письмо Минфина России от 21 августа 2008 г. № 03-08-05/1 // Консультант. 2008. № 22.

2. Письмо УФНС России по г. Москве от 19 мая 2009 г. № 16-15/049833 // Московский налоговый курьер. 2009. № 13–14.

3. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 2 мая 2007 г. по делу № А56-35870/2006.

4. Постановление ФАС Московского округа от 5 марта 2011 г. № КА-А40/977-11 по делу № А40-48574/10-140-288.

5. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21 мая 2007 г. по делу № А56-33488/2006.

6. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юрид. лит. 1966.

7. Гиль Е.В. Механизм гражданско-правового регулирования возмещения вреда жизни или здоровью сотрудников полиции // Психопедагогика в правоохранительных органах. 2012. №2 (49).

8. Лошакова С.А. О функциях правового регулирования //Юридическая наука. 2011. №1.

9. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов. М.:Волтерс Клувер, 2005.

10. Морозова А.Н., Белобрагина Н.А. К вопросу о понятии и некоторых элементах конституционно-правового механизма защиты культурных прав и свобод человека и гражданина // Известия Тульского государственного университета. Серия: Экономические и юридические науки. 2013. № 2–3.

11. Нейштадт С. Е. Некоторые проблемы применения соглашений об избежании двойного налогообложения // Налоги и налогообложение. 2006. №7 (СПС Консультант Плюс).

12. Пермяков А.В. К вопросу об определении понятия «обман» и его места в механизме гражданско-правового регулирования // Вестник Пермского университета. Серия: Юридические науки. 2011. № 2.

13. Полежарова Л.В. Международные соглашения об избежании двойного налогообложения // Финансы. 2010. № 7.

14. Серова О.А. Ограничения как элементы механизма гражданско-правового регулирования. // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия: Право. 2012. №1.
15. Шахбазов Р.А. Законность в контексте правового регулирования // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2007. №40, Т. 16.
16. Шахмаметьев А.А. Международное налогообложение и международное налоговое право: правовые аспекты взаимосвязи // Финансовое право. 2006. № 3 (СПС Консультант Плюс).
17. Иностранные инвестиции в России: тренды – 2013. Аналитическое исследование Павла Гагарина, председателя совета директоров «Градиент Альфа Инвестментс Групп» [Электронный ресурс]. Режим доступа:http://www.gradient-alpha.ru/press center/articles/2013/02/08/inostrannyie-investiczii-v-rossii-trendyi-%E2%80%93-2013/ (дата обращения: 25.03.2015г.).

Филиппова А.В.

Фишурда
Механизми танзими байналмилалӣ - ҳуқуқии андозбандии ташкилотҳои тиҷоратии хориҷӣ

Дар маколаи мазкур унсурҳои асосии механизми байналмилалӣ-ҳуқуқии андозбандии ташкилотҳои тиҷоратии хориҷӣ дар Русия ва масоили татбиқи он таҳлил шудааст. Дар асоси он муаллиф ба хулоса меояд, ки дар илми ҳуқуқ падидаи нав - идоракунии байналмилалии андозбандӣ ба вуҷуд омадааст ва маҳфуми онро пешниҳод менамояд.

Филиппова А.В.

Аннотация
Механизм международно-правового регулирования налогообложения иностранных коммерческих организаций

В статье исследуются элементы механизма международно-правового регулирования налогообложения иностранных коммерческих организаций и проблемы их реализации в РФ. На основании анализа международных соглашений автор делает вывод о формировании нового явления - международного налогового администрирования, формулирует авторское определение этого понятия.

Fillipova A. V.

The summary
Elements of the international legal regulation mechanism of the taxation foreign commercial legal entities

In this article elements of the international legal regulation mechanism of the taxation foreign commercial legal entities and problems of their realization in the Russian Federation are research. On the basis of the analysis the international agreements the author draws a conclusion about formation of the new phenomenon - the international tax administration, formulates author's definition of this concept.

Бабакулова Г.*

К вопросу о понятии и признаках личных прав и свобод человека и гражданина

Калидвожаҳо: ҳуқуқҳои шахсии инсон, озодӣ, Конституцсия, давлат
Ключевые слова: личные права человека, свобода, Конституция, государство
Key words: individual rights, freedom, constitution, state

Для демократических государств основной ценностью являются права и свободы человека и гражданина. Именно поэтому нормы главы 2 Конституции РТ 1994г., имеют особый статус в правовой системе Таджикистана и решающее значение при определении фактического положения человека и гражданина в государстве и обществе.

В системе конституционных прав и свобод особое место отводится личным и политическим правам и свободам человека. При этом следует подчеркнуть, что среди ученых существуют различные точки зрения относительно понятия и признаков личных прав и их конституционного закрепления. Так, Л. Воеводин дает следующее определение личных прав и свобод: это закрепленные в Конституции и гарантированные государством возможности, позволяющие каждому человеку и гражданину свободно и самостоятельно избирать вид и меру своего поведения, созидать и пользоваться предоставленными ему социальными благами как в личных, так и в общественных интересах.[1] А. Н. Головистикова под личными правами понимает совокупность естественных и неотчуждаемых основополагающих прав и свобод, принадлежащих человеку от рождения и не зависящих от его принадлежности к тому или иному государству.[2]

Ф. М. Рудинский так определяет эту категорию прав: «гражданские права человека – это группа прав, воплощающих его индивидуальную свободу. В отличие от других прав человека, в гражданских правах воплощаются интересы человека как индивидуальности, т.е. личности, обладающей неповторимыми и своеобразными особенностями. Они гарантируют возможность беспрепятственного выбора различных вариантов поведения в силу индивидуальной свободы. Их содержание определяется тем, что они призваны обеспечить такие существенные блага этой свободы, как неприкосновенность жизни, честь и личное достоинство, безопасность, блага частной и семейной жизни».[3] А. М.

---

*Соискательница кафедры конституционного права юридического факультета Таджикского национального университета. E - mail: tnu@mail. tj

[1] Воеводин Л.Д. Юридический статус личности в России. М., 1997, С. 135.

[2] Головистикова А. Н. Классификация прав человека // Право и жизнь. Электронная версия. сайт:WWW.LAW-N-LIFE.RU (Дата обращения: 26. 05. 2015г.)

[3] Гражданские права человека: современные проблемы теории и практики / под ред. Ф.М. Рудинского. М., 2006. С. 35.

Диноршоев определяет личные права как совокупность естественных и неотчуждаемых основных прав и свобод человека, закрепленных в Конституции и международных актах, принадлежащих человеку от рождения, не зависящих от его принадлежности к тому, или иному государству, подлежащих охране и защите со стороны государства и обеспеченных специальным набором правозащитных мер.[4]

Н. С. Бондарь давая характеристику личным правам, отмечает, что основное назначение личных прав и свобод состоит, во-первых, в том, что они гарантируют человеческую жизнь и обеспечивают защиту от всяких форм насилия, жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения; во-вторых, они индивидуализируют человека, обеспечивают ему гарантии личной неприкосновенности и невмешательства в частную и семейную жизнь; в-третьих, с помощью личных прав гарантируется личная свобода, а именно, возможность беспрепятственного выбора различных вариантов поведения.[5] В. Е. Гулиев и Ф. М. Рудинский выделяют следующие признаки личных прав: во-первых, они гарантируют индивидуальную свободу, т.е. возможность выбора различных вариантов поведения гражданина в сфере нравственных отношений, быта, личной жизни, если только это поведение не противоречит нормам права, во-вторых, индивидуализируют личность, способствуют наилучшему проявлению духовных интересов, способностей, склонностей и индивидуальных особенностей в сфере личной жизни, в-третьих, предопределяют наиболее существенные аспекты положения личности по отношению к законности и правопорядку.[6]

А.М. Диноршоев дает следующие признаки личных прав, которые и определяют суть данной категории прав: во-первых, они имеют естественно-правовое происхождение, т.е. их возникновение не зависит от государства, во-вторых, личные права являются правами немедленного действия, т.е. для их соблюдения достаточно не нарушать их. Также данные права подлежат непосредственной судебной защите, и для их реализации со стороны государства не требуется финансовых вложений (в отличие от социально-экономических и культурных прав), в-третьих, они не связаны с гражданством, то есть принадлежат всем без исключения людям, и, в-четвертых, они принадлежат всем с момента рождения.[7]

Исходя из указанных точек зрения, мы можем дать следующие характерные признаки личных прав:

Во-первых, личные права это конституционно закрепленные права и свободы человека, которые составляют относительно небольшую часть

---

[4] Диноршоев А.М. Закрепление прав и свобод человека в Конституции Республики Таджикистан. Душанбе, 2014. С. 56

[5] Бондарь Н.С. Права человека и Конституция России. Ростов-на-Дону, 1996. С.159.

[6] Гулиев В.Е., Рудинский Ф.М. Социалистическая демократия и личные права. М., 1984. С. 81.

[7] Диноршоев А.М. Указ. раб. С.56.

всех прав и свобод. В этой связи личные права могут трактоваться как основные права и свободы человека и гражданина. Таковыми они являются, прежде всего, в силу того, что жизненно важны и в наибольшей степени социально значимы как для каждого человека, так и для общества и государства, и защищают основные ценности и интересы человека и гражданина

Во-вторых, личные права распространяются на всех без исключения лиц, независимо от пола, расы, национальности, вероисповедания и др., действуют вне зависимости от территории нахождения человека.

В-третьих, личные права и свободы человека являются неотчуждаемыми и принадлежат каждому человеку от рождения. Никакими нормативными актами они не могут быть отменены. При этом они определяют смысл, содержание и применение законов, а также определяют деятельность всех ветвей власти.

В-четвертых, личные права и свободы в Таджикистане признаются и гарантируются в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права.

В-пятых, личные права и свободы имеют особый механизм реализации и имеют непосредственно действующий характер. Данный признак означает, что даже при отсутствии конкретизирующих положений в нормативных актах, личные права и свободы человека реализуются непосредственно, т.е., суды и иные государственные органы обязаны принимать решения в защиту указанных прав и свобод.

В-шестых, ограничение личных прав и свобод допускается, если они предусмотрены законом в целях и на условиях, определенных Конституцией РТ.

Таким образом, можно констатировать, что под личными правами и свободами понимаются наиболее важные права и свободы человека и гражданина, раскрывающие естественное состояние свободы и имеющие высшую юридическую силу.

Литература:

1. Бондарь Н. С. Права человека и Конституция России. Ростов-на-Дону, 1996.
2. Воеводин Л. Д. Юридический статус личности в России. М., 1997.
3. Головистикова А. Н. Классификация прав человека // Право и жизнь. Электронная версия // www. law. - n - life. ru (Дата обращения: 26. 05. 2015г.).
4. Гражданские права человека: современные проблемы теории и практики / под ред. Ф.М. Рудинского. М., 2006.
5. Гулиев В. Е., Рудинский Ф. М. Социалистическая демократия и личные права. М., 1984.
6. Диноршоев А. М. Закрепление прав и свобод человека в Конституции Республики Таджикистан. – Душанбе, 2014.

Бабакулова Г.

Фишурда
Оид ба мафҳум ва аломатҳои ҳуқуқ ва озодиҳои шахсии инсон ва шаҳрванд

Дар мақолаи мазкур ҳуқуқҳои шахсӣ, моҳият, хусусият ва мавқеи он дар низоми ҳуқуқҳои инсон ва шаҳрванд таҳлил карда шудаанд.

Бабакулова Г.

Аннотация
К вопросу о понятии и признаках личных прав и свобод человека и гражданина

В статье рассматриваются личные права и свободы, которые составляют основу правового статуса человека и гражданина. Обозначены характерныеособенности личных прав и свобод; аргументированоих назначение в системе прав и свобод человека.

Babakulova G.

The summary
To a question of concept and signs of the personal rights and freedoms of the person and the citizen

The article deals with individual rights and freedoms that form the basis of the legal status of man and citizen. Marked characteristics of individual rights and freedoms; argued their purpose in the human rights and freedoms.

А.Абдуджалилов*

Позитивистский и социологический подходы к проблеме правоотношений

Калидвожаҳо: муносибати ҳуқуқӣ, позитивизм, равияи сотсиологӣ, танзими ҳуқуқӣ, вобастагии ҳуқуқӣ

Ключевые слова: правоотношение, позитивизм, социологическое направление, правовое регулирование, правовая связь

Key words: legal relations, positivism, sociological direction, regulation, legal connection

Проблема правоотношения, бесспорно, является фаворитом в юридической науке, поскольку исследования в этой сфере, с одной стороны выходят на уровень правопонимания, а с другой – имеют практическое значение. Будучи сложной и многогранной конструкцией, правоотношение неоднократно подвергалось осмыслению учеными – правоведами, которые формировали различные подходы к определению правоотношения.[1] Основным толчком развития учения о правоотношении является его практическая значимость, поскольку оно тесно связано с вопросами совершенствования процесса правотворчества и реализации права. В системе правовых явлений правоотношения выполняют одну из центральных ролей, так как в механизме правового регулирования оно занимает место между нормой права и её реализацией.[2] «Категория правоотношения – отмечает А.П.Дудин, – ценнейшее приобретение правовой науки. Она имеет принципиальное и методологическое значение. Это единственная категория, которая сжато отражает все известные науке существенные связи права с действительной жизнью, с общественными отношениями, а значит и закономерности его возникновения и развития». «Проблема правоотношения – продолжает ученый, – «сквозная» проблема правовой теории. В учении о правоотношении теория права достигает наиболее высокой степени обобщения многообразных отдельных знаний о праве (правовом бытии и правовом сознании, правовой форме и правовом содержании) восходит от абстрактного понимания права к конкретному пониманию как единства многообразия».[3]

---

*Заведующий Отделом частного права Института философии, политологии и права АН РТ, кандидат юридических наук, доцент. E - mail: debtresolution@mail.ru

[1]Сорокина Ю.В. Актуальные проблемы теории и философии права: курс лекций. М.: Норма. ИНФРА-М.2013. – С. 221.

[2]Новикова Ю.С. Общая теория правоотношения. Челябинск, Фрегат. 2004. – С. 3.

[3]Дудин А.П. Диалектика правоотношения. Изд-во Саратовского университета. Саратов, 1983. – С. 117.

По мнению Н. И. Матузова: «В правоведении исходным, ключевым понятием должно быть, несомненно, правоотношение. В этой простейшей элементарной и вместе с тем центральной категории аккумулируются все основные проявления права, отражаются все элементы механизма правового регулирования».[4]

Понятие правоотношения, как впрочем, и все основные понятия цивильного права, было сформировано ещё римским правом. Римское право обозначает регулируемые правом отношения выражением juris vinculum (юридическая связь).[5]

Впервые в цивилистике термин «правоотношение» был употреблен немецким правоведом Ф.К.Савиньи в его фундаментальном труде «Система современного римского права». Под правоотношением Ф.К.Савиньи понимал отношения между лицами, закрепленные в нормах права. «Каждое отдельное правоотношение, – писал Савиньи, – представляется нам отношением между лицом и лицом, которое устанавливается правовой нормой».[6]

Н. М. Коркунов определял правоотношение как фактическое отношение, которому правовая норма придала юридический характер. «Каждое юридическое отношение определяется частью фактическими условиями, частью юридическими нормами. Нет таких отношений, которые бы всецело и исключительно определялись бы только правом, в которых бы участники отношения требовали друг от друга и делали друг другу то, на что они уполномочены и к чему обязаны законом».[7] Будучи представителем социологического направления в дореволюционной юриспруденции, Н.М.Коркунов представлял правоотношение как правовую связь и взаимную зависимость его участников. «Юридические отношения предполагают юридическую связь зависимости в форме правообязанности, и обусловленное этой зависимостью правопритязание, или право, полномочие». И в этом ракурсе понятия правоотношения Н.М.Коркунов противопоставлял свою точку зрения позитивистской позиции римских юристов: «Для них характерной особенностью юридических отношений представлялась именно связанность с их объективным правом. Активная же сторона юридического отношения, правовое притязание, мало обращала на них свое внимание».[8]

Г.Ф.Шершеневич представлял правоотношение с позиций юридического позитивизма: юридическое отношение есть та сторона бытового, жизненного отношения между людьми, которая определена нормами объективного права. «Юридическим отношением будет всякое бытовое отношение, когда и

---

[4]Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Изд-во Саратовского университета. Саратов, 1972. – С. 188.

[5]Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. / Сост. А.Н.Медушевский. М.: РОССПЭН. 2010. – С. 203.

[6]Савиньи Фридрих Карл фон. Система современного римского права. В 8 т. Т. 1. / Под ред. О.Кутателадзе, В.Зубаря. М.: – Статут. 2011. – С. 457.

[7]Цит.по кн.: Радько Т.Н. Хрестоматия по теории государства и права. / Под общ. ред. И.И.Лизиковой. 2-е изд. – М.: Проспект. 2009. – С. 271.

[8]Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1909. – С. 140.

насколько оно определяется юридическими нормами».[9] В другой своей работе ученый ещё более конкретизирует понятие правоотношения в плане его элементов: «Частно – правовое отношение представляет собой основанное на юридическом факте соответствие права и обязанности, которые устанавливаются между лицами».[10]

Дальнейшее развитие, увязка с теоретико – правовой методологией теория правоотношения получила в рамках советской правовой науки. В советской правовой науке методологическим проблемам правоотношения как одной из важных юридико – доктринальных категорий было посвящено достаточно много теоретических исследований. Понятию правоотношения как одному из основных, фундаментальных понятий правовой науки посвящены труды таких видных теоретиков права, как С.С.Алексеева, О.С.Иоффе, С.Ф.Кечекьяна, О.А.Красавчикова, В.С.Нерсесянц, Ю.К.Толстого, Р.О.Халфиной, Л.С.Явича и других.

Одно из крупных теоретических исследований, где объемно раскрыто существо юридико – доктринальной категории «правоотношение», принадлежит перу Р.О.Халфиной. В своем фундаментальном труде «Общее учение о правоотношении» Р.О.Халфина, проанализировав актуальные проблемы правоотношений, констатирует: «В настоящей работе в качестве рабочей гипотезы фигурирует признаваемое почти единодушно положение о том, что правоотношение – это общественное отношение, урегулированное нормой права».[11] «Ценность понятия правоотношения – отмечает Р.О.Халфина, – заключается в том, что оно обозначает конкретное, реальное общественное отношение, облеченное в правовую форму и являющееся результатом реализации нормы». Правоотношение в этой работе рассматривается как средство воздействия на общественные отношения, как совокупность прав и обязанностей, составляющих единство с нормой.[12] Такое же мнение о природе правоотношений было высказано и Д.Р.Джалиловым: «Правовые отношения представляют основную форму правового регулирования общественных отношений, они выступают в качестве инструмента, посредством которого нормы права воздействуют на общественные отношения».[13] В результате правового воздействия общественные отношения приобретают особую правовую форму, а их участники наделяются правами и обязанностями, подкрепленными мерами государственного принуждения.[14]

Ю.К.Толстой при определении категории «правоотношение» придерживается аналогичной точки зрения: «Правоотношения – указывает Ю.К.Толстой, – отношения, при посредстве которых норма права регулирует

---

[9]Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. В 2 т. Т.1. М.: Статут. 2005. – С. 97.
[10]Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, Автограф, 2001. – С. 71.
[11]Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: Юридическая литература. 1974. – С.51.
[12]Халфина Р.О. Указ. соч. – С. 31, 99.
[13]Джалилов Д.Р. Гражданское процессуальное правоотношение и его субъекты. Душанбе, 1962. – С. 16.
[14] Гражданское право. Учебник. В 3 т. Т.1. / Под ред. А.П.Сергеева. М.: Велби, 2012. – С.115.

фактические общественные отношения». «Всякое правоотношение – продолжает Ю.К.Толстой, – в конечном счете направлено на урегулирование и закрепление фактического общественного отношения: речь может идти лишь о различной степени удаленности правоотношения от опосредствуемого им фактического общественного отношения».[15]

Мнение Р.О.Халфиной и Ю.К.Толстого о правоотношении было высказано ими в рамках нормативной теории права, и поддерживалась достаточно активно. Одним из сторонников этого мнения выступал А.Г.Певзнер, который писал по этому поводу следующее: «Отрицание того, что правоотношения – общественные отношения, урегулированные нормой права, вытекает из определенных методологических предпосылок. В основе такого отрицания лежит противопоставление отношений правовых, как отношений надстроечных, идеологических, волевых, сознательных и осознательных отношениям производственным, которые якобы выступают как неосознанные, как такие, которые складываются, не проходя через сознание людей. Подобная методологическая предпосылка неверна. Если правильным является положение о том, что правоотношения есть единство идеологической формы и экономического содержания, то ничего ненаучного нет в утверждении, что юридическое отношение есть общественное отношение, урегулированное нормой права».[16] Подобное мнение поддерживается некоторыми учеными в таком виде до настоящего времени. В качестве примера можно привести взгляды Ю.Г.Басина на сущность правоотношения, изложенные им в учебнике «Гражданское право»: «Гражданское правоотношение – урегулированное нормами гражданского права общественное отношение».[17]

Проблеме гражданских правоотношений как одной из достаточно важных проблем правовой науки придавал большое значение О.С.Иоффе. В его трудах были затронуты практически все фундаментальные основы правоотношений, начиная от общих вопросов об общественной природе правоотношений, основных черт и структурных особенностей, и кончая его элементами – содержанием, объектом, субъектным составом и основаниями возникновения правоотношений.

Поддерживая мнение Р.О.Халфиной в определении правоотношения в рамках нормативной теории права, О.С.Иоффе определил гражданское правоотношение как «общественное отношение, урегулированное нормами гражданского права», правда, с оговоркой: «или, иначе говоря, как

---

[15]Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Издательство Ленинградского Университета. Ленинград, 1959. – С. 20,31.

[16]Певзнер А.Г.. Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав. / Ученые записки Всесоюзного заочного юридического института. Вып. 5. – М.: 1958. – С. 4, 6.

[17]Гражданское право. В 2 т. Т. 1. Общая часть. Учебник для вузов (академический курс). / Отв. ред. М.К.Сулейменов. – Алматы, 2013. – С. 126.

отношение, участники которой выступают в качестве гражданских прав и обязанностей».[18]

Однако не все правоведы разделяют такую точку зрения на правоотношения. Не соглашаясь с трактовкой правоотношения, данной Р.О.Халфиной, А.П.Дудин писал: «Но уже здесь бросается в глаза односторонний подход к правоотношению. Активная роль отводится только правовым нормам, которые приходят извне, от государства. Кроме того, здесь правоотношение рассматривается не как единство многообразия, а как единство без многообразия, как только – то одинаковое, общее, что есть в многообразных отдельных правоотношениях, односторонне».[19]

Несколько иную позицию на понятие правоотношения высказывал в свое время и Л.С.Явич: «Правоотношения – отмечал Л.С.Явич, – это разновидность общественных отношений, которые по своей форме выступают в качестве индивидуально – определенной связи управомоченных и обязанных лиц, а по непосредственному содержанию оказывается взаимодействием этих лиц, реализующих свои субъективные права и выполняющих возложенные на них субъективные обязанности».[20] Сходную с Л.С.Явичем точку зрения на правоотношения в аспекте взаимоотношений субъектов права позже высказал и В.С.Нерсесянц, который определил правоотношение как «требуемую реализуемой нормой права форму взаимоотношений субъектов права в процессе приобретения субъективного права или исполнения юридической обязанности».[21] Взаимосвязь субъективного права и корреспондирующей ему юридической обязанности, лежащей в основе дефиниций Л.С.Явича и В.С.Нерсесянца, характеризуют категорию «правоотношение» в несколько ином конкретизированном ракурсе, чем достаточно общее утверждение, как «общественные отношения, урегулированные нормой права». На эту взаимосвязь субъектов обращает внимание и С.С.Алексеев: «Ключевым моментом для понимания правоотношения – подчеркивает С.С.Алексеев, – является «связанность» участников, то, какое положение они занимают по отношению друг к другу».[22]

Таким образом, из множества теоретических исследований в области правоотношений в советский период, можно выделить две основные концепции. Первая из них – концепция классического юридического позитивизма, отраженная в работе Р.О.Халфиной «Общее учение о правоотношении», где высказываются близкие к взглядам О.С.Иоффе идеи: «Правоотношение – общественное отношение, урегулированное нормой права», и категоричная позиция в этом отношении, высказанная Н.Г.Александровым: «Общественные отношения не могут принять форму

---

[18]Иоффе О.С. Избранные труды. Том 2. – С. 99-100.
[19]Дудин А.П. Указ. раб. С. 43.
[20]Явич Л.С. Общая теория права. Ленинград. ЛГУ, 1976. – С. 212
[21]Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Норма. Инфра-М, 2010. – С. 508
[22]Алексеев С.С. Общая теория права. Учебник. М.: Юридическая литература, 2009. – С. 85

правоотношения, если нет соответствующей нормы права».[23] О.А.Красавчиков, четко следуя идеологическим требованиям того времени, считал общественные отношения базисными, а правоотношения – надстроечными.[24] Вторая концепция – это социологическая, которая не нашла достаточно широкой поддержки. В целом, советская школа цивилистики под влиянием идеологических штампов в теории правоотношения поддерживала принципы юридического позитивизма. Дореволюционная цивилистика, как было отмечено выше, увязывала понятие правоотношения с частным правом. Идеологический запрет на деление права на частное и публичное изменил методологию теоретической юриспруденции. Более приемлемым при таких идеологических требованиях стал так называемый широкий подход, восприятие правоотношений как волевых общественных отношений, урегулированных правом. Примером такого подхода можно назвать критику В.С.Толстым приведенной позиции О.А.Красавчикова по поводу надстроечного характера правоотношений: «Действительно – пишет ученый, – если предметом гражданского права считать базисные отношения, тогда, конечно, в результате воздействия на них возникают правоотношения как самостоятельные (уже надстроечные) отношения. Но дело в том, что точка зрения, авторы которого признают базисные отношения предметом гражданского права, до настоящего времени обоснована слабо. В частности, её сторонники не показали с достаточной убедительностью, каким образом нормы права, созданные людьми, могут воздействовать на базисные отношения, которые, как известно, складываются и существуют независимо от людей и на которые они воздействовать не могут».[25]

Нормативная теория правоотношения в свое время была подвергнута критике С.И.Аскназием: ««Крайнюю позицию в рассматриваемом вопросе занимают представители новейших нормативистских учений, ставящие своей задачей сделать необходимые выводы из своих нормативистских установок. Представители этих течений ставят перед собой задачу очистить сферу юридического бытия от всех социологических и психологических наслоений, создать абстрактную систему веления и норм… Это приводит упомянутых юристов к сложным формально логическим конструкциям, решающая роль в которых выпадает на долю нормы. Конкретное правоотношение, естественно, и в этих условиях оказывается всецело подчиненным общей норме как своему принципу».[26]

---

[23]Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М.: Гос. издательство юридической литературы. 1955. – С. 94.

[24]Красавчиков О.А. Гражданские правоотношения – юридическая форма общественных отношений. / Гражданские правоотношения и их структурные особенности. Сборник научных трудов Свердловского юридического института. Вып. 39. Свердловск, 1975. – С. 11.

[25]Толстой В.С. Гражданские правоотношения и их структурные особенности. // Правоведение. М.: 1976. № 2. – С. 125-126.

[26]Аскназий С.И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М.: Статут, 2008. – С. 223.

В 70 – 80 годах прошлого века в науке права распространяется так называемый «социологический» подход к понятию правоотношения. Наряду с углубленным исследованием отдельных элементов, изучается системная связь правоотношений с другими правовыми явлениями. В этом ракурсе правоотношение понимается как вид идеологического отношения и одновременно как форма фактического общественного отношения, выделение в нем материального (фактическое поведение) и юридического (субъективные права и обязанности) содержания, характеристика содержания правоотношения, как средства реального общественного отношения и его формы.[27] Исследуются вопросы структуры правоотношения, его содержания и формы.

На сегодня в теории права определены три подхода к понятию правоотношения. Первый и наиболее распространенный подход – это определение правоотношения как общественного отношения, урегулированного нормами права. Этот подход, названный «материальным» (правоотношение – отношение), высказан Р.О.Халфиной, Н.Г.Александровым, Ю.К.Толстым, О.А.Красавчиковым, Д.Р.Джалиловым. «Материальный» подход, основанный на нормативной теории права, декларирует главенствующую роли нормы права в генезисе правоотношения, и содержанием правового отношения здесь выступает фактическое поведение его субъектов.

Второй подход – это понимание правоотношения как юридической формы общественного отношения, или как особого рода юридического (идеального) отношения, некоей «модели» поведения (правоотношение – модель). Он определен как «формальный», и поддерживается А.Б.Бабаевым, В.А. Беловым, Ю.И.Гревцовым, В.А.Лапачем, Г.В.Мальцевым, Ю.Г.Ткаченко и др. Содержанием формального правоотношения являются субъективные права и юридические обязанности его участников. Коррелятивная связь с правовой нормой в этом случае отводится на второй план. «Нет каких-либо отношений, которые по своему содержанию являются только правовыми, – отмечает Ю.Г.Ткаченко, – поэтому не существует правовых в собственном смысле отношений, а есть лишь правовой способ регулирования общественных отношений».[28] Касаясь непосредственно проблемы подхода к определению правоотношения, Ю.Г.Ткаченко указывала, что «Ныне в науке существуют два определения правоотношений. Они соответствуют двум явлениям правовой действительности. В одном случае под правоотношениями понимаются субъективные права и юридические обязанности, представляющие индивидуальные модели возможного и должного поведения субъектов права, выступающие как образцы – мерки для этого поведения (но не само фактическое поведение).

---

[27]Ушаков С.И. Правоотношения: теоретико-правовой и структурно-функциональный анализ. Монография. М.: 2013. – С. 6.

[28]Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. М.: Юридическая литература. 1980. – С. 101-102.

Во втором случае под правоотношением понимаются фактические отношения, урегулированные нормами права».[29]

Концепция «правоотношения – модели» была развита и В.А.Лапачем. «В рамках представленной теории особый интерес вызывает понятие «правоотношения – модели» – отмечает В.А.Лапач. «Оно перспективно в том плане, что позволяет показать правовые переходы от нормативной модели до фактического поведения и фактического отношения в целом, развивающегося в правовом поле. «Правоотношение – модель» является средством регулирования поведения (индивидуальным регулятором), а «правоотношение – отношение» выступает результатом юридического регулирования, к которому стремится законодатель. [30]

В.А.Лапач является автором так называемой «психологической» теории правоотношения. По мнению В.А.Лапача, «Практическая деятельность, целенаправленно осуществляемая под воздействием права на сознание субъекта, представляет собой не что иное, как процесс регулирования фактического отношения. Между фактической деятельностью и правом нет прямых контактов, точек непосредственного соприкосновения. Контакт имеет место лишь опосредованный, через сознание обязанного лица, которое и является единственным объектом правоотношения. При поиске объекта правоотношения важно учитывать не только то, что такой объект должен прямо и непосредственно реагировать на субъективное право, но и то, как он реагирует. Поведение носителей субъективных прав и обязанностей охватывает два разных хотя и взаимосвязанных вида деятельности: первая имеет дело с реальными предметами, вторая опирается на психологические модели.[31] Правоотношение есть общественное отношение не между «физическими телесными субстанциями», а между лицами, субъектами как носителями воли. Идеальная жизнь права как раз и состоит в таких волевых взаимодействиях участников отношений. Сама по себе идеальная связь немыслима без существования минимально двух взаимодействующих субъектов, наделенных сознанием и волей. Такая связь и будет тем, что принято называть правовым отношением». [32]

Третий подход, объединивший юридическую форму правоотношений с их материальным содержанием, высказан С.С.Алексеевым, О.С.Иоффе и др. Он получил название «комплексного», и основан на концептуальных положениях юридического позитивизма. Суть его в понимании правоотношения как средства правового регулирования (материальный подход), либо как средства конкретизации объективного права (формальный подход).

---

[29]Там же. – С. 96-97.
[30]Лапач В.А. Система объектов гражданских прав. Теория и судебная практика. СПб.: Издательство Юридический Центр Пресс, 2002. – С. 79.
[31]Там же. С. 91.
[32]Там же. С. 90-91

В целом есть одно общее, которое объединяет все приведенные теоретические положения о правоотношении – это то, что правоотношение – это опосредующее звено между нормой права и теми общественными отношениями, которые составляют предмет правового регулирования.[33]

Из научных работ, посвященных проблеме правоотношения в последние годы советского периода, можно выделить работу Ю.И.Гревцова «Проблемы теории правоотношения». В этой работе Ю.И.Гревцов сделал шаг в сторону социологического направления исследования правоотношения. Материальный подход он подверг критике: «При анализе взглядов последних лет (на проблему правоотношения) следует иметь в виду, что к этому времени укрепилось «нормативное» направление в нашей науке, много сделавшее для становления концепции советского права. В рассматриваемой области ученые этого направления сосредоточили внимание главным образом на механизме взаимосвязи нормы права и правоотношения, причем основным вопросом считалось выяснение того, что возникает раньше: правовая норма или правоотношение? Акцент, как известно, был поставлен на норме права, однако исследования такого рода отодвинули на второй план проблему социального генезиса правового отношения». Особое внимание Ю.И.Гревцов уделяет элементу юридической связи в правоотношениях, который упоминается в работах Н.М.Коркунова и Ф.В.Тарановского: «Во всех случаях предметом правового регулирования (и, соответственно, правоотношения) выступает общественная связь. В основе правоотношений всегда лежат правовые связи. Определенные юридические возможности реализуются уже в ходе закрепления последних и в их рамках».[34] Указание на правовую связь между субъектами как содержание правоотношения мы встречаем и у В. Ф.Яковлева: «В юридической науке понятие «правоотношение» призвано выразить одно – связь между субъектами через их права и обязанности, – пишет ученый. – Поэтому признание наличия между субъектами правовой связи означает, что перед нами – правовое отношение».[35]

Современный период характеризуется тем, что наряду с существующими концепциями правоотношений появляются его трактовки с точки зрения естественного права. Здесь правовое отношение понимается в широком смысле как отношение, возникающее в виде особой формы социального взаимодействия, участники которого обладают взаимными, корреспондирующими правами и обязанностями и реализуют их в целях удовлетворения своих потребностей и интересов в особом порядке, не запрещенном государством.[36] Для иллюстрации этого тезиса приведем дефиницию понятия «гражданское правоотношение», данное В.С.Емом в

---

[33]Сорокина Ю.В. Указ. раб. С. 231.

[34]Гревцов Ю.И. Проблемы теории правового отношения. Изд. Ленинградского ун-та. Ленинград, 1981. – С. 46-47, 55, 58.

[35]Яковлев В.Ф. Правовое государство: вопросы формирования. – М.: Статут, 2012. – С. 427.

[36] Ю.С.Новикова. Общая теория правоотношения. Челябинск, Фрегат. 2004. – С. 5.

последнем учебнике гражданского права: «Гражданское правоотношение – это юридическое отношение, существующее в форме юридической связи равных, имущественно и организационно обособленных субъектов имущественных и личных неимущественных отношений, выражающейся в наличии у них субъективных прав и обязанностей, обеспеченных возможностью применения к их нарушителям государственно – принудительных мер имущественного характера».[37] В приведенном определении существенным признаком правоотношения приводится уже не общественные отношения, урегулированные нормой права, как это было принято в позитивистских концепциях толкования смысла правоотношения, а юридическая связь равных субъектов права, свойственная социологическому направлению.

Литература:

1. Алексеев С.С. Общая теория права. Учебник. М.: Юридическая литература, 2009.
2. Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М.: Гос. издательство юридической литературы. 1955.
3. Аскназий С.И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М.: Статут, 2008.
4. Гражданское право. Учебник. В 3 т. Т.1. / Под ред. А.П.Сергеева. М.: Велби, 2012.
5. Гражданское право. В 2 т. Т. 1. Общая часть. Учебник для вузов (академический курс). / Отв. ред. М.К.Сулейменов. – Алматы, 2013.
6. Гревцов Ю.И. Проблемы теории правового отношения. Изд. Ленинградского ун-та. Ленинград, 1981.
7. Джалилов Д.Р. Гражданское процессуальное правоотношение и его субъекты. Душанбе, 1962.
8. Дудин А.П. Диалектика правоотношения. Изд-во Саратовского университета. Саратов, 1983.
9. Иоффе О.С. Избранные труды. В 4 т. Т. 2. Советское гражданское право. / Отв. ред. И.В.Елисеев. СПб., Юридический центр Пресс. 2004.
10. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1909.
11. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. / Сост. А.Н.Медушевский. М.: РОССПЭН. 2010.
12. Красавчиков О.А. Гражданские правоотношения – юридическая форма общественных отношений. / Гражданские правоотношения и их структурные особенности. Сборник научных трудов Свердловского юридического института. Вып. 39. Свердловск, 1975.
13. Лапач В.А. Система объектов гражданских прав. Теория и судебная

[37] Российское гражданское право. Учебник: В 2 т. Т. 1. Общая часть. / Отв. Ред. Е.А.Суханов. – 4 изд. – М.: Статут. 2015. – С. 112.

практика. СПб.: Издательство Юридический Центр Пресс, 2002.
14. Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Изд-во Саратовского Университета. Саратов, 1972.
15. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Норма. Инфра-М, 2010.
16. Новикова Ю.С. Общая теория правоотношения. Челябинск, Фрегат. 2004.
17. Певзнер А.Г.. Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы теории субъективных гражданских прав. / Ученые записки Всесоюзного заочного юридического института. Вып. 5. – М.: 1958.
18. Радько Т.Н. Хрестоматия по теории государства и права. / Под общ. ред. И.И.Лизиковой. 2-е изд. – М.: Проспект. 2009.
19. Российское гражданское право. Учебник: В 2 т. Т. 1. Общая часть. / Отв. Ред. Е.А.Суханов. – 4 изд. – М.: Статут. 2015.
20. Савиньи Фридрих Карл фон. Система современного римского права. В 8 т. Т. 1. / Под ред. О.Кутателадзе, В.Зубаря. М.: – Статут. 2011.
21. Сорокина Ю.В. Актуальные проблемы теории и философии права: курс лекций. М.: Норма. ИНФРА-М. 2013.
22. Ткаченко Ю.Г. Методологические вопросы теории правоотношений. М.: Юридическая литература. 1980.
23. Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Издательство Ленинградского Университета. Ленинград, 1959.
24. Толстой В.С. Гражданские правоотношения и их структурные особенности. // Правоведение. М.: 1976. № 2.
25. Ушаков С.И. Правоотношения: теоретико-правовой и структурно-функциональный анализ. Монография. М.: 2013.
26. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: Юридическая литература. 1974.
27. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. В 2 т. Т.1. М.: Статут. 2005.
28. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, Автограф, 2001.
29. Явич Л.С. Общая теория права. Ленинград. ЛГУ, 1976.
30. Яковлев В.Ф. Правовое государство: вопросы формирования. – М.: Статут, 2012.

А.Абдуҷалилов

Фишурда

Равияҳои позитивистӣ ва сотсиологӣ дар масъалаи муносибатҳои ҳуқуқӣ

Дар мақола равияҳои назариявӣ оид ба масъалаи муносибатҳои ҳуқуқии граждани мавриди таҳлил қарор дода шудаанд. Нуқтаҳои назари гуногун оид ба масъалаи муносибатҳои ҳуқуқӣ дар мавридҳои гуногуни таърихи илми ҳуқуқ тадқиқ карда шудааст. Ба таҳлили равияҳои позитивистӣ ва сотсиологӣ дар масъалаи муносибатҳои ҳуқуқӣ дар назарияи муносибатҳои ҳуқуқии граждани диққати махсус дода шудааст.

А.Абдуджалилов

Аннотация
Позитивистский и социологический подходы к проблеме правоотношений

В статье рассматриваются теоретические подходы к проблеме гражданского правоотношения в их развитии. Исследуются различные точки зрения на проблему правоотношения в разные периоды истории правовой науки. Особое внимание обращено на анализ позитивистского и социологического направлений теории гражданского правоотношения.

A.Abdujalilov

The summary
Positivist and sociological approaches legal issue in jurisprudence

The article deals with theoretical approaches to the problem of civil legal relationship in their development. Explores different perspectives on the problem of relations in different periods of the history of jurisprudence. Particular attention is paid to the analysis of the positivist and sociological trends of the theory of civil legal relationship.

Саъдизода Ҷаҳонгир*
Некрӯзи Файзизода*

Эъломияи Куруши Кабир ва Хартияи Бузурги Озодӣ: монандӣ ва тафовут

Калидвожаҳо: эъломия, хартия, Куруши Кабир, Иоанни Безамин, умумият, тафовут, хатти мехӣ

Ключевые слова: декларация, хартия, Кир Великий, Иоанн Безземельный, сходство, различие, клинопись

Key words: declaration, charter, Cyrus the Great, John Lackland, similarities, differences, cuneiform

Ҳарчанд илми ҳуқуқшиносии мамолики Ғарб қонунҳои асосӣ ва қонунҳои ин кишварро ҳамчун манбаи нахустини пайдоиш ва эътирофи ҳуқуқу озодиҳои инсон мешуморад, вале миллати мо низ дар ҳаллу фасли ин масъала дар ҳошияи таърихи башар набудааст. Дар ин бобат ёдовар шудан аз Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир, ки зиёда аз дувуним ҳазор сол қабл аз ин қабул гардида буд, кофист.

Эмомалӣ Раҳмон

---

*Ассистенти кафедраи ҳуқуқи инсон ва ҳуқуқшиносии муқоисавии факултети ҳуқуқшиносии ДМТ.
*Донишҷӯи курси 3-и ихтисоси муносибатҳои байналмилалӣ (ҳуқуқ)-и факултети ҳуқуқшиносии ДМТ.

Дар замони муосир ҳар як халқу миллат ба хотири арҷ гузоштан ба тамаддун ва фарҳанги худ ва муаррифии он ба ҷаҳониён дар пайи ҷустуҷӯ ва дарёфти унсурҳои навини таърихӣ ва эҳёи арзишҳои миллии хеш аст. Дар ин миён сарчашмаҳои ҳуқуқии таърихӣ низ ҳамчун ҷузъи таркибӣ ва унсури муҳимми тамаддун ва фарҳангҳо маҳсуб меёбанд. Дар ҷаҳони имрӯза яке аз роҳҳои асосии ҳифзи арзишҳои миллӣ аз таъсири манфии ҷаҳонишавӣ ин муаррифии на танҳо падидаҳо ва унсурҳои замонавӣ ва амалкунанда, балки шиносонидани таърих ва тамаддуни гузашта ва дар маҷмӯъ эҳёи арзишҳои миллӣ маҳсуб мешавад. Падидаҳо, анъана ва одатҳо, сарчашмаҳои ҳуқуқӣ, рамзҳои адолати судӣ, ки замоне дар сарзамини таърихии тоҷикон амал мекарданд, ҷузъе аз арзишҳои миллӣ ба шумор мераванд. Аз ин рӯ, омӯхтани онҳо ва истифодаи таҷрибаи мусбат ва пешрафтаи ниёгон дар замони имрӯза на танҳо арҷ гузоштан ба арзишҳои миллӣ, балки эмин мондан аз амвоҷи пурталотум ва манфии ҷаҳонишавӣ (глобализатсия) ба ҳисоб меравад.

Яке аз сарчашмаҳои таърихӣ оид ба ҳуқуқи инсон ин Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир аст. Эъломияи мазкур соли 539-и пеш аз мелод аз ҷониби шоҳ Куруш – асосгузори воқеии давлати Ҳахоманишиён қабул гардидааст. Шояд мо аз соли қабули он ёдрас намешудем, агар дар муҳити илмии Русия ва мамолики Ғарб оид ба аввалин санади таърихӣ будани Эъломияи Куруш, ки дар он ҳуқуқу озодиҳои инсон мустаҳкам гардидааст, ишорае мерафт. Чун ба муҳити илмӣ ва сомонаҳои интернетӣ ворид шуда, оид ба аввалин санадҳои таърихӣ, ки дар онҳо ҳуқуқу озодиҳои инсон мустаҳкам шудаанд, маълумот пайдо кардан хоҳед, ҳатман маълумот оид ба яке аз санадҳои ҳуқуқӣ, ки соли 1215 дар Англия қабул шудааст, пайдо мекунед. Ин Хартияи бузурги озодӣ мебошад. Вале дар бораи Эъломияи Куруши Кабир ва аввалин санади ҳуқуқӣ дар таърихи башарият будани он чизе ёфтан мушкил аст, махсусан бо забони русӣ. Хурсандиовар аст, ки баъди дар шабакаи ҷаҳонии интернет таъсис намудани луғати «википедия» бо забони тоҷикӣ, аллакай оид ба Куруши Кабир ва Эъломияи ӯ каме маълумот пайдо кардан мумкин аст, аммо ин ниҳоят кам аст. Аз ин рӯ, тасмим гирифта шуд, ки оид ба аввалин санади ҳуқуқӣ оид ба ҳуқуқи инсон будани Эъломияи Куруш ва истифода шудани он ҳангоми таҳияи Хартияи Бузурги Озодӣ дар Англия таҳқиқоти ҷиддие оғоз карда шавад. Таҳқиқот ва хулосабарориҳои ин мақола ба хеҷ ваҷҳ он ҳалли ниҳоии масъала нест, муаллифон ҳама гуна нақсу камбудии падидомада ва андешаи ҷолибро дастгирӣ менамоянд.

Хартияи Бузурги Озодӣ (лот. Magna Carta ё Magna Charta Libertatum)-и Англия ҳуҷҷати сиёсӣ ва ҳуқуқие мебошад, ки 15-19 июни соли 1215 дар асоси талаботи табақаи ашрофзодаи англисҳо аз тарафи шоҳи Англия Иоанни Безамин барои ҳимояи як қатор ҳуқуқҳо ва талаботҳои мардуми Англия қабул ва имзо карда шудааст.

Аз рӯи ривояту гуфтаҳои ҳамзамонон, Иоанни Безамин Хартияро имзо намуд ва аз қаҳру ғазаб худро идора карда натавониста, рӯи фарш ғелида, коҳу чӯб мехоид. Сабаби асосии чунин рафтори шоҳ аз он иборат

буд, ки Хартияи Бузурги Озодӣ бо роҳи зӯриву маҷбурӣ қабул шудаву хислати ба таври мутлақ татбиқнамоӣ ва иҷро шуданро надошт ва ҳамчун як санад барои паст кардани ошубҳои мардумӣ хидмат менамуд. Шумораи моддаҳои Хартияи Бузурги Озодиро дар адабиёти ҳуқуқӣ гуногун нишон медиҳанд, масалан дар баъзе аз адабиёти ҳуқуқӣ ин шумора ба 68 модда баробар мешавад[1]. Дар баъзеи дигар ба 63 модда баробар карда шудааст[2]. Аз моддаҳои зикршуда 13-тоаш хислати муваққатӣ дошт, ба мисли моддаҳои 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53 ва ғ. Дар маҷмӯъ 30 модда манфиати баронҳо (магнатҳои феодалие буданд, ки метавонистанд зердастони шахсии худро дошта бошанд, яъне табақаи нисбатан бонуфуз буданд), 7 модда манфиати ритсарҳо (феодалҳои дараҷаи поёнӣ) ва 3 модда манфиати шаҳриёнро (аҳолие, ки дар марказ ва ё дар шаҳр зиндагӣ менамуданд) пешбинӣ ва танзим менамуд. Аммо қайд намудан зарур аст, ки ба манфиати вилланҳо - деҳқононе, ки дар тобеияти феодалҳо қарор доштанду аъзои ҷамоаи деҳот буданд ва бо ин хусусияташон аз бордарҳо, коттерҳо, котсетҳо, яъне табақаҳои дигари тобеи феодалҳо фарқ менамуданд[3] ва табақаи асосии Англияро ташкил медоданд, ягон модда бахшида нашудаву ҳуқуқе кафолат дода нашуда буд. Аз ин ҷост, ки байни олимони соҳаи ҳуқуқи инсон оид ба эътирофи Хартияи Бузурги Озодӣ ҳамчун ҳуҷҷати муаррификунанда ва дарбаргирандаи ҳуқуқу озодиҳои инсон баҳсҳои гуногун арзи ҳастӣ менамоянд. Гурӯҳе онро ҳамчун ҳуҷҷати шартӣ ва муваққатие эътироф менамоянд, ки дар он манфиати як табақа ва ё як гурӯҳе ҳаллу фасл шудааст. Эътирофкунандагони ин раванд Хартияи Бузурги Озодиро чун ҳуҷҷати кафолатдиҳандаи ҳуқуқ ва озодиҳои инсон муаррифӣ наменамоянд. Гурӯҳи дигар онро шартан ҳуҷҷати муқарраркунанда ва кафолатдиҳандаи ҳуқуқ ва озодиҳои инсон эътироф менамоянд. Дар баъзе маврид мушоҳида намудан мумкин аст, ки дар ин ҳуҷҷат қисми маҳдуди ҳуқуқҳо муқаррар ва кафолат дода шудаанд, ки онро вобаста ба тартиботи ҳуқуқияш метавон ба шаш қисмат ҷудо намуд:

а) ҳуқуқ ва кафолатҳои Шурои умумии Малакути подшоҳ ва Кумитаи 25 барон (таъмини иҷроиши Хартияи Бузурги Озодиро аз тарафи шоҳ назорат менамуд ва ба онҳо моддаҳои 12, 14, 52, 55, 61 ва ғ. бахшида шуда буд);

б) ҳуқуқ ба андоз, боҷ ва боҷҳои маҷбурӣ (оид ба ин масъала дар зиёда аз 20 моддаи Хартияи Бузурги Озодӣ сухан меравад, ба мисли моддаҳои 2-4, 10-12, 14, 15, 20-23, 25, 26, 28-31, 36, 40, 41 ва ғ.);

в) ҳуқуқ ба низоми судӣ, мурофиаи судӣ ва иҷрои қарорҳо оид ба баҳсҳои молу мулкӣ (моддаҳои 17-22, 24, 34, 36, 39, 40, 55 қисман ва ё пурра ин масъаларо фарогир аст);

---

[1] Тоҳиров Ф.Т. Таърихи давлат ва ҳуқуқи мамлакатҳои хориҷӣ (курси лексияҳо). Душанбе, – 2012. – С. 156

[2] Есаян. Э.С. Великая хартия вольностей и ее место в истории английского права. Тбилиси, –1988. –22 с. Сомонаи **files.school- collection.edu.ru** низ ин гуфтаҳоро тасдиқ менамояд (Санаи дохилшавӣ: 15.04.с.2015)

[3] Тоҳиров Ф.Т. Асари ишорашуда. – С.151.

г) ҳуқуқҳои калисо (дар моддаи 1-и Хартияи Бузурги Озодӣ “озодии калисо” кафолат дода шудааст ва ҳамзамон моддаҳои 27, 63 ва ғ. ин ҷанбаро пайгирӣ менамояд);

д) ҳуқуқи шаҳр ва савдо (моддаҳои 10-11, 26, 31, 42 ва ғ.-ро фарогир аст);

е) ҳуқуқи мерос ва парасторӣ (моддаҳои 2-7, 13, 27, 33 ва ғ. фарогири ин мавзӯст).

Дар баробари ин метавон гуфт, ки як қисмати маҳдуди моддаҳои Хартияи Бузурги Озодӣ уҳдадориҳои подшоҳро пешбинӣ менамояд, ки назорати иҷроиши он аз тарафи Шурои умумӣ ва Кумитаи 25 барон ба роҳ монда шуда буд. Аксарияти моддаҳо хусусияти шартномавӣ доштанд, яъне он муносибати байни шоҳ ва баронҳоро ба танзим медаровард. Хартияи Бузурги Озодӣ аввалин санаде дар Англия мебошад, ки дар он ҳуқуқу озодиҳои инсон муқаррар гардидаанд[4].

Мақсад аз овардани маълумоти мушаххас оид ба Хартияи Бузурги Озодии Англия муқоисаи он бо Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир мебошад, ки яке моли мамолики ғарб асту дигаре моли мардуми шарқ. Ин ду санад аввалин санадҳое мебошанд, ки дар ин минтақаҳо ҳуқуқҳои инсониро дар худ муқаррар намудаанд. Инак, дар бораи Эъломияи Куруш.

Давлати Ҳахоманишиён яке аз давлатҳои қадимтарин ва пуриқтидортарини ҷаҳони мутамаддин мебошад. Давлати Ҳахоманишиён нахустин империяи бузурги ҷаҳонӣ буда, солҳои 558-330 т.м., яъне 222 сол арзи ҳастӣ намудааст. Онро дар асри VII т.м. Чимпиши I писари Ҳахоманиш бунёд гузоштааст. Баъд аз муддате Куруши Кабир давлати паҳновар ва муттамаркази хешро ташкил менамояд[5].

Давлати Ҳахоманишиён ҳудуди васеъро фарогир буд. Аз рӯи маълумотҳои таърихнигорон он аз 22 вилоят (сатрап) иборат будаву дар ҳудуди се қитъаи олам – Осиё, Аврупо ва Африқо доман паҳн намуда буд[6].

Дар давлати Ҳахоманишиён шоҳони зиёд ҳукумат намудаву ҳар яке аз онҳо дорои рафтор ва хислатҳои хосси худ буданд. Дар байни шоҳони ин давлат Куруши Кабир (558-530 т.м.) бо рафтору амали хеш мақоми хоссаро касб намудааст. Куруши Кабир аз нуқтаи назари файласуфи бузурги немис Гегел, бузургтарин шахсияти сулолаи Ҳахоманишиён буда, нахустин империяи мутамаддини аҳди қадимро дар таърихи башарият бунёд гузоштааст.

Куруши Кабир ҳомии ростиву адолат, озодии дину мазҳаб ва баробарҳуқуқии мардумони сарзамини худ буд ва мекӯшид то дар ҷомеа адолат ҳукмронӣ кунад. Бо ин мақсад ҳар ҳафта як маротиба дар рӯзи

---

[4] http://www.humanrights.com/ru (санаи дохилшавӣ 20.04.2015)
[5] Донишномаи мухтасари кӯдакон ва наврасон. Душанбе, - 2013. - С.128.
[6] Ҳамон ҷо. – С.129.

бозори калон бар тахти адлу додгустарӣ нишаста, арзу доди мардумро мешунавид[7].

Афлотун дар рисолаи “Қавонин”-и худ меоварад: “Ҳангоми ҳукмронии Куруш эрониён озодӣ доштанд ва ҳама мардум озод буданд”[8].

Куруш дар ҳолатҳои зарурӣ нисбати дилхоҳ шахс ва ҳатто душмани оштинопазири худ, ҳукми авфро истифода мебурд. Инсондӯст буд ва нисбати инсонҳо бо муомилаи нек рафтор менамуд, масалан ҳангоми гирифтани Бобул, Набонидро асир мегирад, вале нисбати ӯ ягон ҷазоеро таъин накарда, ӯро авф намуд, ки ин башорат аз инсондӯстии ӯст. Куруш ҳамеша пеш аз сар намудани ҷанг кӯшиш менамуд бо воситаҳои дипломатӣ, яъне музокира муноқишаро бартараф созад[9]. Ӯ ҳеҷ гоҳ пас аз гирифтани қаламрави давлати муайян нисбати шахсони асирафтода ва ё мардуми ин минтақа қатли омро истифода намекард ва бо ин рафтори худ аз шоҳони дигар фарқ менамуд.

Пас аз забт намудани Бобул Куруш ба анҷоми амалҳои муҳими ҳуқуқӣ машғул мешавад, яке аз онҳо қабули Эъломияи аз ҷониби ӯ мебошад. Эъломия аз тарафи олимон, то андозае мавриди таҳқиқ қарор гирифтааст.

Дар фарҳанги истилоҳоти ҳуқуқи инсон дар боби Куруши Кабир чунин суханони арзишманд оварда шудааст: “Ӯ бидуни кишвардорӣ як мубашшири сулҳ, башардӯст ва ҳамзистии мусолиматомез буд... Куруш дар заминаи ҳуқуқи оммавӣ бо нашри нахустин Эъломияи ҳуқуқи башар, ки ҷавобгӯйи озодии адён, дифои ҳуқуқҳои инсон, эҳтиром ба одобу русум ва эътиқоди этносҳои гуногунро фарогир буд, рӯ овард”.[10] А. Ғ. Холиқов дар асараш “Андешаи давлати миллӣ” ин нуктаро матраҳ менамояд: “...нахустин эътироф ва эъломи ҳуқуқи инсон ба озодии ҳаракат, ба озодии виҷдон, ба интихоби озодии маскан аз Эъломияи Куруши Кабир дар соли 539 қабл аз милод...” шаҳодати гуфтаҳои болост[11]. Ҳамзамон, профессор А. Ғ. Холиқов ин гуфтаҳои худро дар китоби “Мухтасари қонунномаи Сосониён” ки дар он диққати асосӣ ба сарчашмаҳои нодири ҳуқуқӣ-таърихии мардуми форсу тоҷик дода шудааст, тасдиқ менамояд[12]. Дар ҷойи дигар қайд менамояд, ки “Кодификатсияи қонунгузории Куруши Кабир соли 539 қабл аз милод, ки дар омезишу гуфтугӯи ҳуқуқии тамаддунҳои қадима нахустин кӯшиши меросияти ақлонии инкишофи ҳуқуқи ҷаҳони куҳан ба шумор мерафт, танҳо пас аз ҳазор сол ба тамаддуни ғарбӣ роҳ ёфта, дар шакли

---

[7] Бароти Абдураҳмон. Куруши Кабир шоҳаншоҳи тамаддуновар (романи таърихӣ). Душанбе, - 2006. - С.194.

[8] Буриев И.Б. Таърихи давлат ва ҳуқуқи Тоҷикистон. Қисми аввал. / Таҳти назари академик Ф.Т. Тоҳиров. Душанбе, 2013. – С.41.

[9] Эмомалӣ Раҳмон. Нигоҳе ба таърих ва тамаддуни ориёӣ. Душанбе, - 2006. - С.111-112.

[10] Фарҳанги истилоҳоти ҳуқуқи инсон. / Зери таҳрири н.и.ҳ., дотсент Насурдинов Э.С. – Душанбе: “Эр-граф”, 2013. – С. 134.

[11] Холиқов А. Ғ. Андешаи давлати миллӣ. Душанбе: “Эр-граф”, 2013. – С. 309.

[12] Мухтасари қонунномаи Сосониён. Душанбе: “Эр-граф”, 2015. – С. 21.

кодификатсияи Юстиниан соли 539 мелодӣ рӯи кор омадааст”[13]. Профессор Холиқов А. Ғ. иброз менамояд, ки Дигестаҳои Юстиниан аз рӯи кодификатсияи Куруши Кабир гирифта шудааст, пас маълум мегардад, ки ба ғайр аз эъломия Куруш кодификатсияро низ анҷом додааст, ки ин тадқиқоти алоҳидаро металабад.

Ибни Қурбон дар китоби худ чунин қайд менамояд: “Асосгузори аввалин империяи бузург дар олам Куруши ориёист. Аввалин интишордиҳандаи Эъломияи ҳуқуқи башар Куруши Кабир буд”[14].

Дар империяи Куруши Кабир 70 халқу миллатҳои гуногун муттаҳид шуда буданд[15]. Аз ин сабаб Куруш ҳамеша дар андешаи он буд, то чӣ амале анҷом диҳад, ки пас аз ӯ мардумони гуногуни дар қаламрави давлати ӯ истиқоматдошта осудаву ором зиндагӣ кунанд ва бо ҳам муттаҳид шаванд.

Субҳи дигар, яъне пас аз як рӯзи маросими тоҷгузорӣ[16] мунодиён дар хиёбони Айбаршабум дар назди савдогарон ва бозорҳои серодам бо овози баланд Паёми[17] нави Куруши Кабирро ба мардум расониданд[18].

Эъломияи Куруши Кабир бо номи “Силиндри Куруш”[19] маълум ва машҳур аст. Матни Эъломия бо забони аккадӣ боқӣ мондааст[20]. Эъломия дар шакли гилнавишти силиндрмонанд тартиб дода шудааст.[21]

Эъломияи Куруш яке аз манбаъҳои муқаддаси давлати Ҳахоманишиён мебошад, ки дар он ҳуқуқ ба озодии эътиқод, озодии ҳаракат, интихоби манзил, ҳуқуқ ба моликият ва ғ. ба таври возеҳ дарҷ карда шудаанд. Меъёрҳои Эъломияи Куруши Кабир то имрӯз моҳияти худро гум накардаву истифодашавии онҳо дар санадҳои байналмилалӣ, аз ҷумла Эъломияи умумии ҳуқуқи башар (10.12. с.1948) ба чашм мерасад.

Пас аз қабули Эъломия Куруш на танҳо дар байни мардуми худ, балки дар миёни мардумони мамолики олам нуфузи бештарро соҳиб мешавад ва дар баробари бузургони давру замонҳо қарор мегирад. Академик Бобоҷон Ғафуров дар “Тоҷикон”чунин қайд менамояд: “Ҳахоманишҳо бар хилофи подшоҳони пешини замони Шарқи қадим,

---

[13] Холиқов А. Ғ. Асари зикршуда. – С. 310.

[14] Ибни Қурбон. Дар дуроҳаи фано ва эҳёи миллати қадим. Душанбе: “Эр-граф”, 2007. – С.462-463.

[15] Эмомалӣ Раҳмон. Нигоҳе ба таърих ва тамаддуни ориёӣ. Душанбе, - 2006. – С. 114.

[16] Маросими тоҷгузорӣ дар моҳи нисани (ба нимаи моҳи март- апрел рост меояд) соли 538 т.м. рӯзи дувоздаҳум ва охири Соли нав баргузор гардидааст, ки аз рӯи таомули бобулиён иди зиёрати мардуми волотабор аз ҷониби подшоҳ ва маросими тоҷгузорӣ ба шумор мерафт ва он бо шукӯҳи хоссае оғоз мегардид.

[17] Ин санад аз ҷониби олимони бузурги ҷаҳон чун нахустин Эъломияи ҳуқуқи башар, эътироф шудааст, ки алҳол бо номи Устувона (силиндр)-и Куруш дар осорхонаи Британия нигоҳ дошта мешавад.

[18] Бароти Абдураҳмон. Асари қайдшуда. С. 286.

[19] Ҳакимов Н., Азизқулова Г.С. Таърихи давлат ва ҳуқуқи халқи тоҷик (қисми 1). Душанбе, - 2002. – С. 55; Насурдинов Э.С., Сафаров Д.С. История государства и права таджикистана часть I (от древнейших времен до X в.) Душанбе, - 2013. – С. 126.

[20] Эмомалӣ Раҳмон. Нигоҳе ба таърих ва тамаддуни ориёӣ. – С. 138.

[21] Фарҳанги истилоҳоти ҳуқуқи инсон. / Зери таҳрири н.и.ҳ., дотсент Насурдинов Э.С. – Душанбе: “Эр-граф”, 2013. – С. 311.

нисбат ба оину мазҳабҳои соири халқҳо хело бо таҳаммул муносибат карда, ҳатто маъбаду калисоҳои кишварҳои мухталифро ба мисли ибодатхонаҳои Бобул ва Яҳудистон дубора барқарор намуданд. Хусусан, асосгузори давлати Ҳахоманишҳо Куруш шуҳрати зиёд пайдо карда буд. Форсҳо ӯро ҷадди кабир, бобулиҳо расули худои Мардук, юнониҳо рачули бузурги давлат ва яҳудиён начотбахши худо Яҳве номида буданд”[22]. Дар Таврот омадааст: “Куруш шубони ман аст ва ҳар он чӣ ӯ кунад, он аст, ки ман хостам”. Дар ҷои дигар М.М. Дьяконов чунин қайд менамояд, ки: “Куруш яке аз барҷастатарин симоҳои таърихи қадим буд”[23]. Дар “Анвор-ул-Қуръон”, ки тафсири Қуръони Карим маҳсуб меёбад, омадааст, ки Куруши Кабир ҳамон Зулқарнайн аст, ки дар қуръон зикраш рафтааст[24]. Ин масъала тадқиқоти алоҳидаро металабад, зеро Зулқарнайн будани Куруш далели он аст, ки аз қавми тоҷику форс низ шахси алоҳида то дарачаи пайғамбарӣ расида будааст.

Куруш дар таърихи башарият бо амали худ инқилоби бузурги ахлоқӣ ва маънавиро гузошт, ки рафтору амалҳои ӯ дарси бағоят бузурги мардонагиро мемонад. Омӯхтани Куруш имконият медиҳад, то мо садоқат ба ватану миллат ва халқи худро омӯзем, зеро ӯ ҳанӯз дар замони ҷавонии худ чунин ёд мекунад: “Савганд мехӯрам, ки ҷон ба гарав мениҳаму давлати тавоно, пурқудрат ва паҳновари Ориёиро таъсис медиҳам ва адолати ростиро пеша менамоям”[25].

Пас аз муаррифии ин ду санад ва шахсони онҳоро қабулнамуда, хонандаи закӣ хуб огоҳ гашт, ки ҳарду санад ба манфиати мардум нигаронида шудааст. Аммо дар ин ҷо мақсад то андозае фарқ мекунад. Мақсад аз таҳлили Хартияи Бузурги Озодӣ ва Эъломияи ҳуқуқи Башари Куруши Кабир ин муайян намудани умумият, фарқият ва бартарӣ байни ин ду санад, ки яке таърихи қадима ва дигаре Замони Нав дорад.

Пеш аз ҳама, бояд диққати аввалиндарачаро ба шахсиятҳое дод, ки ин ду санадро қабул намудаанд ва ба тарзи қабули онҳо бояд мароқ зоҳир намуд. Иоанни Безамин аз рӯи маълумотҳое, ки таърихнигорон пешбинӣ менамоянд, подшоҳе буд, ниҳоят золим ва хунхор, ки пайваста бо ҷанг машғул буд. Ҳангоми ҷанг ҳуқуқҳои мардуми худро поймол менамуд, яъне ӯ пайваста дар ҷангҳо маглуб мешуд ва барои товони зарари расонидашуда аз мардум бо роҳи зӯрӣ маблаг ва ё андоз ҷамъоварӣ менамуд, ки ин мардумро ба дод оварда буд. Маҳз ин бераҳмии ӯ сабаби сар задани низоъҳои дохилӣ дар Англия гардид ва ба ин восита мардум маҷбур намуданд то ӯ санадеро (Хартияи Бузурги Озодиро) қабул намояд, ки дар он мардум аз зери зулми шоҳ раҳоӣ ёбанд ва худи номи ин санад бозгӯи он аст, ки мардум озодии худро аз зулму истибдоди шоҳ мехоҳанд. Дар ин росто саволе ба миён меояд, ки барои чӣ маҳз Шурои умумӣ ва Кумитаи 25 баронҳо, ҷиҳати назорат ва

---

[22] Бобоҷон Ғафуров. Тоҷикон. Душанбе, - 1983. С. 110-111.
[23] Дьяконов М.М., Очерк истории древнего Ирана. Москва, –1961. – С. 79.
[24] Саъдӣ Маҳдӣ. Ормонҳои миллии ман. – Душанбе: Баҳманрӯд, 2015, С. 11.
[25] Бароти Абдураҳмон. Асари ишорашуда. – С.112.

ичроиши меъёрҳои Хартияи Бузурги Озодӣ аз тарафи шоҳ, таъсис дода шуд? Ҷавоби ин савол чунин аст: онҳо имконият доштанд, ҳангоми вайрон намудани меъёрҳои Хартия аз тарафи шоҳ, бо пешниҳоди 4 барон, ҳамаи дигар баронҳоро ҷамъ овардаву дар ин хусус машварат намоянд. Агар дар муддати 40 рӯз вайронкунии меъёрҳо аз тарафи шоҳ бартараф намегашт, онҳо дар асоси машварати худ бо мардум, метавонистанд шоҳро аз тахти шоҳияш дур намоянд. Яъне бад-ин васила мардуми Англия тавонистанд худро бо қабули Хартияи Бузурги Озодӣ аз зери бераҳмиҳои шоҳ раҳонанд. Ба ибораи дигар мақсади асосии Хартия ин озодии мардум аз дасти шоҳ буд.

Дар маълумотҳое, ки таърихнигорон нисбати Куруши Кабир меоранд, ҷойеро вохӯрдан мушкил аст, ки дар он хислатҳои манфии Куруш нишон дода шуда бошад. Масалан, Бароти Абдураҳмон дар романи таърихии "Куруши Кабир - шоҳаншоҳи тамаддуновар" ҳама вақт аз хислатҳои неки ӯ сухан меронад.

Президенти мамлакат Эмомалӣ Раҳмон дар китоби худ бо номи "Нигоҳе ба таърих ва тамаддуни ориёӣ" ҳамеша аз хислатҳои мусбати Куруш ёдовар мешаванд ва таъкид менамоянд, ки насли имрӯз бояд далериву мардонагӣ, инсондӯстиву дурандешӣ ва ватандӯстиву ватанпарвариро аз Куруш биёмӯзанд[26]. Яъне маълум мешавад, ки Куруш чун шахси хирадманд, дурандеш, инсондӯст, далер, қавиирода ва ватандӯсту ватанпарвар ҳамеша барои манфиати мардуми худ мекӯшид ва дар фикри он буд, то дар мамлакаташ мардум озод бошанду адлу осудагиро таъмин намояд. Ҳамчунин, қайд намудан ба маврид аст, ки Эъломияи ӯ низ аз дурандешиву хислати волои инсонии ӯ шаҳодат медиҳад, ки он дар натиҷаи фикр ва андешаи тӯлонӣ барои ояндаи миллати худ қабул гардидааст, ки баъзе аз онро мо қаблан қайд намуда гузаштем.

Аз ин қисмат хулоса баровардан мумкин аст, ки Куруши Кабир аз Иоанни Безамин бо хислатҳои неки инсонии худ фарқ менамояд ва омӯхтани ин ҷиҳатҳои мусбати ӯ имкони зиёдтар барои инсони комил шуданро фароҳам меорад. Илова бар ин, дар марҳилаҳои гуногуни таърихӣ қабул шудани ду санади инсонгаро ва инсонмеҳвар аз ҷониби ду шахсе, ки яке бо адолатпешагӣ машҳур ва дигаре бо золимӣ маълум гувоҳи он аст, ки Иоанни Безамин наметавонист худаш мустақилона Хартияи Бузурги Озодиро қабул намояд. Новобаста аз оне, ки ӯро мардум барои қабули Хартия маҷбур кард, аммо барои таҳияи чунин як санад замина зурур буд, ки чунин замина, бешак Эъломияи Куруши Кабир буд. Зеро, то ин замон таърихи қонунофаринии Англия назире ба монанди Хартия надошт. Чи тавре муаррихи ҳуқуқи инглис Стеббс қайд мекунад: "Ҳамаи таърихи конституцсионии Инглистон ба ғайр аз тавсифи Хартияи бузурги озодӣ чизи дигаре нест"[27].

---

[26] Эмомалӣ Раҳмон. Асари ишорашуда. – С.111.
[27] Тоҳиров Ф.Т. Таърихи давлат ва ҳуқуқи мамлакатҳои хориҷӣ. – Душанбе: "Эҷод", 2007. – С. 156

Вобаста аз тарзи қабули ин ду санад ҳаминро бояд зикр намуд, ки Эъломияи Куруши Кабир пурра дар натиҷаи дурандешии ӯ барои манфиати мардум ва халқҳои дар қаламрави он зиндагикунанда қабул шудаву мардум онро бо тамоми ҳастии худ қабул ва ҷонибдорӣ намудаанд, вале Хартияи Бузурги Озодӣ дар натиҷаи муборизаи табақаҳои мухталиф бо шоҳ қабул шудаву он ҳам ба таври пурраҳш то 24 августи соли 1215 (ду моҳу нуҳ рӯз) амал намудааст, ки ин башорат аз он аст, ки Хартия барои паст намудани ошубҳои мардумӣ дар ин мамлакат барои як муддати муайян қабул гардидааст. Яъне, агар Куруш Эъломияро бемуҳлат барои ояндагон қабул намуда бошад, пас, Иоанни Безамин муваққатӣ будани онро пешакӣ тарҳрезӣ намуда буд.

Масъалаи дигаре, ки хело мароқовару диққатҷалбкунанда аст, ин кашфи хатти мехии мардуми форс аз тарафи англисҳост.

Хатти мехӣ ҳамчун хатти расмии давлати Ҳахоманишиён дар қаламрави ин давлат арзи ҳастӣ менамуд, ки намунаҳои он дар Бобулистони қадим пайдо шудааст. Хатти мехӣ чун хатти форсии қадим маълум мебошад, зеро он бо аломатҳои хоси худ аз хатти мехии бобулӣ ва ошурӣ фарқ менамояд[28]. Хатти мехӣ дар порчаҳои гилӣ навишта мешуд ва шоҳони ҳахоманишӣ корномаҳои худро дар санги мақбараҳо ва кӯҳи Бесутун навиштаанд.

Нахустин намунаи хатти мехии форсии қадимро сайёҳи итолиёӣ Пьетро делла Валле соли 1621 аз вайронаҳои Персопол (60 км дуртар аз Шероз) дарёфт намудаву онро ба Венеция фиристонд. Аввалин нафаре, ки ин хатро мехӣ номидааст, Энгельберт Кемпфер мебошад, ки ӯ инро дар “Аҷоиботи кишварҳои дигар” ном китоб матраҳ намудааст[29]. Вале қайд намудан зарур аст, ки ҳеҷ яке аз инҳо ба таври пурра хатти мехии форсиро кашф карда натавонистанд, то он даме, ки афсари англис онро кашф намуд.

Афсари англис – Генри Роулинсон соли 1835 мушовири ҳарбии бародари шоҳи Эрон таъин шуд ва ба қароргоҳи ӯ, ки дар шаҳри Кирмоншоҳ ҷой дошт, раҳсипор мегардад. Ӯ маълумот пайдо менамояд, ки дар кӯҳи Бесутун навиштаҷоте бо хатти мехӣ мавҷуд аст, ки баландии он 115 метр аст ва он иборат аз 1000 сатр, ки 5 сутуни он (414 сатраш) бо забони форсии қадим навишта шуда буд, мебошад. Роулинсон навиштаҷотро пурра рӯйнавис намудаву онро соли 1847 дар Англия тарҷума менамояд ва бо ин тарз хатти мехии форсӣ пурра кашф карда мешавад[30].

Мақсад аз ин гуфтаҳо ҷалби хонанда ба хатти мехӣ набуда, балки ба кашфи он аз ҷониби англисҳо мебошад. Кашфи хатти мехӣ аз ҷонибӣ маҳз англисҳо ҳама гуна шубҳаҳоро оид ба алоқамандии Хартияи Бузурги Озодӣ бо Эъломияи Куруши Кабир, яъне истифодаи Эъломия ҳангоми таҳияи Хартия аз байн мебарад.

---

[28] Афсаҳов А., Қаҳҳоров Ҳ. Хат ва пайдоиши он. Душанбе, - 1994. – С. 10-11.
[29] Ҳамон ҷо. – С.12.
[30] Ҳамон ҷо. – С. 12.

Барои чӣ маҳз англисҳо тавонистанд хатти мехиро кашф намоянд? Кашфи он барои англисҳо чӣ зарурият дошт? Онҳо чӣ гуна тавонистанд хатти мехии форсиро, ки моли мардуми ориёист ва дар кашфи он мардуми ориёӣ оҷиз монда буданд, кашф намоянд? Аз ин ҷо хулоса баровардан мумкин аст, ки калидвожаи хатти мехӣ маҳз дар дасти англисҳо будаву он аз замонҳои қадим барои ошкор ва истифодабарии сирру асрори давлатҳои ориёӣ, аз ҷумла давлати Ҳахоманишҳо истифода мешудааст. Далели дигар, ин мавҷуд будани устувона (силиндр)-и машҳури Куруши Кабир дар осорхонаи Британияи Кабир аст, ки таваҷҷуҳи хоссаи муҳаққиқони англис ба тамаддуни Шарқ мебошад. Гумони ғолиб он аст, ки Эъломияро дар матни хатти мехӣ англисҳо хело пештар аз Г. Роулинсон ва дигарон хондаанд.

Ҳангоми муқоиса ва таҳлили Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир бо Хартияи Бузурги Озодӣ ин гуфтаҳоро бори дигар исбот намудан мумкин аст, ки алъон намунаи онро баҳри хонандаи арҷманд матраҳ менамоем.

1. Сохтори ин ду санад ба ҳамдигар шабеҳи хос доранд, яъне онҳо аз ҷиҳати банду басти меъёрҳо ба ҳамдигар монанданд. Гарчанде дар он давра, яъне дар замони қабули Хартия тартиби қабули қонунҳо ба ҳамин тарз пешбинӣ шуда буд, лекин муддати вақти байни ин ду санад мароқовар мебошад, чунки фарқият байни қабули ин ду санад ба 1754 сол мерасад. Наход дар ин муддати дароз тартиби қабули санадҳои ҳуқуқӣ тағйир наёфта бошад.

2. Сарсухан ва ё оғози ин ду санад, ҳам аз ҷиҳати тартиб ва ҳам аз ҷиҳати мақсаду моҳият қариб аз ҳамдигар фарқияте надоранд, танҳо дар Хартия он калимаҳое истифода шудааст, ки хоси мардуми ин сарзамин аст. Ҳангоми ба фарҳангҳо назар афкандан, он ҳамон маъноеро мемонад, ки дар Эъломия зикр шудаанд. Масалан, Эъломияи Куруши Кабир чунин оғоз меёбад: “Манам Куруш шоҳи шоҳон, шоҳи бузург, шоҳи нирӯманд, шоҳи Бобул, шоҳи Сумер ва Аккад, шоҳи чаҳор мамлакат...”[31] ва Хартияи Бузурги Озодӣ бошад чунин оғоз мегардад: “Иоанни Безамин, шоҳи ҷавони Англия, сеньори Ирландия, гертсоги Нормандия ва Аквитания, графи Анжу, архиепископ, епископ...[32]”. Ё ин ки дар Эъломияи Куруш чунин омадааст: “Инак, бо ёрии Маздо тоҷи салтанати Эрон, Бобул ва кишварҳои чаҳоргонаро бар сар гузоштам...”, дар Хартия бошад, ҳамин мазмун чунин омадааст: “Иоанн бо лутфи Худо... Бо кумаки Худо... бо эҳтироми Худо...”.

3. Дигар масъалае, ки зикр намуданаш хеле муҳим аст, ин муқарраркунии ҳуқуқҳо дар ду санад мебошад, ки баъзе ҳуқуқҳои муқаррарнамудаи Хартия, гарчанде он дар замоне қабул гардидааст, ки ҷомеаи башарӣ нисбат ба замони Куруш даҳҳо маротиба пеш рафта

---

[31]Буриев И.Б. Таърихи давлат ва ҳуқуқи Тоҷикистон. Қисми аввал. / Таҳти назари академик Ф.Т. Тоҳиров. Душанбе, 2013. – С. 40.

[32] Оид ба калимаҳои норавшани дар Хартия истифодашуда метавонед аз сомонаи **http://farkhang.tj/** ё аз Фарҳанги забони тоҷикӣ ва дигар луғату фарҳангҳо маълумоти пурра пайдо намоед.

бошад ҳам, лекин муқаррарот ва кафолатҳои ҳуқуқии Эъломия дар Хартия низ зикр мегардад. Масалан:

а) ҳуқуқ ба озодӣ. Дар банди 2-и Эъломия чунин зикр мешавад: "...дар подшоҳии ман ҳар миллат озод аст, ки маро ба шоҳии худ бипазирад ё напазирад..." дар моддаи 1-и Хартия бошад, чунин нуқта қайд мегардад: "...мо ба ҳамаи одамон дар салтанат озодӣ бахшидем..."[33].

б) ҳуқуқ ба озодии дину мазҳаб ва тоату ибодат. Чунончи дар банди 5-и Эъломия қайд мешавад: "Ман эълон менамоям, ки ҳар кас озод аст, ҳар дину оинро, ки майл дорад, баргузинад...ва ҳар гуна, ки мӯътақид аст ибодат кунад" ва дар моддаи 1-и Хартия ин нуқта қайд мешавад: "...мо бо розигии Худо ва хартияи мазкур ҷовидона тасдиқ менамоем, ки дар Англия калисо озод аст ва он дорои ҳуқуқу озодиҳои дахлнопазир мебошад, ба мисли озодии интихоб..." ва ё дар моддаи 63-и Хартия зикр мегардад: "аз ин рӯ мо орзу мекунем ва қатъиян иброз менамоем, ки калисои Англия озод аст, ҳам мардуми давлати подшоҳӣ ва ҳам мардуми тамоми олам....метавонад аз он истифода баранд"[34].

в) ҳуқуқ ба озодии ҳаракат ва интихоби ҷойи зист. Дар банди 5-и Эъломия зикр мегардад: "...ҳар кас озод аст...дар ҳар ҷо, ки мехоҳад, сукунат намояд..." ва дар моддаи 41-и Хартия бошад, қайд мегардад: "ҳамаи тоҷирон ҳуқуқ доранд озодона ва бемаҳдудият ҳудуди Англияро тарк намоянд..." ва ё дар моддаи 42-и Хартия зикр карда мешавад, ки: "ба ҳар кас иҷозат дода шавад, ки аз салтанати мо баромада равад ва бехатар бозгардад..."[35].

г) ҳуқуқ ба моликият. Чунончи дар банди 3-и Эъломия чунин қайд мегардад: "...нахоҳам гузошт, ки касе молу амволи дигареро бо зӯр ва ё ҳар равиши нодурусти дигаре аз ӯ бидуни пардохти арзиши воқеии он бигирад", дар моддаи 39-и Хартия бошад, чунин қайд карда мешавад: "...ҳеҷ як шахси озод....аз моликият маҳрум карда намешавад..."[36].

ғ) ҳуқуқ ба адолати судӣ. Банди 6-и Эъломия муқаррар менамояд, ки: "...ҳеҷ касеро набояд ба ангезаи ин, ки яке аз бастагонаш хилоф кардааст, муҷозат кард ва агар аз дудмон ё хонаводае, хилоф кард, танҳо ҳамон кас ба кайфар бирасад ва ба дигар мардумон ва хонавода коре нест", дар моддаи 40-и Хартия бошад, ин нукта матраҳ мегардад: "Ба ҳеҷ кас ҳуқуқ ва адолатро намефурӯшем, онро ба ҳеҷ кас рад ё таъхир наменамоем"[37].

д) манъи шиканҷа. Чунончи дар банди 2-и Эъломия чунин нукта матраҳ мегардад: "...нахоҳам гузошт, ки касе ба дигаре ситам кунад

---

[33]Барои маълумоти бештар ба банди 2-и Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир ва моддаи 1-и Хартияи бузурги озодии соли 1215-и Англия нигаред.

[34]Барои маълумоти комил ба банди 5-и Эъломия ва моддаи 1-и Хартия нигаред.

[35]Барои маълумоти пурра ба банди 5-и Эъломия ва моддаҳои 41-42-и Хартия нигаред.

[36]Барои маълумоти бештар ба банди 3-и Эъломия ва моддаи 39-и Хартия нигаред.

[37] Банди 6-и Эъломия ва моддаи 40-и Хартия.

ва агар касе нотавон буд ва бар ӯ ситаме рафт, ман аз вай дифоъ хоҳам кард ва ҳаққи ӯро гирифта ва баъд пас хоҳам дод ва ситамкоронро ба кайфар хоҳам расонд”, дар моддаи 39-и Хартия бошад, чунин қайд мегардад: “ҳеҷ шахси озод....бадарға карда намешавад....”[38].

Дар фарқият аз Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир дар Хартияи бузурги озодӣ ҳуқуқу озодиҳо на аз номи шоҳ, балки аз худи санад бармеоянд. Яъне онҳоро Хартия кафолат медиҳад. Шояд сабаб дар он бошад, ки Ионни Безамин – шоҳи онвақтаи Англия ноодилу золим буд ва табиист, ки аз номи шахси золим пешниҳод кардани имконияту бартариятҳо ба мардум ғайримантиқӣ мебуд. Ба ибораи дигар, мавриди шарм ва масхараи мардум қарор мегирифт. Куруши Кабир, ки бо ростию адолатпешагӣ ном бароварда буд, барои аз номи худ шахсан эълон кардани ҳуқуқу озодиҳо ва пешниҳод кардани имкониятҳо ба мардум хеҷ гоҳ шарм намекард. Яъне асосгузори Хартия мардум аст, аммо асосгузори Эъломия шахс аст.

Фарқи дигари ин ду ҳуҷҷат дар озодии динҳост. Дар Эъломия ошкоро мегӯяд, ки ҳар шахс ҳар динеро метавонад парастиш кунад ё накунад. Аммо дар Хартия ин бартарӣ танҳо ба калисо дода шудааст, дар хусуси дигар адён ҷои гап нест.

Баъд аз таҳлил ба чунин хулоса ва пешниҳод омадан мумкин аст:

1. Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир аввалин санади расмии муқарраркунандаи ҳуқуқҳои инсон дар рӯи олам мебошад;
2. Ҳангоми таҳияи Хартияи Бузурги Озодии Англия дар соли 1215 аз Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир ба таври васеъ истифода шудааст;
3. Пешниҳод менамоем, ки дар тамоми китобҳои ҳуқуқӣ, сомонаҳои интернетӣ (бо забонҳои тоҷикӣ, русӣ, англисӣ ва дигар забонҳо) Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир ҳамчун аввалин сарчашмаи расмии ҳуқуқи инсон шинохта шавад.
4. Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир аз ҷониби олимони ҳуқуқшинос тафсир ва маънидод карда шавад ва дигар паҳлуҳои норушани он кашф карда шавад. Зеро аз сабаби дар давоми 2400 сол зери харобазорҳо мондани матни Эъломия имкони баъзе нуқтаҳои онро возеҳ намудан ҷой надорад, шояд дар он дигар муқаррароти ҳуқуқӣ низ ҷой дошта бошад.
5. Матни Эъломия то ба имрӯз бо шаш забони кории СММ тарҷума шудааст. Аммо қайд кардан зарур аст, ки ин тарҷумаҳо бо ҳамдигар мутобиқат намекунанд. Матни русии Эъломия аз матни тоҷикии он ба куллӣ фарқ дорад. Аз ин рӯ, пешниҳод карда мешавад, ки матни тоҷикӣ (форсӣ)-и он ба дигар забонҳо тарҷума карда шавад, то дар адабиёти ҳуқуқӣ ва таърихӣ гуногунфаҳмӣ аз байн равад.

---

[38] Барои маълумоти комил ба банди 2-и Эъломия ва моддаи 39-и Хартия нигаред.

6. Дар сомонаи “википедия” бо забони тоҷикӣ дар бораи Куруши Кабир ва Эъломия ӯ маълумоти бештар ҷойгир карда шавад, то насли имрӯза аз таърихи қонунофаринии аҷдоди худ бохабар гардад.

Адабиёт:

1. Афсаҳов А., Қаҳҳоров Ҳ. Хат ва пайдоиши он. Душанбе: «Маориф» – 1994. – 48 с.
2. Бароти Абдураҳмон. Куруши Кабир шоҳаншоҳи тамаддуновар (романи таърихӣ). Душанбе, – 2006. – 420 с.
3. Бобоҷон Ғафуров. Тоҷикон (қисми 1). Душанбе, Ирфон. – 1983. – 700 с.
4. Буриев И.Б. Таърихи давлат ва ҳуқуқи Тоҷикистон. Қисми аввал. / Таҳти назари академик Ф.Т. Тоҳиров. Душанбе, 2013. – 268 с.
5. Донишномаи мухтасари кӯдакон ва наврасон. Душанбе, – 2013. – 564 с.
6. Дьяконов М.М., Очерк истории древнего Ирана. Москва, – 1961. – 444 с.
7. Есаян. Э.С. Великая хартия вольностей и ее место в истории английского права. Тбилиси, – 1988. – 22 с.
8. Ибни Қурбон. Дар дуроҳаи фано ва эҳёи миллати қадим. Душанбе: “Эр-граф”, - 2007. – 480 с.
9. Мухтасари қонунномаи Сосониён. – Душанбе: “Эр-граф”, 2015. – 156 с.
10. Насурдинов Э.С., Сафаров Д.С. История государства и права таджикистана часть I (от древнейших времен до X в.) Душанбе, – 2013. – 362 с.
11. Саъдӣ Маҳдӣ. Ормонҳои миллии ман. – Душанбе: Баҳманрӯд, 2015, 204 с.
12. Тоҳиров Ф.Т. Таърихи давлат ва ҳуқуқи мамлакатҳои хориҷӣ. – Душанбе: “Эҷод”, 2007. – 568 саҳ.
13. Тоҳиров Ф.Т. Таърихи давлат ва ҳуқуқи мамлакатҳои хориҷӣ (курси лексияҳо). Душанбе, Истеъдод. – 2012. – 600 с.
14. Фарҳанги истилоҳоти ҳуқуқи инсон. / Зери таҳрири н.и.ҳ., дотсент Насурдинов Э.С. – Душанбе: “Эр-граф”, 2013. – 320 с.
15. Холиқов А.Ғ. Андешаи давлати миллӣ. Душанбе: “Эр-граф”, 2013. - 684 с.
16. Ҳакимов Н., Азизқулова Г.С. Таърихи давлат ва ҳуқуқи халқи тоҷик (қисми 1). Душанбе, – 2002. – 168 с.
17. Эмомалӣ Раҳмон. Нигоҳе ба таърих ва тамаддуни ориёӣ. Душанбе, Ирфон. – 2006. – 372с.
18. www.law.tnu.tj
19. files.school-collection.edu.ru
20. http://www.humanrights.com/ru
21. http://tg.m.wikipedia.org

Саъдизода Ҷаҳонгир
Некрӯзи Файзизода

Фишурда

Эъломияи Куруши Кабир ва Хартияи Бузурги Озодӣ: монандӣ ва тафовут

Дар мақолаи мазкур аввалин бор таҳлили муқоисавӣ-ҳуқуқии Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир бо Хартияи Бузурги Озодии Англия гузаронида шуда, умумият ва тафовути онҳо муайян карда мешавад. Муаллифон ба хулосае омадаанд, ки ҳангоми таҳияи Хартияи Бузурги Озодӣ дар соли 1215 дар Англия аз Эъломияи ҳуқуқи башари Куруши Кабир ба таври васеъ истифода шудааст.

Саъдизода Джахонгир
Некрузи Файзизода

Аннотация

Декларация Кира Великого и Великая Хартия Вольностей: сходства и различия

В статье впервые проводится сравнительно-правовой анализ Декларации прав человека Кира Великого с Великой Хартией Вольностей Англии, определяются их сходства и различия. Авторы пришли к выводу, что во время подготовки Великой Хартии Вольностей в 1215 году в Англии, было широко использовано Декларация прав человека Великого Кира.

Sadizoda Jahongir
Nekruzi Faizizoda

The summary

The Declaration of Cyrus the Great and the Magna Carta: similarities and differences

The article for the first time presents a comparative legal analysis of the Human Rights Declaration of Cyrus the Great from the Magna Carta in England, determined their similarities and differences. The authors came to conclusion that, during the preparation of the Magna Carta in 1215 in England, has been widely used the Declaration of Human Rights of Cyrus the Great.

Диноршоев А.М.*
Хамдамова Ш.М.*

Место Уполномоченного по правам человека в Республике Таджикистан в системе органов государственной власти

Калидвожаҳо: ваколатдор оид ба ҳуқуқи инсон, мақомоти давлатӣ, мақомоти ҳокимияти давлатӣ
Ключевые слова: уполномоченный по правам человека, государственный орган, орган государственной власти
Key words: human rights ombudsman, a state body, public authority

Конституция 1994г. провозгласила приоритет прав человека в Республике Таджикистан (далее РТ). Ст. 5 Конституции устанавливает, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Жизнь, честь, достоинство и другие естественные права человека неприкосновенны. Права и свободы человека и гражданина признаются, соблюдаются и защищаются государством.

В последние годы со стороны международного сообщества повышенное внимание уделяется развитию несудебной формы защиты прав человека как на международном, так и на национальном уровне. Институты несудебной формы защиты прав и свобод человека и гражданина призваны дополнить существующие механизмы судебной защиты. Центральное место в системе несудебной формы защиты отводиться институту Уполномоченного по правам человека.[1]

Однако при всем уважении к изложенным мнениям, на практике часто возникают вопросы: например, что же из себя представляет институт Уполномоченного по правам человека и в чем заключается его сущность и предназначение?

Данный институт занимает особое место среди механизмов защиты прав и законных интересов граждан. Особая популярность и авторитет данного института объясняется многими демократическими чертами, характеризующими его статус и обеспечивающими эффективность его деятельности: особым положением в системе государственных органов, полномочиями, механизмом государственного финансирования и т.д.

---

*Зав. кафедрой конституционного права юридического факультета Таджикского национального университета, к.ю.н., доцент. E - mail: dinorshoev@gmail.com
*Ассистентка кафедры прав человека и сравнительного правоведения юридического факультета Таджикского национального университета
[1]Азаров А. Ройтер В. Хюфнер К. Права человека. Международные и российские механизмы защиты. М., 2003 С. 311.

Данный орган является дополнительным средством защиты прав человека, который не подменяет и не замещает существующие средства защиты. Не оспаривая важность данного института, в юридической литературе идут научные споры о месте Уполномоченного по правам человека в системе органов государственной власти. Данный спор основывается на различной трактовке понятий «орган государственной власти» и «государственный орган». Одни ученные считают данные понятия идентичными, другие же наделяют их самостоятельным содержанием.[2]

Прежде чем определить место Уполномоченного по правам человека в системе органов государственной власти, считаем необходимым остановиться на рассмотрении соотношений понятий «орган государственной власти» и «государственный орган».

В Конституции РТ дается подробная система государственных органов, однако нигде в тексте не используются словосочетания «государственный орган» или «орган государственной власти»

В ст. 2 Закона РТ «О системе органов государственного управления Республики Таджикистан», приводятся следующие определения органов государственного управления:

- орган государственного управления - государственный орган, осуществляющий общие задачи управления в определенной сфере деятельности в соответствии с принципами управления, установленными нормативными правовыми актами Республики Таджикистан;
- исполнительный орган государственной власти – организационная форма осуществления государственного управления, которая учреждается и действует в системе исполнительных органов государственной власти на основе нормативных правовых актов Республики Таджикистан.[3]

Как видно из содержания указанной нормы, в законодательстве РТ используются два определения – «органы государственной власти» и «государственный орган». Однако, в законодательстве РТ эти два понятия не раскрываются. При этом, как было отмечено выше в науке конституционного и административного права, также нет единого определения государственного органа. Подавляющее большинство исследователей, за исключением некоторых деталей, определяют государственный орган как обособленную часть государственного аппарата.

В частности, В.В. Лазарев считает, что государственный орган – это самостоятельное подразделение государственного аппарата, создаваемое в установленном законом порядке, обладающее установленной законом структурой и наделенное определенной компетенцией.[4]

---

[2]Диноршоев А. М. Конституционные основы разделения властей в Республике Таджикистан. Душанбе. 2007.

[3]Ст. 2 Закон РТ «О системе органов государственного управления Республики Таджикистан» от 16.04.2012г. // www.mmk.tj (Дата обращения: 27. 05. 2015г.)

[4] Теория государства и права. /под ред. Лазарева В. В. Липень С.В. М., 1998. С.79

Н.И. Матузов и А.В. Малько отмечают: «Орган государства – это юридически оформленная, организационно и хозяйственно обособленная часть государственного механизма, состоящая из государственных служащих, наделенная государственно-властными полномочиями и необходимыми материальными средствами для осуществления в пределах своей компетенции определенных задач и функций государства».[5]

Более широкое толкование государственного органа дано профессором А.А. Мишиным, который, помимо принадлежности к государственному аппарату, выделяет и структурно-функциональную определенность, степень которой зависит как от его формально-юридического статуса, так и от фактического размежевания функциональной и предметной компетенции.[6]

Развернутое определение государственного органа сформулировали Е.И. Козлова и О.Е. Кутафин. Они считают, что «государственный орган является гражданином или коллективом граждан, наделенных государственно – властными полномочиями, уполномоченными государством на осуществление его задач и функций и действующими в установленном государством порядке».

Однако все приведенные нами определения имеют существенный недостаток. Они не указывают на природу государственных органов и не определяют форму их существования, хотя законодательство различных государств дифференцирует государственные органы и по способу их формирования, и по объему их компетенции, и по правовому статусу, и по сфере деятельности.

Так, М.В. Баглай проводя такую дефиницию, выделяет три группы государственных органов: органы государственной власти, государственные органы и органы государственной власти со специальным статусом. По его мнению, «органы государственной власти состоят из выборных депутатов или назначаемых государственных служащих, облеченных определенными властными полномочиями. Но орган власти может быть и в лице одного человека. Таким является Президент, Генеральный прокурор и ряд других. Эти должностные лица действуют в силу конституций или законов и несут политическую ответственность только перед теми, кто их избрал или назначил».[7]

На основе выше изложенного, мы пришли к выводу, что необходимо разграничить понятия «орган государственной власти» и «государственный орган». Орган государственной власти – это гражданин или коллектив граждан, избранных, либо назначенных в соответствии с законом, профессионально выполняющих государственно-властные полномочия и наделенных определенной компетенцией и материально – финансовыми средствами в пределах, установленных государством задач и функций.

---

[5] Теория государства и права: курс лекций/ под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2002. С. 99.

[6] Мишин А. А. Центральные органы власти буржуазных государств. М., 1972. С. 3

[7] Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 2002. С. 333

Характерной чертой органов государственной власти является наделение их государственно-властными полномочиями, которые выражаются в принятии властных государственных решений. Данные полномочия выражают функции органов государственной власти. Властные полномочия включают в себя принятие нормативных актов, действия которых распространяются на всю территорию страны и на широкий круг субъектов. Важным признаком этих полномочий является то, что они устанавливаются в Конституции. Так же эти полномочия не подлежат передаче какому-либо другому государственному органу или должностному лицу. Таким образом, к данной категории органов относятся Парламент, Президент, Правительство и суды.

Органы государственной власти, являясь единоличными (гражданином) или коллегиальными (специальным коллективом граждан), организованными государством для осуществления его деятельности, характеризуются основными признаками, указанными выше.

Государственный орган представляет собой систему органов, не наделенных государственно-властными полномочиями и связанных с государственной властью в той мере, в какой они обеспечивают государственно-властную деятельность. Они обладают производными (обеспечивающими) полномочиями. Эти органы формируются для обеспечения полномочий органов государственной власти, т.е. наделены производными полномочиями, которые заключаются в осуществлении содействия при подготовке принятия нормативных актов органов государственной власти. Также производные полномочия могут быть делегированы в рамках служебных взаимоотношений. К данной категории органов относятся Исполнительный аппарат Президента, Национальный банк, Прокуратура, ЦИК. Данные органы являются государственными, но их деятельность носит обеспечивающий характер. При этом, следует отметить, что крайне важным является определение места этих органов в системе разделения властей.

В этом контексте мы солидарны с точкой зрения высказанной С.А. Авакьяном о том, что “ иногда понятие государственного органа используется для подразделений, общая задача которых – обеспечить деятельность соответсвующего, предусмотренного Конституцией, органа государвственной власти. Цель таких норм – возвысить роль подразделения, между тем у него сугубо служебное и в этом плане вспомогательное назначение”.[8]

Исходя из изложенного, мы пришли к выводу, что Уполномоченный по правам человека в РТ относится к категории государственного органа. Хотя в ст. 33 Закона РТ «Об Уполномоченном по правам человека в Республике Таджикистан» указывается, что Уполномоченный по правам человека является органом государственной власти. Мы считаем, что в данном случае

---

[8] Авакьян С.А. Конституционное право Российской Федерации: учебный курс: в 2-х томах. М.2006. Т.1.

в законе использовано неверная трактовка понятия «орган государственной власти». Об этом свидетельствуют положения Закона РТ «Об Уполномоченном по правам человека в Республике Таджикистан» в котором указывается, что данный орган, во-первых, учрежден в целях усиления конституционных гарантий государственной защиты прав и свобод человека и гражданина, содействия их соблюдению и уважению органами государственной власти, органами самоуправления в поселке и селе (джамоатами), их должностными лицами и должностными лицами предприятий, учреждений и организаций, независимо от организационно – правовых форм. Во-вторых, Уполномоченный по правам человека не наделен полномочиями по принятию решений обязательного характера для лиц, которым они адресованы. Исходя из этого, мы можем утверждать, что функциональное предназначение Уполномоченного по правам человека носит вспомогательный характер, который присущ именно государственным органам.

В этой связи предлагаем внести изменения в ст. 33 Закона РТ «Об Уполномоченном по правам человека в Республике Таджикистан» и заменить словосочетание «орган государственной власти» на «государственный орган».

Литература:

1. Авакьян С.А. Конституционное право Российской Федерации: учебный курс: в 2-х томах. М.2006. Т.1.
2. Азаров А. Ройтер В. Хюфнер К. Права человека. Международные и российские механизмы защиты. М., 2003.
3. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 2002.
4. Диноршоев А.М. Конституционные основы разделения властей в Республике Таджикистан. Душанбе. 2007.
5. Мишин А. А. Центральные органы власти буржуазных государств. М., 1972.
6. Теория государства и права /под ред. Лазарева В. В. Липень С.В. М., 1998.
7. Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2002.

Диноршоев А.М.
Хамдамова Ш.М.

Фишурда

Ҷойи Ваколатдор оид ба ҳуқуқи инсон дар Ҷумҳурии Тоҷикистон дар низоми мақомотҳои ҳокимияти давлатӣ

Дар мақолаи мазкур мавқеи Ваколатдор оид ба ҳуқуқи инсон дар низоми мақомоти давлатӣ таҳлил шудааст. Муаллифон дар асоси таҳлили маҳфумҳои «мақомоти давлатӣ» ва «мақомоти ҳокимияти давлатӣ» ба хулосае омаданд, ки Ваколатдор оид ба ҳуқуқи инсон мақомоти давлатии махсусгардонидашуда мебошад.

Диноршоев А.М.
Хамдамова Ш.М.

Аннотация
Место Уполномоченного по правам человека в РТ в системе органов государственной власти

В статье рассматривается место и значение Уполномоченного по правам человека в РТ в системе органов государственной власти. Авторы, основываясь на соотношении понятий «орган государственной власти» и «государственный орган», приходят к выводу, о том, что данный орган является государственным органом, имеющим особое предназначение.

Dinorshoyev A. M.
Hamdamova Sh. M.

The summary
Place of the Ombudsman in the Republic of Tajikistan in system of public authorities

The article examines the place and importance of the Ombudsman in the Republic of Tajikistan in the system of state power. Authors on the basis of comparison of the concepts of "public authority" and "public body" come to the conclusion that this authority is a public body having a special mission

Шеров Ш.*

Конституционно – правовая ответственность – самостоятельный вид юридической ответственности

Калидвожаҳо: ҷавобгарӣ, ҷавобгарии ҳуқуқӣ-конституционӣ, ҷавобгарии ҳуқуқӣ, санксия

Ключевые слова: ответственность, конституционно-правовая ответственность, юридическая ответственность, санкция

Key words: responsibility, constitutional and legal responsibility, legal responsibility, the sanction

Возникновение и развитие идеи конституционно-правовой ответственности в Республике Таджикистан (далее РТ) непосредственно связано с принятием Конституции 1994г. Исходя из этого в правовой науке Таджикистана, и частности в конституционном праве страны данный институт является малоизученным. Как отмечает А. М. Диноршоев – «институт конституционно-правовой ответственности является относительно новым для государственной и юридической практики Республики

* Аспирант кафедры конституционного права юрид. ф – та Таджикского национального университета. E - mail: tnu@mail. tj

Таджикистан, доктрина конституционной ответственности и законодательная база для нее только формируются. Хотя нельзя не признать, что научные дискуссии о юридической природе конституционной ответственности ведутся уже давно».[1]

Следует отметить, что институт конституционно – правовой ответственность в РТ является еще одним из самых «молодых» институтов в отечественном конституционном праве, и его развитие происходит весьма активно. Между тем в юридической литературе зарубежных стран изучению данной проблематики уделяют пристальное внимание.

В рамках данной статьи мы на основе изучения юридической литературы и сравнительного - правового анализа постараемся дать определение и характерные черты конституционно – правовой ответственности как разновидности юридической ответственности.

Здесь необходимо подчеркнуть, что в Конституциях постсоветских государств, в том числе и РТ термин «конституционно – правовая ответственность» не используется, т.е. отсутствует законодательное регулирование его понятийного определения. В этой связи возникает вопрос – что из себя представляет конституционно – правовая ответственность как вид юридической ответственности? Среди ученых по данному вопросу нет единой точки зрения. Так, например, В.О. Лучин характеризует конституционную ответственность как обусловленную нормами Основного Закона необходимость соответствующих субъектов права отвечать за свое юридически значимое поведение в установленном порядке и действовать в соответствие с возложенными на них обязанностями, а в случаи отклонения – претерпевать определенные лишения.[2] По мнению Н.М. Колосовой, «конституционная ответственность – это необходимость наступления неблагоприятных последствий за невыполнение (ненадлежащее исполнение) субъектами права своих конституционных обязанностей и за злоупотребление своими конституционными правами».[3]Н. А. Боброва и Т. Д. Зражевская отмечают, что конституционная ответственность — это особый вид ответственности, включающий в себя политическую, моральную и юридическую ответственность.[4] Аналогичной точки зрения придерживается, С. А. Авакьян, который отмечает, что конституционно - правовая ответственность – зачастую есть политическая ответственность, всего лишь сопровождаемая конституционно-правовой формой. Более того, порой конституционно – правовая ответственность связана также с морально-нравственной подоплекой принятия соответствующих мер.[5]

---

[1]Диноршоев А.М. Соотношение конституционно – правовой ответственности с другими видами юридической ответственности. Наука и инновация (научный журнал) /Серия гуманитарных наук. Душанбе: «Сино», 2014.С. 87.

[2] Лучин В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М.2002. С.283.

[3] Колосова Н.М. Конституционная ответственность в Российской Федерации. М., 2000. С.8.

[4] Боброва Н. А., Зражевская Т. Д. Ответственность в системе гарантий конституционных норм. Воронеж, 1985. С. 69-70.

[5] Авакьян С.А. Конституционное право России. Т.1. М.2006. С.92-93.

М. В. Баглай, трактует конституционную ответственность и пишет: «Что же касается собственно конституционно – правовой ответственности, то она предусмотрена нормами самого конституционного права. Эта ответственность не имеет ни материального, ни репрессивного характера. На гражданина, если оно не является должностным лицом, эта ответственность не распространяется».[6] Е. И. Козлова и О.Е. Кутафин, определяя конституционно-правовую ответственность, говорят, что «она, как и любая другая юридическая ответственность, является мерой государственного принуждения, основанной на юридическом и общественном осуждении правонарушения и выражающейся в установлении для правонарушителя определенных отрицательных последствий».[7]

М.С.Гафуров, изучая вопросы конституционно – правовой ответственности в РТ, полагает, что конституционно-правовая ответственность – это ответственность за ненадлежащее осуществление публичной власти должностными лицами и органами государственной власти. При этом он подчеркивает, что особенности конституционно – правовой ответственности обусловлено особым субъектом – должностными лицами органов публичной власти и непосредственно органами публичной власти, соответственно предметом исследуемого вида ответственности является надлежащий порядок осуществления публичной власти.[8]

Таким образом, вышеприведенные подходы к понятию «конституционно – правовой ответственности» позволяют нам получить четкое представление о настоящем виде юридической ответственности. Особенности конституционно-правовой ответственности и соответственно ее обособление как самостоятельного вида юридической ответственности объясняются предметом и методом конституционно – правового регулирования общественных отношений; функциями,которые выполняет конституционное право в общей системе права; спецификой статуса субъектов конституционно – правовых отношений; особенностями юридической природы неправомерного поведения в конституционно – правовой сфере; характером конституционных предписаний, на базе которых возникает ответственность; особой процедурой ее реализации.[9]

---

[6] Баглай М. В., Габричидзе Б. Н. Конституционное право Российской Федерации. М., 1996. С.39.

[7]Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2003. С. 43.

[8]Гафуров М.С. Конституционно – правовая ответственность органов государственной власти в Республике Таджикистан: дисс.. канд. юрид. наук. - М., 2013. С.21.

[9]Виноградов В.А. Актуальные проблемы конституционно-правовой ответственности //Законодательство, 2002, № 10. С. 31-40

Литература:

1. Авакьян С.А.. Конституционное право России. Т.1. М.2006.
2. Баглай М. В., Габричидзе Б. Н. Конституционное право Российской Федерации. М., 1996.
3. Боброва Н. А., Зражевская Т. Д. Ответственность в системе гарантий конституционных норм. Воронеж, 1985.
4. Виноградов В.А. Актуальные проблемы конституционно-правовой ответственности // "Законодательство", 2002, №10.
5. Гафуров М.С. Конституционно - правовая ответственность органов государственной власти в Республике Таджикистан: дисс... канд. юрид. наук. - М., 2013.
6. Диноршоев А. М. Соотношение конституционно- правовой ответственности с другими видами юридической ответственности. Наука и инновация. № 2. 2014.
7. Колосова Н.М. Конституционная ответственность в Российской Федерации. М., 2000.
8. Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2003.
9. Лучин В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М.2002.

Шеров Ш.

Фишурда

Ҷавобгарии конститутсионӣ - ҳуқуқӣ ҳамчун намуди мустақили ҷавобгарии ҳуқуқӣ

Дар шароити муосир дар илми ҳуқуқи конститутсионӣ ташкили падидаи нав – ҷавобгарии конститутсионӣ ҳамчун намуди мустақили ҷавобгарии ҳуқуқи сурат гирифта истодааст. Дар мақолаи мазкур муаллиф фикру ақидаҳои олимонро зери таҳлил қарор гирифта, мавқеи ҷавобгарии конституциониро дар низоми ҷавобгарии ҳуқуқӣ муайян менамояд.

Шеров Ш.

Аннотация

Конституционно – правовая ответственность – самостоятельный вид юридической ответственности

На современном этапе происходит формированиеконституционно-правовой ответственности как самостоятельного вида юридической ответственности. Автор в статье анализирует существующие точки зрения и определяет его соотношение с юридической ответсвенностью.

Sherov Sh.

The summary

The constitutionally - legal responsibility - an independent kind of legal responsibility

At the present stage is the formation of the constitutional and legal responsibility as an independent type of legal responsibility. The author of the article analyzes the current point of view and defines its relationship with the legal Responsibility.

III. Вопросы уголовного права и криминалистики
III. Масъалаҳои ҳуқуқи ҷиноятӣ ва криминалистика

Сафаров А. И*., Шарипов Р. И.*

Некоторые вопросы отличия состава мошенничества от преступлений в сфере экономической деятельности в Республике Таджикистан

Калидвожаҳо: қаллобӣ, соҳибкории калбакӣ, ғайриқонуни гирифтани кредит, амалҳои ғайриқонунӣ ҳангоми муфлисшавӣ, муфлисшавии барқасдона, ғайриқонунӣ истифодаи нишони молӣ, рекламаи бардурӯғ, фиребдодани истеъмолкунанда

Ключевые слова: мошенничества, лжепредпринимательства, незаконное получение кредита, неправомерные действия при банкротстве, злостное банкротство, незаконное использование товарного знака, заведомо ложная реклама, обман потребителей

Key words: frauds, pseudo-businesses, illegal poluchekny the credit, illegal actions at bankruptcy, malicious bankruptcy, illegal use of the trademark, obviously false advertizing, deception of consumers

Изучение и анализ мошенничества в соответствии с действующим уголовным законодательством Республики Таджикистан показало, что мошенничество как преступления против собственности имеет общие черты с смежными с ним преступлениями в сфере экономические деятельности, к которым, прежде всего, относятся: *лжепредпринимательство* - «то есть создание коммерческой организации без намерения осуществлять предпринимательскую или банковскую деятельность, имеющее целью получение кредитов, освобождение от налогов, извлечение иной имущественной выгоды или прикрытие запрещенной деятельности, причинившее крупный ущерб гражданам, другим коммерческим или некоммерческим организациям либо государству» (ст. 260 УК); *незаконное получение кредита* - «получение гражданином, индивидуальным предпринимателем или руководителем организации кредита, дотаций либо льготных условий кредитования путем предоставления банку или иному кредитному учреждению

---

*Кандидат юридических наук, доцент, и.о. заведующей кафедры уголовного права юридического факультета Таджикского национального университета. Тел.: 905-88-63-63

*Шарипов Р.И.- кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права юридического факультета Таджикского национального университета. Тел.: 918-33-41-40

заведомо ложных сведений о хозяйственном положении либо финансовом состоянии гражданина, индивидуального предпринимателя или организации или об иных обстоятельствах, имеющих существенное значение для получения кредита, дотаций, льготных условий кредитования» (ст. 264 УК); *неправомерные действия при банкротстве* - «сокрытие имущества или имущественных обязательств, сведений об имуществе, о его размерах, местонахождении либо иной информации об имуществе, передача имущества в иное владение, отчуждение или уничтожение имущества, а равно сокрытие, уничтожение, фальсификация бухгалтерских и иных учетных документов, отражающих экономическую деятельность, если эти действия совершены руководителем или собственником организации должника либо индивидуальным предпринимателем при банкротстве или в предвидении банкротства и причинили крупный ущерб» (ст. 269 УК); *злостное банкротство* - «создание или увеличение неплатежеспособности, совершенные руководителем или собственником коммерческой организации, а равно индивидуальным предпринимателем в личных интересах или интересах иных лиц, причинившее крупный ущерб или иные тяжкие последствия» (ст. 270 УК); *фиктивное банкротство* - «заведомо ложное объявление руководителем или собственником коммерческой организации, а равно индивидуальным предпринимателем о своей несостоятельности с целью введения в заблуждение кредиторов для получения отсрочки или рассрочки причитающихся кредиторам платежей или скидки с долгов, а равно для неуплаты долгов, причинившее крупный ущерб» (ст. 271 УК); *незаконное использование товарного знака* (ст. 275 УК); *заведомо ложная реклама* - «использование рекламодателем заведомо ложной информации относительно товаров, работ или услуг, а также их изготовителей или продавцов, совершенное из корыстных побуждений» (ст. 276); *изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг* - «изготовление с целью сбыта, а равно сбыт поддельных билетов Национального банка Таджикистана, металлических монет, ценных бумаг в национальной валюте, иностранной валюты или ценных бумаг в иностранной валюте» (ст. 281 УК); *изготовление или сбыт поддельных кредитных либо расчетных карт или иных платежных документов* - «изготовление с целью сбыта или сбыт поддельных кредитных либо расчетных карт или иных платежных документов, или других документов, не являющихся валютой либо ценной бумагой, но удостоверяющих, устанавливающих или предоставляющих имущественные права или обязанности» (ст. 282 УК) и др.

По мнению О. С. Беляка отграничение мошенничества от лжепредпринимательства связано, главным образом, с установлением тех форм лжепредпринимательства, которые тесно соприкасаются с мошенничеством. Эти формы имеют целью, во-первых, получение кредитов, то есть имущества, во-вторых, извлечение иной имущественной выгоды. В обоих случаях для оконченного лжепредпринимательства необходимо наступление последствий в виде причинения крупного ущерба законным интересам граждан, организаций, государства. При отсутствии указанных последствий лжепредпринимательство представляет собой оконченное мошенничество, если виновный завладел чужим имуществом или приобрел право на него, либо покушение на это преступление, если виновному не удалось достичь такого результата. С точки зрения Н.А. Лопашенко лжепредпринимателство, в результате которого еще не причинен крупный ущерб правоохраняемым интересам, представляет собой покушение на лжепредпринимателство и наказывается как покушение на лжепредпринимателство.[1]

Процитированное положение в целом может быть использовано для разграничения названных составов преступлений. Однако оно носит общий характер, недостаточно конкретизировано и, судя по его содержанию, касается лишь отграничения лжепредпринимательства от мошенничества, представляющего собой хищение чужого имущества.

Необходимо разграничивать мошенничество, представляющее собой хищение чужого имущества, и незаконное получение кредита, в том числе государственного целевого, причинившее крупный ущерб. Сопоставление незаконного получения кредита с мошенничеством показывает их сходство по объективной стороне составов преступлений. Различия состоят в субъективной стороне. Как верно отмечает В.Н. Лимонов, критерием разграничения мошенничества и незаконного получения кредита «являются направленность умысла и время его возникновения. При этом мошенничество налицо тогда, когда при представлении заведомо ложных сведении указанного содержания, т.е. до получении кредита, умысел виновного направлен на хищение имущества, составляющего кредит. Причем представление заведомо ложных сведений о хозяйственном положении или финансовом состоянии индивидуального предприниматели или организации есть не что иное,

---

[1]Лопащенко Н.А. Преступление в сфере экономической деятельности: понятие, система, проблемы квалификации и наказания. Автореф. дисс. докт. юрид. наук. - Саратов, Саратовская государственная академия права, 1997. - С. 39.

как одна из разновидностей мошеннического обмана».[2] Мошенничество имеет схожие признаки и с составами преступлений, предусмотренными ст. ст. 281, 282 УК РТ, закрепляющими ответственность за изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг и изготовление или сбыт поддельных кредитных либо расчетных карт или иных платежных документов. Отграничение перечисленных преступлений от мошенничества проводится по таким критериям, как предмет преступления и направленность умысла. Содеянное является преступлением, ответственность за которое предусмотрена ст.ст. 281, 282 УК тогда, когда, с одной стороны, предмет преступления, соответственно, - поддельный банковский билет НБТ, металлическая монета, государственная или другая ценная бумага в валюте РТ, иностранная валюта, ценная бумага в иностранной валюте, кредитная или расчетная карта либо иной платежный документ - обладает высоким качеством изготовления, и, с другой стороны, умыслом виновного охватывается высокая степень вероятности не распознавания подделки данного предмета любым получателем.

В том случае если какой-либо из перечисленных предметов обладает невысоким качеством подделки и умысел виновного направлен на разовое его использование, в расчете на дефекты зрения получателя или иные особенности ситуации, состоявшийся обмен такого предмета на имущество представляет собой мошенничество.

Мошеннические действия нередко сочетаются с неправомерными действиями при банкротстве, преднамеренным банкротством, фиктивным банкротством. В конструкцию составов этих преступлений, закрепленных ст. 269-271 УК РТ, законодателем заложены юридические обобщения, позволяющие преследовать и наказывать за преступления, совершенные в различных сферах экономической деятельности, разные по фактическим обстоятельствам, но единые в зависимости от преступной направленности. Квалификация данных преступлений устанавливается с учетом характера вины. Если вина умышленная, выясняется цель - необходимый элемент умышленного действия и в зависимости от цели квалифицируется преступление в целом. При этом должно учитываться различие между понятиями - цель преступления и мотив виновного в его совершении.

---

[2] Лимонов В. Н. Мошенничество: уголовно-правовая и криминологическая характеристика. - М., 2000. - С. 40.

В связи с этим вопрос об отграничении мошенничества от указанных преступлений возникает тогда, когда специальный субъект обращает в свою пользу или в пользу других лиц чужое имущество посредством представляющих собой обман действий, описанных в диспозициях статей 269-271 УК. Такое деяние содержит признаки мошенничества, если чужое имущество обращено в пользу виновного или других лиц и умысел на это возник до совершения обмана, состоящего в неправомерных действиях при банкротстве, преднамеренном или фиктивном банкротстве.

С точки зрения В.Н. Лимонова, сложности, возникающие в правоприменительной практике при отграничении мошенничества от смежных преступлений, могут быть также объяснены не совсем удачной формулировкой мошенничества.[3]

В частности, с одной стороны, мошенничество, связанное с хищением чужого имущества, предметом посягательства имеет имущество. С другой стороны, «в такой разновидности мошенничества, как приобретение права на имущество, предмет отсутствует».[4]

Разрешением указанного противоречия могла бы стать реализация законодателем предложения С. Щепалова, о том, чтобы сформулировать состав мошенничества, в том числе как «причинения имущественного ущерба путем обмана пли злоупотребления доверием».[5] В указанном случае, по мнению данного автора, состав мошенничества «поглотит» состав причинения имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием и ликвидирует конкуренцию уголовно-правовых норм о мошенничестве, а равно лжепредпринимательство, незаконное получение кредита и др. При квалификации содеянного, кроме того, отпадет необходимость доказывать умысел на хищение и причинение ущерба. Достаточным станет доказать умысел на причинение имущественного ущерба.

Заведомо ложная реклама определена в ст. 276 УК как «использование рекламодателем заведомо ложной информации относительно товаров, работ или услуг, а также их изготовителей или продавцов, совершенное из корыстных побуждений», а злоупотребления при выпуске (эмиссии) ценных бумаг в ст. 283 УК как «выпуск (эмиссия) ценных бумаг и их публичное размещение без регистрации в

---

[3] Лимонов В.Н. Уголовно-правовая оценка мошенничества // Журнал российского права, №12, 2002. С. 12.

[4] Гаухман Л.Д., Максимов С.В. Ответственность за преступление против собственности. - М., 1997. - С. 65.

[5] Щепалов С. Мошенничество - это умышленное причинение имущественного ущерба // Российская юстиция, № 1, 2003. С.39.

установленном порядке либо использование заведомо подложных документов для регистрации ценных бумаг».

В теории уголовного права высказано суждение о том, что «по составам заведомо ложной рекламы и злоупотреблений при выпуске ценных бумаг (эмиссии) возможна, исходя из смысла статей, идеальная совокупность с мошенничеством. И заведомо ложная реклама, и внесение заведомо ложных сведений в проспект эмиссии или в отчет об эмиссии могут служить способом хищения путем мошенничества. В этих случаях необходимо одновременное вменение мошенничества и заведомо ложной рекламы или злоупотребления при выпуске (эмиссии) ценных бумаг».[6]

Однако данное суждение вызывает возражения. Суть их сводится к тому, что в случаях, когда заведомо ложная реклама или внесение заведомо ложных сведений в проспект эмиссии или в отчет об эмиссии являются способом хищения путем мошенничества, то имеет место не идеальная совокупность преступлений, а конкуренция части и целого по объективной стороне,[7] где частью является способ в виде заведомо ложной рекламы, предусмотренной ст. 276 УК либо внесение заведомо ложных сведений в проспект эмиссии или в отчет об эмиссии, ответственность за которое установлена ст. 283 УК, а целым - хищение путем мошенничества. Целое - более полная норма, содержащаяся в ст. 247 УК, полностью охватывает в описанной ситуации часть, содержащуюся в менее полных нормах - ст. 276 и 283 УК, причем более полная норма строже каждой из менее полных норм и применение только одной ст. 247 УК не нарушает процессуальный порядок расследования уголовного дела, то есть налицо все условия, необходимые для правовой оценки описанной ситуации по правилу квалификации преступлений при конкуренции части и целого только по одной более полной норме.

Важно отметить, что смежными с мошенничеством, представляющим собой хищение, заведомо ложная реклама является тогда, когда в ней использована информация относительно только товаров или их изготовителей, а злоупотребления при выпуске (эмиссии) ценных бумаг - когда они направлены на противоправное безвозмездное обращение в свою пользу или в пользу других лиц именно имущества. Более детальная квалификация содеянного аналогична той, которая

---

[6] Лопашенко Н.А. Указ. раб. С. 40.
[7] Кудрявцев В.Н. общая теория квалификации преступлений. - М.: Юридическая литература, 1972. - С. 264

была предложена нами при рассмотрении вопроса об отграничении мошенничества от лжепредпринимательства. При этом заведомо ложная реклама и злоупотребления при выпуске ценных бумаг представляют собой разновидность мошеннического обмана.

Обман потребителей определен в ст. 294 УК как «обмеривание, обвешивание, обсчет, введение в заблуждение относительно потребительских свойств или качества товара (услуги) или иной обман потребителей в предприятиях, независимо от форм собственности, осуществляющих реализацию товаров или оказывающих услуги населению, а равно гражданами, совершенные в значительном размере».

Данный состав преступления имеет сходство мошенничеством, представляющим собой хищение чужого имущества, тогда, когда предметом преступления является товар. В таких ситуациях содеянное подпадает одновременно под действие двух норм, одна из которых содержится в ст. 247 и является общей, а другая - в ст. 294 УК и является специальной. Последняя представляет собой специальную норму, поскольку ею предусмотрены такие специальные признаки состава преступления обмана потребителей, как специальный субъект - работник организации, осуществляющей реализацию товаров, или индивидуальный предприниматель, и место совершения преступления - организация, осуществляющая реализацию товаров, либо сфера совершения преступления - торговля. Поэтому согласно упоминавшемуся правилу квалификации преступлений при конкуренции общей и специальной норм обман потребителей квалифицируется только по одной специальной норме, то есть ст. 294 УК.

Обман потребителей может быть осуществлен со стороны предприятий, не зависимо от форм собственности, осуществляющих розничную торговлю, или оказание услуг индивидуальным покупателям и заказчикам (населению) в коммерческих и некоммерческих организациях, а также гражданам, осуществляющим разовые сделки. Продавцом в соответствии с законом является организация, независимо от ее организационно-правовой формы, и гражданин, реализующие товары потребителям по договору купли-продажи.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что ст. 294 УК является инструментом охраны именно потребительских отношений, под которыми, на наш взгляд, понимаются общественные отношения, возникающие между потребителями и изготовителями, исполнителями, продавцами (а также посредниками) в процессе реализации прав и законных интересов (потребительского характера), как предприятиям, так и потребителями, путем осуществления торговой деятельности

(реализации товаров, предоставления услуг) с одной стороны и осуществлением потребительской функции - с другой стороны.

По своей конструкции данный состав преступления является сложным, т.е. преступление совершается разными способами, непосредственно указанными в диспозиции ст. 294 УК РТ. Первым способом обмана потребителей выступает обмеривание и обвешивание. При этом покупателю опускаются товары в меньшем количестве, чем он должен был получить в соответствии с оплатой покупки. Обмеривание и обвешивание могут быть совершены как при непосредственном обслуживании потребителей, так и при развешивании, расфасовке и упаковке товаров в подсобных помещениях.

Второй способ обман потребителей, который широко распространен в торговля, это введение в заблуждение относительно потребительских свойств или качества товара. В соответствии со ст. 6 Закона РТ «О защите прав потребителей», продавец (изготовитель) обязан передать потребителю товар (выполнить работу, оказать услугу), качество и количество которого соответствуют договору. При отсутствии в договоре условий о качестве товара (работы, услуги) продавец (исполнитель) обязан передать потребителю товар (выполнить работу, оказать услугу), пригодный для целей, для которых товар (работа, услуга) такого рода обычно используется.

Сравнительно-правовой и криминологический анализ обмана потребителей и мошенничества дает основания считать, что указанные преступления характеризуются общей совокупностью признаков, главным из которых является способ их совершения - обманные действия, что позволяет объединить рассматриваемые преступные деяния в одну группу - преступления, совершаемые путем обмана. Поэтому мошенничество в виде обмана потребителей, сохраняя общие уголовно-правовые и криминологические признаки мошенничества, приобретет ряд уголовно-правовых и криминологических характеристик присущих обману потребителей, а именно: а) особую сферу правовой охраны - потребительский рынок (потребительские отношения); б) обязательный дополнительный объект преступного посягательства - интересы потребителей, порядок осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности, связанной с реализацией товаров и оказанием услуг потребителям организациями и индивидуальными предпринимателями; в) способы (приемы) обмана, преимущественно имеющие торговую специализацию - обмеривание, обвешивание, обсчет, введение в заблуждение относительно потребительских свойств или качества товара (услуги) и др.;

Общественная опасность мошенничества в виде обмана потребителей заключается не только в размере ущерба, но и в самом факте умышленных обманных действий, совершаемых лицами, работающими в сферах торговли, общественного питания, предоставления услуг населению для достижения своих преступных целей, систематическом характере преступных действий.

Фактическое перенесение ответственности за совершение рассматриваемого преступления из специального (ст. 294 УК) в общий состав (ст. 247 УК), а также специфика потребительских отношений, классификацию мошенничества в виде обмана потребителей можно проводить по нескольким основаниям: способу совершения обманных действий; характеру сферы совершения обманных действий; характеру субъекта совершения обмана; степени продвижения товара, услуг на рынке.

В целях урегулирования проблем, возникающих в процессе правоприменительной деятельности, диспозицию ст. 294 УК РТ, предусматривающую уголовную ответственность за совершение мошенничества в виде обмана потребителей, изложить в следующей редакции: «Мошенничество, совершенное путем обмеривания, обвешивания, обсчета, введения в заблуждение относительно потребительских свойств или качества товара (услуги) или иной обман лицами, работающими в организациях, осуществляющих реализацию товаров или оказывающих услуги населению, а равно гражданами, зарегистрированными в качестве индивидуальных предпринимателей в сфере торговли (услуг) или работающих по найму, если эти деяния причинили существенный ущерб потребителям».

Таким образом, правильное отграничение мошенничества от смежных с ним составов преступлений обеспечивает точную квалификацию преступлений и тем самым законность и обоснованность применения норм УК РТ в следственной и судебной практике.

Обобщая основные признаки разграничения мошенничества от иных уголовно-наказуемых деяний, можно выделить следующее:

а) мошенничество от других имущественных преступлений отличается тем, что при мошенничестве владелец предмета преступного посягательства, осознанно и по своей доброй воле, на основе обмана или злоупотребления доверием, будучи жертвой обмана, передает своего имущество преступнику. В противном случае, деяние преступника в связи с отсутствием признака добровольности передачи виновному предмета преступного посягательства не может быть квалифицированно как мошенничество. Получается, что состав мошенничества отсутствует,

если отсутствует элемент осознанной добровольности передачи виновному предмета преступного посягательства. При отсутствии элемента осознанной добровольности передачи виновному предмета преступного посягательства содеянное может быть квалифицированно как кража (при которой обман, если он имеет место, лишь облегчает виновному доступ к чужому имуществу).

б) УК РТ предусмотрено и ряд преступлений, смежных с мошенничеством и включенных в гл. 27 «Преступления в сфере экономической деятельности». Отграничение мошенничество от смежных с ним преступления в сфере экономической деятельности, совершаемых с помощью обмана, производиться по элементам состава соответствующих деяний, в частности, по объекту преступных посягательств. Так, мошенничество является одно объектным преступлением, посягающим на чужое имущество (собственность). Преступление в сфере экономической деятельности имеют два объекта (посягают не только на собственность, но и на нормальную экономическую деятельность хозяйствующих субъектов). Кроме того, вопрос об отграничении мошенничества от указанных преступлений возникает тогда, когда виновный обращает в свою пользу или в пользу других лиц чужое имущество посредством представляющих собой обман действий, описанных в диспозициях соответствующих статей УК. Деяние содержит признаки мошенничества, если чужое имущество обращено в пользу виновного или других лиц и умысел на это возник до совершения обмана.

в) сложности, возникающие в правоприменительной практике при отграничении мошенничества от смежных преступлений, могут быть объяснены и не совсем удачной формулировкой ст. 247 УК. С одной стороны, мошенничество, связанное с хищением чужого имущества, имеет предметом посягательства имущество. С другой стороны, в такой разновидности мошенничества, как приобретение права на имущество, предмет отсутствует. Разрешением указанного противоречия могла бы стать реализация предложения сформулировать состав мошенничества, в том числе как «причинения имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием». В указанном случае состав мошенничества «поглотит» состав причинения имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием и, в известном смысле, ликвидирует конкуренцию уголовно-правовых норм о мошенничестве и смежных с ним преступлениях, предусмотренных статьями 260, 264, 269, 270, 271 УК.

Литература:

1. Лопащенко Н.А. Преступление в сфере экономической деятельности: понятие, система, проблемы квалификации и наказания. Автореф. дисс. докт. юрид. наук. - Саратов, Саратовская государственная академия права, 1997.
2. Лимонов В. Н. Мошенничество: уголовно-правовая и криминологическая характеристика. - М., 2000.
3. Лимонов В.Н. Уголовно-правовая оценка мошенничества // Журнал российского права, №12, 2002.
4. Гаухман Л.Д., Максимов С.В. Ответственность за преступление против собственности. - М., 1997.
5. Щепалов С. Мошенничество - это умышленное причинение имущественного ущерба // Российская юстиция, № 1, 2003.
6. Кудрявцев В.Н. общая теория квалификации преступлений. - М.: Юридическая литература, 1972.

Сафаров А. И., Шарипов Р. И.

Фишурда

Баъзе масоили фарқкунандаи таркиби қаллобӣ аз ҷиноятҳои соҳаи фаъолияти иқтисодӣ дар Ҷумҳурии Тоҷикистон

Дар мақола баъзе хусусиятҳои фарқкунандаи қаллобӣ аз дигар ҷиноятҳои омехтаи иқтисодӣ муайян шудааст. Дар асоси таҳлили қонунгузорӣ ва назари олимон омилҳои фарқкунандаи қаллобӣ аз дигар ҷиноятҳои иқтисодӣ ошкор шудааст.

Сафаров А. И., Шарипов Р. И.

Аннотация

Некоторые вопросы отличия состава мошенничества от преступлений в сфере экономической деятельности в Республике Таджикистан

В статье анализируются отдельные вопросы, связанные с отграничение мошенничества от смешанных преступлений в сфере экономической деятельности. На основе анализа законодательства и мнений ученных выработано основные критерии отличия мошенничества от других преступлений в сфере экономической деятельности.

Safarov A. I. Sharipov R. I.

The summary
Some questions of difference of fraud from other crimes in the sphere of economic activity in the Republic of Tajikistan

In this article two of leading experts in the sphere of economic crimes characteristic properties of fraud are analyzed. Define the general and characteristic signs of some economic crimes. State own estimates on this problem.

Назаров А. К.*

Тактика назначения и проведение судебных экспертиз по делам разбоя

Калидвожаҳо: тактика, санчиши судӣ, рохзанӣ, экспертизаи трасологӣ, балистикӣ, кимиёвӣ

Ключевые слова: тактика, судебных экспертиз, разбой, баллистических, трассологических химических экспертиз

Key words: tactics, forensic examinations, robbery, balisticheskie, trasological chemical examinations

В настоящее время одними из наиболее социально опасных посягательств на собственность следует считать разбой. Общий рост интенсивности этих видов преступлений, тяжесть их последствий, изменение их количественных и особенно качественных параметров указывают на то, что данные деяния становятся серьезной угрозой для общества.

Разбойные нападения занимают важное место в структуре корыстно-насильственной преступности. Необходимость значительного повышения эффективности борьбы с разбойными нападениями обусловлена: во-первых, значительной их распространенностью и опасностью для граждан и всего общества, во-вторых, тенденцией роста их числа и удельного веса в общей структуре преступлений, в-третьих, низким, по сравнению со многими другими корыстно-насильственными преступлениями,

Способы рассматриваемых преступлений характеризуются: применением насилия в целях преодоления сопротивления потерпевшего

---

*Зав. каф. криминалистики и судебно-экспертное деятельности юридического факультета Таджикского национального университета, к.ю.н.,доцент. E - mail: avazjonn@mail. ru

и иных лиц; выяснением местонахождения ценностей; предотвращением или отсрочкой обращения потерпевших в правоохранительные органы. Все способы характеризуются общими чертами: внезапностью совершения преступления для потерпевшего, непродолжительным временем совершения и во многом зависят от того, где совершаются эти преступления: на открытой местности или в помещении.

Специальные познания всегда использовались в расследовании для установления истины по уголовным делам. В условиях роста преступности роль специальных познаний в раскрытии преступлений все более возрастает.

Многие аспекты процесса собирания, исследования и использования информации в целях установления истины по уголовным делам могут быть решены только на основе использования новейших достижений науки и техники.

В уголовно-процессуальной деятельности специальные познания применяются в двух формах использования специалистов: одна — в виде использования следователем знаний специалистов в ходе отдельных следственных действий при поиске и фиксации доказательств, другая - путем назначения и проведения экспертизы.

Экспертиза - это процессуальное действие, заключающееся в исследовании экспертом (обладателем специальных познаний) по поручению следователя (суда) вещественных доказательств, иных материальных объектов и материалов с целью установления фактических данных и обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного или гражданского дела.

Как свидетельствует практика, в ходе расследования уголовных дел по значительному большинству таких преступлений как убийства, грабежи, разбои, кражи, вымогательства, дорожно-транспортные происшествия используются возможности экспертного исследования разнообразных вещественных доказательств и преимущественно криминалистическими методами и средствами. И это закономерно, поскольку на местах происшествий чаще всего обнаруживаются объекты криминалистических экспертиз.

Проведенный анализ практики расследования уголовных дел о разбойных нападениях, свидетельствует о недостаточном использовании следователями возможностей назначения и производства судебных экспертиз на первоначальном этапе расследования.

Одним из основных недостатков при назначении и производстве судебных экспертиз по делам рассматриваемой категории является; невнимательность следователей в принятии решения о необходимости производства экспертиз того или иного вида. На наш взгляд, такое положение вызвано недостаточной квалификацией работников следственных подразделений, незнанием всех экспертных возможностей, недостаточным качеством производства осмотров мест происшествий, волокитой, допускаемой в процессе расследования, в результате которой в связи с отсутствием необходимых для проведения экспертизы сроков

расследования игнорируется необходимость назначения и производства экспертиз. При расследовании разбойных нападений часто назначают судебные экспертизы. В самом общем виде задачи (цели), для разрешения которых назначается экспертиза, следующие:

- идентификационные. Идентификация объектов по их следам или образцам;
- диагностические. Эти задачи, как правило, решаются исследованиями одного объекта, чаще всего следов, обнаруживаемых на месте происшествия и при производстве иных следственных действий: особенности ствола, из которого произведен выстрел патроном, чьи части (гильза, пуля) обнаружены, из одного ли ствола выброшены две гильзы, найденные на месте происшествия, особенности обуви, след которой обнаружен при изъятии и т.д.;
- ситуационные. Чаще всего такие задачи преследуют цели уяснения отдельных обстоятельств и (или) механизма расследуемого события с учетом конкретных обстоятельств: может ли быть произведен выстрел из данного экземпляра огнестрельного оружия в таких-то условиях без нажатия на спусковой крючок; имел ли водитель данной автомашины в таких-то условиях техническую возможность предотвратить наезд или столкновение (отметим попутно, что большинство автотехнических экспертиз носят именно такой ситуационный характер).[1]

При расследовании грабежей и разбойных нападений наиболее распространенной является судебно-медицинская экспертиза, которая назначается для определения наличия, характера и степени тяжести вреда здоровью, причиненного потерпевшему. Судебно - медицинским освидетельствованием потерпевшего устанавливается, какие повреждения имеются на его теле, степень их тяжести, давность; каким оружием или предметом они нанесены. Исследование повреждений на теле и одежде потерпевшего может дать ответ на вопрос, в каком взаимоположении находились потерпевший и нападавший при нанесении первому повреждений. В этих случаях может быть проведена комплексная судебная тератологическая и судебно-медицинская экспертиза. Перед судебным медиком может быть поставлен и вопрос, могли ли быть причинены повреждения рукой самого потерпевшего. Иногда требуется проведение судебно-психиатрической экспертизы пострадавшего, если следствием нападения стала психическая травма жертвы.

Судебно-медицинская экспертиза вещественных доказательств назначается для исследования объектов биологического происхождения (крови, волос), обнаруженных на месте происшествия, на предметах одежды, в под ногтевом содержимом подозреваемого и потерпевшего. В ходе экспертизы устанавливаются групповая или индивидуальная принадлежность объектов изучения, механизм отделения волос.

---

[1] Руководство для следователей / под общ.ред. В.В. Мозякова. М.: Экзамен, 2005. - 912 с.

Судебно-медицинская экспертиза вещественных доказательств решает вопрос о сходстве либо различии группы крови, иных выделений организма, волос, изъятых с места происшествия, с образцами, полученными у подозреваемых лиц.

Судебно-медицинская экспертиза живых лиц определяет наличие, локализацию и тяжесть телесных повреждений, причинение их определенным орудием, механизм их образования, соответствие показаний объективным следам. Судебно-медицинская экспертиза вещественных доказательств исследует, как и по делам о кражах, волосы, кровь, слюну, потожировые выделения, частицы тканей, испражнения человека и другие следы биологического происхождения, определяет их групповую принадлежность, половые факторы, а также их принадлежность потерпевшему, подозреваемому, обвиняемому.

По делам о разбоях часто назначаются судебно-медицинские экспертизы потерпевшего и подозреваемого (обвиняемого). С их помощью выясняется наличие и характер телесных повреждений, степень их тяжести, возможность причинения при обстоятельствах, на которые они ссылаются.

Освидетельствование потерпевшего и подозреваемого проводится с целью установления факта наличия на теле следов борьбы в виде ссадин, царапин, гематом, укусов, а также телесных повреждений. Для определения механизма и времени причинения телесных повреждений, их тяжести и других обстоятельств, требующих специальных познаний в области судебной медицины, проводится судебно-медицинская экспертиза. По уголовным делам о разбое помимо судебно- медицинской назначаются различные виды судебных экспертиз: криминалистические, трассологическая, баллистическая, товароведческая экспертиза.

Трассологическая экспертиза устанавливает тождество человека по оставленным им следам пальцев рук и ладоней (дактилоскопическая), по следам его зубов; тождество орудий и инструментов взлома или нападения по оставленным следам; тождество обуви по следам на полу помещения, на грунте (например, в месте ожидания). В рамках трассологической экспертизы исследуются также следы транспортных средств, устанавливается целое по его частям.

Трассологическая экспертиза проводится по следам орудий взлома. С ее помощью решаются следующие вопросы: каким способом взломана преграда, с какой стороны осуществлен взлом, одним или несколькими орудиями оставлены следы на преграде, каким именно орудием, не оставлены ли они орудием, представленным на экспертизу.

При исследовании замков ставят вопросы: в каком положении - запертом или открытом - находится замок; исправен ли он, если нет, то каковы его дефекты и не препятствуют ли они его запиранию; можно ли отпереть и запереть замок, не нарушая контрольного приспособления; был ли замок взломан в навешенном состоянии или после снятия с пробоя; каким способом взломан замок, не отпирался ли он конкретным

ключом, отмычкой или иным предметом, не взломан ли он конкретным орудием, можно ли открыть замок без ключа.

Товароведческая экспертиза помогает установить наименование, артикул, сорт, цену, однородность товаров, изъятых у подозреваемого, с похищенными.

Довольно распространена по таким делам экспертиза холодного оружия, проводимая в экспертно-криминалистических подразделениях. Она решает вопрос о принадлежности к холодному оружию ножей, кастетов, кистеней, набалдашников и других предметов, использовавшихся при нападении на потерпевших. Если при разбойном нападении применялось огнестрельное оружие и к делу приобщены пули или гильзы или если у подозреваемого изъято огнестрельное оружие, то назначается баллистическая экспертиза.

Судебно-баллистическая экспертиза, направленная на разрешение диагностических задач при исследовании гильз, обнаруженных на месте происшествия, установила: а) данные гильзы являются частями штатных патронов к пистолету ПМ калибра 9 мм; б) выпущены они из одного ствола (одного экземпляра оружия); в) этим оружием является пистолет иностранного производства калибра 9 мм, приспособленный для стрельбы штатными патронами к пистолету ПМ. Данные выводы во многом предопределили направления дальнейшего расследования, ориентировав его на установление лица (лиц), имеющего такой пистолет, и возможности приобретать патроны к пистолету ПМ.

Экспертиза веществ, материалов и изделии из них. Объектами ее исследования являются обрывки одежды, пуговицы, содержимое карманов одежды подозреваемого, микросреда которого может отразиться, к примеру, па орудии нападения, хранившемся в кармане, а затем, после совершения преступления, выброшенном подозреваемым и обнаруженном на месте происшествия.

В случае если имела место борьба между нападавшим и пострадавшим, то для установления факта взаимного контактирования объектом изучения является их одежда.

Судебно-химическая экспертиза решает вопрос об однородности состава различных веществ: частиц взломанной преграды, краски, волокон ткани, обнаруженных на подозреваемом или в его жилище, с составом веществ, изъятых с места кражи. Судебно-химической экспертизе подвергаются предметы, содержащие в своем составе отравляющие вещества раздражающего действия: газовые аэрозольные баллоны, патроны для газовых пистолетов, газовые гранаты, тряпки, смоченные эфиром, остатки пищи, спиртные напитки, другие жидкости, в которые предположительно подмешаны сильнодействующие, одурманивающие вещества. Устанавливаются состав вещества, содержащегося в устройстве или на предмете-носителе, степень его воздействия на организм человека.

Судебно-почвоведческая, судебно-ботаническая или судебно-зоологическая экспертизы решают вопросы о групповой принадлежности почвенного вещества, частиц растительного происхождения, а также частиц кожи и волос животного, изделий из меха животного, изъятых с одежды подозреваемого, орудий преступления, деталей транспортных средств с места происшествия.

Назначаются также экспертизы взрывных устройств, взрывчатых веществ, фоноскопическая экспертиза.

Весьма актуальными являются назначение и производство судебной психологической, психиатрической и наркологической экспертизы. Этим вопросам уделяется внимание со стороны многих авторов.[2]

Тактика назначения судебной экспертизы, как и любого иного следственного действия, слагается из трех этапов: подготовительного, рабочего, заключительного.

Подготовка и назначение экспертизы предусматривает: принятие решения и своевременность назначения экспертизы; подготовку вещественных доказательств и иных объектов, направляемых на исследование; выбор экспертного учреждения и эксперта; получение материалов (образцов) для сравнительного исследования; научно-обоснованное определение экспертного задания, т.е. правильная постановка вопросов перед экспертом; обеспечение прав обвиняемого при назначении экспертизы; направление материалов в судебно-экспертное учреждение или эксперту.[3]

Проведение экспертизы предполагает ряд действий и решений следователя и суда. К ним относятся: принятие решения о производстве экспертизы, выбор экспертного учреждения и эксперта, подбор объектов исследования и сравнительных материалов, контакт эксперта и следователя в процессе производства экспертизы, оценка научной достоверности и доказательственного значения выполненной экспертизы.

Придя к выводу о необходимости экспертизы, следователь должен правильно определить момент ее назначения. При этом надо иметь в виду:

- что с постановлением о назначении экспертизы и с заключением эксперта должен быть ознакомлен обвиняемый, если он имеется в уголовном деле;
- что получение необходимых для экспертизы объектов, документов и материалов может потребовать выполнения самостоятельных следственных действий;

---

[2]Иванова Т. В., Холопова Е. К. Теоретические и правовые основы судеб-но-психологической экспертизы несовершеннолетних обвиняемых. М., 2008. 160с; Макаренко И. А. Личность несовершеннолетнего обвиняемого как объект криминалистического исследования. М., 2006. 352 с

[3] Каневский Л.Л. Криминалистика. Экстерн-пособие. Изд.- во «Восточный университет». Уфа. 1998 С. 98

- что проверка и оценка заключения эксперта также могут быть связаны с выполнением дополнительных следственных действий.

Важным элементом тактики проведения экспертизы является выбор экспертного учреждения или эксперта, которому поручается исследование. О компетентности будущего эксперта можно судить по данным об общем и специальном образовании, стаже научно-исследовательской работы и работы по специальности, наличии научных работ, отзывам и характеристикам его экспертной деятельности, аттестациям и другим данным.

Выбор экспертного учреждения осуществляется с учетом характера подлежащих разрешению вопросов и объектов исследования.

Большое значение имеет правильная формулировка вопросов, выносимых на разрешение эксперта. При постановке вопросов необходимо учитывать, что хотя согласно УПК, эксперт вправе указать в заключении на обстоятельства, имеющие значение для дела, по поводу которых не были заданы вопросы, однако он не обязан делать это. Поэтому вопросы должны быть конкретными, четкими и ясными, не допускающими двоякого толкования. Если вопросы взаимосвязаны, они должны задаваться в логической последовательности. В методической литературе по судебной экспертизе имеются примерные перечни вопросов для различных родов и видов судебных экспертиз. Задаваемые вопросы должны относиться к компетенции эксперта. Нельзя ставить на разрешение экспертизы вопросы правового характера, в частности о наличии признаков состава преступления, виновности или невиновности определенного лица и форме его вины. При формулировании вопросов следователь или суд могут консультироваться с экспертом или специалистом.

Подготовка экспертизы включает подбор образцов для сравнительного исследования, необходимых для ее проведения это - самостоятельный вид объектов, используемых в ходе экспертизы, отбор которых зависит от рода и вида экспертизы, характера вопросов, выносимых на ее разрешение.

Одним из тактических условий получения образцов для сравнительного исследования является верное (с точки зрения следственной ситуации, цели исследования и состояния объектов) определение момента их получения. Все образцы, направляемые на экспертизу, должны быть необходимого качества, в нужном количестве и достоверного происхождения. Образцы для сравнительного исследования в зависимости от времени и условий их возникновения принято разделять на несколько групп.

Свободными образцами называют образцы, которые образовались до возбуждения уголовного дела и вне связи с ним. Их получают при производстве обыска, выемки, осмотра, а также от подозреваемых, обвиняемых, потерпевших, свидетелей.

Экспериментальные образцы отбирают в заданных условиях и получают в связи с подготовкой материалов на экспертизу.

На подготовительной стадии эксперт знакомится с постановлением о назначении экспертизы, другими исходными материалами, уясняет задачи экспертизы, производит предварительный экспертный осмотр объектов и устанавливает их пригодность и достаточность для решения поставленных вопросов, намечает план исследования.

Установившийся процесс экспертного исследования складывается из последовательно осуществляемых стадий, имеющих свои задачи, приемы и методы реализации. В самом общем виде можно выделить следующие стадии экспертного исследования: подготовительная — ознакомление с исходной информацией и материалами, уяснение задач предстоящего исследования, осмотр исследуемых объектов, определение достаточности материалов и составление плана исследования; детального исследования — тщательное, аналитическое изучение общих и частных признаков каждого объекта экспертизы с целью выявления их сущности, качественной и количественной определенности, происхождения и характера изменения их свойств.[4] При необходимости проводятся различные эксперименты, механическое расчленение объектов; сравнительного исследования — выявление совпадений или различий признаков сравниваемых объектов (признаков вещественного доказательства с признаками, имеющимися в сравнительных образцах), установление идентификационной совокупности признаков. При этом используются приемы сопоставления, наложения и совмещения, а также более сложные методы (сравнение профило – грамм, спектров, кривых осциллографических записей и т.д.): синтеза и оценки результатов исследования — подведение итогов и оценка экспертной работы, построение экспертных выводов. Здесь существенное значение имеют приемы обобщения, абстрагирования и др., помогающие уяснить сущность изучаемых явлений, их общее и особенное, закономерные связи признаков, природу имеющихся различий и т.д. В настоящее время при экспертных исследованиях широко используются современные математические методы и средства электронной техники. С помощью ЭВМ осуществляются исследование и обработка данных исследования многих объектов судебной экспертизы.[5]

Процесс производства судебной экспертизы заканчивается оформлением исследования в виде заключения эксперта, которое обычно состоит из нескольких частей. Во вводной части содержатся исходные сведения о лице, производившем экспертизу, его экспертной квалификации, стаже работы, наименовании экспертного учреждения, роде и виде экспертизы; сведения о лице, назначившем экспертизу; основаниях для назначения экспертизы; краткое описание обстоятельств

---

[4] Каневский Л.Л. Криминалистика: Экстерн-пособие. - Уфа: «Восточный университет», 1998. - 158 с.
[5] Там же

дела, имеющее отношение к исследованию; перечисляются вопросы, вынесенные на разрешение эксперта.[6] В исследовательской части заключения описываются представленные на экспертизу объекты и сравнительные образцы, излагается процесс исследования с описанием его методики, дается научное объяснение выявленных диагностических и идентификационных признаков. Если экспертиза была комплексной или в ходе ее выполнялись комплексные исследования, исследовательская часть завершается так называемой синтезирующей частью, где эксперты, являющиеся специалистами в разных родах или методах экспертизы, обобщают раздельно полученную информацию для формулирования общего ответа на поставленный вопрос. В последней части заключения излагаются выводы, даются ответы на вопросы, поставленные на разрешение экспертизы. При невозможности решения какого-либо вопроса эксперт должен в исследовательской части заключения указать причины отказа. Выводы экспертизы могут быть категорическими (положительными и отрицательными) и вероятными, то есть предположительными. Часто причинами вероятных выводов являются нечеткие следы, недостаточное количество сравнительных материалов, не разработанность методики экспертного исследования. Заключение с категорическими выводами служит источником доказательств, а изложенные в нем фактические данные являются доказательствами. Вероятное заключение не может быть таким источником, а лишь позволяет получить ориентирующую, поисковую информацию, подсказать следственные версии, нуждающиеся в проверке. Вероятные выводы ни в коем случае не должны игнорироваться, их необходимо использовать, но продуманно и осторожно, поскольку они не исключают существования альтернативных вариантов по делу.[7]

Оценка заключения эксперта, как и любого другого доказательства, производится следователем или судом на основе его анализа, сопоставления с другими собранными по делу доказательствами, проверки достоверности выводов. Необходимыми требованиями, предъявляемыми к заключению, являются: логичность, последовательность и ясность изложения, подробное описание исследования и достаточно полное обоснование каждого вывода.[8]

При оценке заключения следователь, в частности, учитывает:

– достаточно ли материала было предоставлено эксперту для дачи заключения, соответствуют ли эти материалы целям исследования, достоверны ли установленные следственным путем факты, на которых основаны выводы эксперта;

– все ли представленные материалы исследованы экспертом;

---

[6] Ищенко Е.П., Топорков А.А. Криминалистика. Учебник, Москва, 2006. С. 477-478

[7] Там же.

[8] Криминалистика. Полный курс: учебник / под общей ред. А.Г. Филиппова. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2011. – 835 с. – Серия: Магистр.

– обоснованны ли выводы эксперта по каждому вопросу, вытекают ли они из результатов исследования, нет ли в них противоречий;

– не вышел ли эксперт за пределы своей компетенции, не дает ли он юридических оценок фактам, не решает ли он вопросов, требующих специальных знаний из иной области знаний;

– соблюдены ли при проведении экспертизы требования уголовно-процессуального закона, учтены ли объяснения обвиняемого и других заинтересованных лиц, не нарушена ли процессуальная форма заключения;

– не противоречат ли выводы эксперта другим собранным по делу доказательствам, в чем причины этих противоречий и т.д.[9]

На наш взгляд, системное представление о признаках судебнойэкспертизы может быть получено исходя из характеристики ее родовых и видовых черт. Тем самым уясняется и сущность судебной экспертизы. Итак, экспертиза – это прежде всего эмпирическое исследование обособленного объекта, проводимое сведущим лицом (экспертом), основанное на специальных (профессиональных) знаниях, с применением особых методов (их совокупности – методик), имеющее целью получение нового знания об объекте, которое оформляется в виде заключения.

По гносеологической природе экспертиза – разновидность практического познания конкретных фактов, явлений с использованием положений науки, научных средств и методов, по научно разработанной и практически апробированной методике. В основе экспертизы как исследования лежат как известные (исходные) эмпирические данные, так и научные факты, функции которых заключаются в установлении предмета экспертизы, выявлении видов связей между эмпирическими данными, определении возможности существования искомого (нового) факта.[10]

Литература:

1.Руководство для следователей / под общ.ред. В.В. Мозякова. М.: Экзамен. 2005.

2. Иванова Т. В., Холопова Е. К. Теоретические и правовые основы судебно-психологической экспертизы несовершеннолетних обвиняемых. М., 2008.

3. Макаренко И. А. Личность несовершеннолетнего обвиняемого как объект криминалистического исследования. М., 2006.

4. Ищенко Е.П., Топорков А.А. Криминалистика. Учебник. Москва. 2006.

5. Криминалистика. Полный курс: учебник / под общей ред. А.Г.Филиппова. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт;

---

[9] Там же.

[10] Тригулова А. Х. Экспертное исследование как процесс познания: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харьков. 1987. – С. 9–10

ИД Юрайт, 2011. – 835 с. – Серия: Магистр.
6. Тригулова А. Х. Экспертное исследование как процесс познания: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Харьков, 1987.

Назаров А. К.

Фишурда
Тактикаи гузаронидан ва таъин намудани санчиши судӣ вобаста ба парвандаҳои ҷиноятии роҳзанӣ

Дар маколаи мазкур сухан дар бораи тактикаи таъин намудан ва гузаронидани санчиши судӣ вобаста ба парвандаҳои ҷиноятии роҳзанӣ меравад. Гузаронидани санчиши судӣ аз як катор амалҳои мустакили муфаттиш ва суд вобастагӣ дорад. Ба ин амалҳо дохил мешавад: хулосабарорӣ оид ба гузаронидани санчиши судӣ, интихоби муассисаи эспертӣ ва коршинос, интихоби намунаҳои мукоисавӣ ва объектҳои тадқиқот, робитаи коршинос бо муфаттиш дар чараёни гузаронидани санчиши судӣ, баҳои натиҷаи санҷиши судӣ.

Назаров А. К.

Аннотация
Тактика назначения и проведение судебных экспертиз по делам разбоя

В данной статье речь идет о тактики назначения и проведения судебных экспертиз по делам разбоя. Проведение экспертизы предполагает ряд действий и решений следователя и суда. К ним относятся: принятие решения о производстве экспертизы, выбор экспертного учреждения и эксперта, подбор объектов исследования и сравнительных материалов, контакт эксперта и следователя в процессе производства экспертизы, оценка результатов экспертизы.

Nazarov A. K.

The summary
Tactics appointment and conduct forensic examinations for robbery

This article deals with the tactics of the appointment and conduct forensic examinations for robbery. Examination involves a series of actions and decisions of the investigator and the court. These include the decision on the production expertise, the choice of expert institutions and experts, the selection of objects of study and reference materials, contact an expert and an investigator in the course of the examination, evaluation of the results of the examination.

III. Проблемы гражданского права и предпринимательской деятельности

III. Муаммоҳои ҳуқуқи маданӣ ва фаъолияти соҳибкорӣ

Гаюров Ш. К.*

Соотношение юридической помощи и юридической услуги в гражданском праве

Калидвожаҳо: ёрии ҳуқуқӣ, хизмати ҳуқуқӣ, танзими шартномавӣ, вакил, шартномаи супориш, ҳимояи ҳуқуқи инсон ва шахсони ҳуқуқӣ

Ключевые слова: юридическая помощь, юридическая услуга, договорное регулирование, адвокат, договор поручение, защита прав человека и юридического лица

Key words: legal aid, legal service, contractual regulation, lawyer, contract assignment, protection of human rights and legal entity.

В настоящее время Гражданский кодекс Республики Таджикистан несколько расширил предмет возмездного оказания услуг, указав в ст. 798 услуги связи, медицинские, ветеринарные, аудиторские, консультационные, информационные услуги, услуги по обучению, культурному обслуживанию и др. Таких предметов договорных связей в прежнем кодексе не было. Формирование новых разновидностей договорных связей объясняется производством новых видов товаров, выполнение работ и оказание услуг, природа которых требует особого правового регулирования. Так, в результате внедрения элементов креативной экономики предметом имущественного оборота все чаще становится различного рода информация, представляющая ценность для заказчика информационных услуг. Поэтому быстрыми темпами развивается сектор услуг и, соответственно, существенно расширяется спектр и растет значение договоров в этой области.

Становясь потерпевшим или свидетелем, мало кто представляет себе, как надлежит законными средствами отстаивать своих интересы в ходе следствия или доследственной проверки, проводимой правоохранительными органами, как не допустить нарушения своих прав в условиях отсутствия юридической услуги со стороны профессионального юриста. Эта неприспособленность к реалиям жизни приводит к самым неблагоприятным последствиям, заставляет человека чувствовать себя беззащитной перед государством жертвой, и зачастую, будучи совершенно дезориентированным в сложившейся обстановке, избирать в итоге не самый эффективный вариант

---

*Доктор юридических наук, профессор, и. о. зав. кафедрой гражданского права юрид. ф – та Таджикского национального университета. E – mail: shukrullo67@mail. ru. Тел. 93 510 38 62. Персональный идентификационный код автора (SPIN – код) в системе SCIENCE INDEX: 6803 – 4816

поведения. Поэтому одной из целей Программы правового обучения и воспитания граждан Республики Таджикистан на 2009 – 2019г., утвержденной постановлением Правительства Республики Таджикистан от 29. 04. 2009г., № 253, является содействие населению в защите своих прав, создание необходимых условий для приобретения гражданами знаний о своих правах, свободах и обязанностях.[1]

В реализации этих целей важными правовыми средствами являются юридическая помощь и юридическая услуга. Вопрос о соотношении этих двух категорий обусловлено тем, что по Закону Республики Таджикистан «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» от 18. 03. 2015г., № 1182 адвокаты могут заниматься оказанием юридической помощи на платной и бесплатной основе. С одной сторны предъявляются новые требования в осуществлении адвокатской деятельности, с другой стороны с некой «осторожностью» используется частноправовые категории.Такая противоречивая позиция законодателя порождает целый комплекс вопросов в правовом регулировании юридической помощи и юридической услуги. Может быть для укрепления правового статуса адвоката было решено использовать категорию «юридическая помощь». Ведь в адвокатском производстве и ст. 92 Конституции Республики Таджикистан юридическая помощь имеет во многом значение разновидности социальной услуги. Отмененный Конституционный закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре» (ст. 2) в этой связи юридическую помощь объективно определил как самостоятельный вид социальной помощи, оказываемой в правовой области физическим и юридическим лицам, заключающей в использовании любых законных средств и способов с целью защиты прав и законных интересов этих лиц. Данное определение показывает, что юридическая помощь детерминировано совершенно другими обстоятельствами. Оно во многом имеет характер социально значимой услуги адвоката, направленное на защиту нарушенных или нарушаемых прав и свобод человека и гражданина. Оно возлагается не на государство, или каких – либо практикующих юристов, а на адвоката. То есть всякое производство, связанное с такой помощью имеет особый субъектный состав, характеризующий статус адвоката как гаранта стабильности общества и доступа к правосудию.

По новому Закону (ст. 4.) адвокатская деятельность не является предпринимательской. Не является адвокатской деятельностью юридическая помощь, оказываемая следующими лицами:

– работниками государственных органов и органов самоуправления поселков и сел;

– работниками юридических служб юридических лиц;

– участниками и работниками организаций, оказывающих юридические

---

[1]АДЛИЯ: Централиз. банк. правовой информации Республики Таджикистан. Версия 6.0/М – во юстиции Республики Таджикистан. – Душанбе, 2015. – 1 электрон. опт. диск (CD – ROM).

услуги;
– патентными поверенными, за исключением случаев, когда адвокат выступает в качестве патентного поверенного;
– другими лицами, которые законодательством Республики Таджикистан специально уполномочены на ведение профессиональной деятельности.

Действие настоящего Закона не распространяется также на органы и лиц, которые осуществляют представительство в соответствии с законодательством Республики Таджикистан.

Позиция законодателя о том, что адвокатская деятельность не является предпринимательской, также противоречива, так как монополизирует основные направления и формы правовой работы в экономике. Получается, что монопольным правом ведения частной практики в экономике имеют только адвокаты. При этом действующий Налоговый кодекс Республики Таджикистан (введен в действие с 1. 01. 2013г.) предусматривает, в случае коллизии с другими нормами иных отраслей законодательства (ч. 3 ст. 2), предписания о приоритетности его норм в целях налогообложения. В ч. 2 ст. 8 этого же закона четко определены виды деятельности, которые в целях налогообложения не рассматриваются как предпринимательская деятельность. В этом перечне пассивной экономической деятельности (деятельность учреждений, религиозных организаций, благотворительная деятельность и т. д.) не указано адвокатская деятельность. Такое положение, по нашему мнению связано с тем, что правовой статус адвоката имеет комплексный характер. В нем сочетаются элементы публично – правового и частноправового регулирования. Как справедливо отмечает Г. М. Резник, адвокат выполняет публичную функцию служения общественному интересу путем оказания свободной и независимой юридической помощи и занимает тем самым центральное место в системе отправления правосудия в качестве посредника между общественностью и судами. Вместе с тем вовлечение адвокатов в процесс отправления правосудия не лишает адвокатскую профессию гражданского характера – следовательно, этические ограничения, необходимые для поддержания профессии, не должны быть чрезмерными.[2] Социальная значимость адвокатской деятельности не может поглошать естественное положение адвоката как частного лица и участника имущественного оборота. Проводимые в настоящее время преобразования изменили социально – экономический облик страны, возникли новые формы активной экономической деятельности, что не мешает адвокату – поверенному в делах многичисленных заказчиков или услугополучателях быть частным предпринимателем. Опираясь на предпринимательство и частную инициативу, он сумеет оказывать профессиональную помощь и услугу заинтеросованным лицам, что не противоречить интересам

---

[2]Цит. по раб. Сергеева О. Е. К вопросу о статусе адвоката // Конституционализм и правовая система России: итоги и перспективы. Мат. V Межд. науч.- практ. конф. «Кутафинские чтения»: сборнок докладов. – М. 2014. С. 81.

государства и его правовому статусу.

В новом Законе юридическая помощь определяется как квалифицированная и профессиональная помощь, оказываемая адвокатами для защиты прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц с использованием законных средств и способов (абз. 15 ст. 1 Закона). По смыслу ст. 31 Закона такая помощь имеет договорную основу. Основными условиями соглашения об оказании юридической помощи являются:

– указание на адвоката (адвокатов), принявшего (принявших) исполнение поручения в качестве поверенного (поверенных), а также на его (их) принадлежность к адвокатскому формированию;

– предмет поручения;

– условияи размер выплаты доверителем вознаграждения за оказываемую юридическую помощь;

– порядок и размер компенсации расходов адвоката (адвокатов), связанных с исполнением поручения, за исключением случаев предоставления юридической помощи бесплатно;

– условия выплаты фактически понесённых расходов адвоката (адвокатов) за выполненный объем работы вслучае досрочного прекращения соглашения;

– размер и характер ответственности адвоката (адвокатов), принявшего (принявших) исполнение поручения (ч. 4 ст. 31 Закона).

Из этого следует, что законодатель определил договор поручения как основу оказания юридической помощи. Такая модель договорного регулирования характеризует адвоката как профессионального советника доверителя по правовым вопросам, при этом оно полностью не соответствует предписаниям ч. 4 ст. 3 Закона, где определено основные направления оказания юридической помощи, что выражается в осуществлении не только юридических действий, но и осуществлении фактических действий (составление документов правового характера). Поэтому адвокат оказывает следующую юридическую помощь:

– дает консультации и справки по правовым вопросам в устной или письменной форме;

– составляет заявления, жалобы, ходатайства и другие документы правового характера;

– представляет интересы физических и юридических лиц в конституционном судопроизводстве;

– участвует в качестве представителя физических и юридических лиц в гражданском, семейном, экономическом и третейском судопроизводстве;

– участвует вкачестве представителя или защитника физических и юридических лиц в уголовном судопроизводстве и производстве по делам об административных правонарушениях;

– участвует в качестве представителя физических и юридических лиц в иных органах для разрешения споров;

– участвует в качестве представителя юридических лиц в разбирательстве в

международном коммерческом арбитраже;
– представляет интересы физических и юридических лиц в государственных органах, органах самоуправления поселков и сел, общественных объединениях и иных организациях;
– представляет интересы физических и юридических лиц в государственных органах, судах и правоохранительных органах иностранных государств, международных судах, негосударственных органах иностранных государств, если иное не установлено законодательством иностранных государств, уставными документами международных судов и международных организаций или международно-правовыми актами, признанными Таджикистаном;
– участвует в качестве представителя физических и юридических лиц в исполнительном производстве;
– оказывает иные виды юридической помощи, не запрещенные законодательством Республики Таджикистан.

Необходимо обратить внимание на ч. 1 ст. 912 Гражданского кодекса Республики Таджикистан (ГК РТ), которая предусматривает определение договора поручения – как совершение поверенным от имени и за счет доверителя определенных юридических действий. По сделке, совершенной поверенным, права и обязанности возникают непосредственно у доверителя. Получается, что адвокат оказывает платные услуги юридического характера. «Услуги, при оказании которых действия исполнителя приводят к приобретению заказчиком новых обязанностей или возникновению новых прав».[3]

Члены Союза адвокатов РТ оказывают бесплатную юридическую помощь:
– истцам в судах первой инстанции при ведении дел о взыскании алиментов и о восстановлении на работе;
– участникам Великой Отечественной войны и приравненным к ним лицам, а также лицам, пострадавшим в результате аварии на Чернобыльской атомной электростанции, инвалидам и лицам, потерявшим кормильца во время политического и военного противостояния в Таджикистане и беженцам;
– гражданам по жалобам на допущенные в списках избирателей ошибки;
– депутатам представительных органов государственной власти при даче консультаций по вопросам законодательства, связанных с осуществлением ими депутатских полномочий;
– несовершеннолетним, не имеющим опекуна или попечителя;
– призывникам на военную службу и военнослужащим срочной службы;
– малоимущим гражданам, чей общий доход на каждого члена семьи меньше одного показателя для расчетов на месяц;

---

[3]Степанов Д. Кто будет платить и кому платить не будут. К вопросу о разработке порядка оплаты юридических услуг // Хозяйство и право. 2002. № 4. С. 59.

– в иных случаях, предусмотренных законодательством РТ (ч. 1 ст. 32 Закона).

Все сказанное приводит нас к выводу о том, что сформулированное в Законе понятие «юридическая помощь» сводится к двум связанным между собой элементам: цели, которая услуга служит («помощь», «польза») и средством достижения этой цели (совершение тем, кто предоставляет услугу, действия). Объединение обоих элементов является необходимым для определения понятия юридические услуги. Под юридической услугой следует понимать интеллектуальный результат фактических и юридических действий, которая в совокупности или в отдельности осуществляется лицом (исполнителем, услугодателем), обладающим специальными знаниями и опытом в области права. Юридические услуги не получили закрепления в ст. 798 ГК РТ, однако широко распространены в правоприменительной практике и активно исследуются в науке гражданского права.[4] Данное обязательство, обладая смешанным свойством, возникает на основании различных договоров. Поэтому взаимоотношение адвоката с государством не означает характеристику правового положения такого частного лица в полном объеме. Определение правового статуса адвоката явление чрезвычайно сложное, поскольку на него влияют не только общественно – политические факторы. Правовой статус адвоката также состоит из его неимущественных и имущественных связей с заказчиками или услугополучателями.

В силу ст. 797 ГК РТ и соглашения сторон, исполнитель обязуется по заданию заказчика осуществлять деятельность по созданию и передаче конкретной информации, необходимой для защиты прав и законных интересов заказчика. При этом передача актуальной информации осуществляется как в устной форме, так и на бумажном или электронном носителе. Объектом обязательства по оказанию юридических услуг является актуальная информация, необходимая гражданину или иному участнику гражданских информационных правоотношений для обеспечения личной безопасности, сохранности имущества, устойчивого ведения договорной или иной правовой работы, если иное не установлено соглашением сторон. Эти услуги, имея информационную сущность, подразделяются на такие виды:

– документальные услуги (сбор и документирование информации);
– консультационные услуги (предоставление советов и разъяснений);
– представительские услуги (приобретение прав и обязанностей).

---

[4] Щуковская О. М. Правовое регулирование деятельности по оказанию правовых услуг. дис. … канд. юрид. наук.– СПб, 2001; Кратенко М. В. Договор об оказании юридической помощи в современном гражданском законодательстве. дис. …канд. юрид. наук.– Томск, 2005; Ильина Т. И. Обязательство по оказанию правовых услуг в Российской Федерации. автореф. дис. …канд. юрид. наук. –М. 2007.

По обоснованному мнению Т. И. Ильиной, обязательство по оказанию правовых услуг может возникать из договора возмездного оказания услуг, поручения, агентирования, соглашения об оказании юридической помощи, при этом наиболее подходящей формой договора на оказание правовых услуг длящегося характера (например, на юридическое сопровождение деятельности организации) будет являться агентирование.[5]

М. В. Кротов считает, что «следует отграничивать от обязательства по оказанию услуг такие отношения, в которых деятельность услугодателя получает какое – либо овеществленное выражение, существующее отдельно от деятельности исполнителя. Например, консультация юридической фирмы, предоставляемая в устной форме, будет охватываться отношениями по оказанию услуг, а письменные заключения той же аудиторской фирмы должны регулироваться нормами о договоре подряда».[6] Аналогичного мнения придерживается А. Е. Шерстобитов. Он считает такой договор смешанным, содержащим в себе элементы договора подряда и договора возмездного оказания услуг (п.3 ст. 421 ГК РФ).[7] По нашему мнению, как правило, основным объектом правовых услуг является нематериальный интеллектуальный результат – актуальная информация. Поэтому характерные свойства договора на оказание правовых услуг не идентичны существующим правовым конструкциям, что не препятствует его урегулированию в рамках обязательства по оказанию информационных услуг, так как передача актуальной информации, в том числе сопряженной с элементами представительства, является основным обязательством. В отличие от агентирования, адвокат не всегда выступает посредником (в документальных и консультационных услугах); в отличие от поручения, юридическая помощь адвоката не всегда является лично – доверительной. При этом многие авторы признают наличие в договоре транспортной экспедиции элементов подряда, поручения, комиссии и самостоятельный характер этого комплексного обязательства.[8]

Подводя итог вышеизложенному, необходимо отметить, что не все авторы придерживаются мнения о тождественности понятий «правовая услуга» и «юридическая услуга». Так, по спорному мнению Л. Б. Ситдиковой, «…при оказании правовых и юридических услуг совершаются как фактические, так и юридически значимые действия, но

---

[5] Ильина Т. И. Указ. раб. С.12, 14, 17.
[6] Гражданское право. Ч. 2. Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого.– М. Проспект, 1997. С. 545.
[7] Шерстобитов А. Е. Гражданско – правовое регулирование договорных отношений в сфере обслуживания.– М., 1987.
[8] Санникова Л. В. Услуги в гражданском праве России.– М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 46.

при оказании правовых услуг приоритет принадлежит совершению фактических действий, а при оказании юридических услуг (представительство в суде) обязательно наличие юридических действий. Таким образом, понятия правовая и юридическая услуга не является тождественными».[9] По нашему мнению, таким искусственным разделением нельзя ограничивать вектор расширения оказания возмездных услуг. Юридическими услугами можно назвать любой интеллектуальный результат поиска, обладания, использования и распространения актуальной информации для потребителя. Оно может выражаться в консультации по правовым вопросам, дачи экспертного заключения, составления локальных правовых актов, претензий, исков, жалоб, судебное и несудебное представительство и т. п. Предметом юридической услуги является выработка объективного мнения о состоянии заказчика или услугополучателя с точки зрения закона и правового порядка, выбор адекватного правового средства защиты его законных интересов и праворазъяснение.

Литература:

1. Степанов Д. Кто будет платить и кому платить не будут. К вопросу о разработке порядка оплаты юридических услуг // Хозяйство и право. 2002. № 4.
2. Щуковская О. М. Правовое регулирование деятельности по оказанию правовых услуг. дис. … канд. юрид. наук.– СПб, 2001.
3. Кратенко М. В. Договор об оказании юридической помощи в современном гражданском законодательстве. дис. …канд. юрид. наук.– Томск, 2005.
4. Ильина Т. И. Обязательство по оказанию правовых услуг в Российской Федерации. автореф. дис. …канд. юрид. наук. –М. 2007.
5. Гражданское право. Ч. 2. Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого.– М. Проспект, 1997.
6. Шерстобитов А. Е. Гражданско – правовое регулирование договорных отношений в сфере обслуживания.– М., 1987.
7. Санникова Л. В. Услуги в гражданском праве России.– М.: Волтерс Клувер, 2006.
8. Сергеева О. Е. К вопросу о статусе адвоката // Конституционализм и правовая система России: итоги и перспективы. Мат. V Межд. науч.-практ. конф. «Кутафинские чтения»: сборнок докладов. – М. 2014.
9. Ситдикова Л. Б. Понятие и виды правовых услуг: соотношение правовых и юридических услуг // Права и свободы человека и

[9]Ситдикова Л. Б. Понятие и виды правовых услуг: соотношение правовых и юридических услуг // Права и свободы человека и гражданина: теоретические аспекты и юридическая практика: матер. ежегодной Межд. науч. конф. памяти проф. Ф. М. Рудинского, 23. 04. 2015г. / под общ. ред. Д. А. Пашенцева; МГПУ. – Рязань: Изд. - во «Концепция», 2015. С. 333.

гражданина: теоретические аспекты и юридическая практика: матер. ежегодной Межд. науч. конф. памяти проф. Ф. М. Рудинского, 23. 04. 2015г. / под общ. ред. Д. А. Пашенцева; МГПУ. – Рязань: Изд. - во «Концепция», 2015.

Ғаюров Ш. К.

Фишурда

Таносуби ёрии ҳуқуқӣ ва хизмати ҳуқуқӣ дар ҳуқуқи маданӣ

Дар мақолаи мазкур таносуби мафҳумҳои ёрии ҳуқуқӣ ва хизмати ҳуқуқӣ мавриди таҳлил гардидааст. Дар ин асос муаллиф муносибати худро ба ин масъала муайян намудааст.

Гаюров Ш. К.

Аннотация

Соотношение юридической помощи и юридической услуги в гражданском праве

В статье определяется соотношение понятий юридическая помощь и юридическая услуга. Анализируя законодательство и подходы других авторов, автор определяет своё отношение к данной проблеме.

Gayurov Sh. C.

The summary

Ratio of a legal aid and legal services in the civil right

In this article the ratio of concepts a legal aid and services is defined. The author analyzing the legislation and various approaches defines the position on the matter.

Курбоналиев Н.Ш.*

Родство – препятствие заключения брака

Калидвожаҳо: хешутаборӣ,бастани ақди никоҳ, оила, хешутабори наздик, дараҷаи хешутаборӣ, кӯдакони маъюб

Ключевые слова: родство, заключение брака, семья, близкие родственники, бракосочетание, степени родство, дети инвалиды

---

*Заместитель декана юрфака Таджикского национального университета по науке и международным связям, канд. юрид. наук. E - mail:hypik_88@mail.ru. Тел. 918 510 302. Персональный идентификационный код автора (SPIN – код) в системе SCIENCE INDEX: 7643 – 9355

Key words: relationship, marriage, family, close relatives, degree of consanguinity, disabled children

Проблема родства в настоящее время в семейном праве Республики Таджикистан рассматривается таджикскими учеными на общих основаниях. Исследование данной проблемы наблюдается в работах Махмудзода М.А., Худоёрзода Б.Т., Бабаджанова И.Х., Химатова Х.Н., Бурхоновой М. Дж., Бадалова Ш.К. и других.

Определяющим критерием понятия "родство" является, прежде всего, заключение брака и затем семья. Даже в древнем Риме определение понятия "родство" осуществлялось на основе понятия "заключение брака и семьи", иначе говоря, понятие "родство" изучалось совместно с понятием "семья".

Ученые в области семейного права объясняют понятие "родство" как кровную связь лиц, которые появились из общих предков. По их мнению, "родство" делиться на две группы:

а) непосредственное родство, когда один человек появился от другого человека;

б) боковое родство, когда различные лица появились от общего предка.[1]Они имеют непосредственное отношение к отцу и матери, детям и внукам, а боковое родство - отец, мать, братья и сестра.

Следует отметить, что семейное законодательство РТ определяет бракосочетание между близкими родственниками как основание для запрета заключения брака.

Согласно ст. 14 Семейного кодекса Республики Таджикистан (СК РТ), близкими родственники считаются родные брат и сестра, полнородными и не полнородными (имеющими общих отца или мать).[2]

Но данное понятие, по нашему мнению, является очень узким и не охватывает весь круг близких родственников. В отличие от семейного законодательства РТ, в семейном законодательстве Российской Федерации понятие "родство" предусмотрено шире.

Например, согласно ст. 14 Семейного кодекса Российской Федерации (СК РФ), близкими родственниками являются: (родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии (родителями и детьми, дедушкой, бабушкой и внуками), полнородными

---

[1]Махмудов М.А., Бабаджанов И.Х., Бадалов Ш.К.,Ахмеджанов И.Г.Семейное право. Душанбе: «Эр-граф», 2011, С.6-7. На тадж. языке.

[2]Махмудов М.А., Худоёров Б.Т.Комментарий Семейному кодексу Республики Таджикистан - Душанбе: «Эр-граф», 2010, С.45. На тадж. языке.

и не полнородными (имеющими общих отца или мать) братьями и сестрами).[3]

Из данного положения СК РФ следует, что в ст. 14 СК РТ родители, дедушка, бабушка не входят в понятие родственники. Однако в других статьях они признаны как члены семьи.

В данное время согласно ст. 14 СК РТ, заключение брака запрещено между близкими родственниками (отец или мать с ребенком, дедушка или бабушка со своим внуком), между полнородными и не полнородными (имеющими общих отца или мать), усыновителями и усыновленными. Как мы видим, закон защищает не только нравственные основы, но и здоровье членов семьи, так как медицинской наукой доказано, что брак между близкими родственниками является причиной рождения детей инвалидов.

Сегодня на территории страны приблизительно 13 тысяч подрастающего поколения детей-инвалидов до 18 лет воспитываются государством, большинство из которых являясь врожденными инвалидами, появились на свет в результате родственных браков. Президент страны, уважаемый Эмомали Рахмон в своем Послании к Маджлиси Оли (2015г.) относительно этой проблемы особо подчеркнул, что «между молодёжью наблюдается рост заключения родственных браков, что приводит к рождению детей-инвалидов». Это большая проблема не только с точки зрения обеспечения здоровья нации, но и эффективности семейно - правовой политики.

Вокруг заключения браков между близкими родственниками в правовой литературе изложены противоречивые мнения. Ещё в девяностые годы прошлого века О.У. Усманов и М.А. Махмудзода высказывали свои мнения относительно данной проблемы.[4]

Другие исследователи М.Дж. Бурханова и Ш.К. Бадалов также являются сторонниками того, что перечень степени родства, препятствующий заключению брака, должен быть расширен. Для примера они представили практику других стран. В Швейцарии запрещены заключения брака между детьми брата и сестры, дяди и племянника и так как они[5](исследования показали, что заключение брака между братом и племянниками в обществе очень распространено)

---

[3]Ст. 14 СК РФ от 29 декабря 1995 г.N223-ФЗ//Федеральные законы от 15.11.1997г, №140 –ФЗ, от 27.06.1998г N94-ФЗ, от 02.01.2000г. №32-ФЗ.

[4]Усманов О., Махмудов М. Семейное право Республики Таджикистан. – Душанбе,1994. На тадж. языке.

[5]Бурханова М.Дж., Бадалов Ш.К., Защита прав женщин в области семейного права Республики Таджикистан. Душанбе. 2013. С-46 .

являются близкими родственниками. Согласно религиозному учению заключение брака запрещено по кровному родству до четвертой степени и молочному родству до второй степени (сестра, мать, дочь, тети, дочь брата, мать мужа, мать, которая кормила грудью, воспитатель и др. для мужчины).[6]

Российские ученые (М.В. Антокольская, Е.М. Ворожейкин, О.Ю. Косова, А.М. Нечаева, Л.М. Пчелинцева, В.А. Рясенсев, Г.М. Свердлов, Н.Н. Тарусина и др.),[7] также по результатам исследований пришли к выводу, что с учетом медицинского и генетического, нравственного и нравственно-эстетического факторов следует запретить заключение брака между дядей, тетей и племянниками, братом и племянниками, так как согласно медицинским показателям в третьей и четвертой степени родства существует наибольшая вероятность патологической наследственности.

В конце хотелось бы отметить, что для решения проблемы степени родства, препятствующей заключению брака, последнюю точку в этом направлении следует поставить представителям медицинских наук.

Специалисты-медики должны определить степени родства, при заключении брака между которыми, не высока вероятность рождения детей - инвалидов. Если будут проведены необходимые исследования, и определится данная степень родства, предлагаем объединить второй и четвертый абзацы в ст. 14 СК РТ, в скобке указать полностью и точно близких родственников, между которыми нельзя заключать брак.

Литература:

1. Бурханова М. Дж., Бадалов Ш.К., Защита прав женщин в области семейного права Республики Таджикистан. Душанбе. 2013.

---

[6]Усмонов О., Махмудов М. Указ. раб. С-24.

[7]Победоносцев К.П., Курс гражданского права.часть 2: Права семейные, наследственные и завещательные.-М.,2003.С.33; Шершеневич Г.Ф. Учебник русское гражданское право (по изд.1907г). -М.:1995. С.414; Мейер Д.И.Русское гражданское права; В 2ч. (по испр. и доп.8- муизд,1902). 2-е зд.исп. -М., 2000. С.722; РясенцевВ.А.Советское семейное право. М.,1982. С.74-75; Антокольская М.В. Семейное право. М., 2001.С.114-115; Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. М.,2001. С.74-75; Нечаева А.М. Семейное право. Курс лекций.-М.2001.С.93-95; Пчелинцева Л.М. Семейное право России.-М.2004,С.97; Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР, -М.,1972. С.24-42.

2. Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995г., №223-ФЗ//Федеральные законы от 15.11.1997г, №140 –ФЗ, от 27.06.1998г., №94-ФЗ, от 02.01.2000г., №32-ФЗ.
3. Махмудов М.А., Бабаджанов И.Х., Бадалов Ш.К., Ахмеджанов И.Г. Семейное право. Душанбе: «Эр-граф». 2011. На тадж. языке.
4. Махмудов М.А., Худоёров Б.Т. Комментарий Семейному кодексу Республики Таджикистан. Душанбе: «Эр-граф». 2010. На тадж. языке.
5. Победоносцев К.П., Курс гражданского права. Часть 2: Права семейные, наследственные и завещательные.- М.2003.
6. Шершеневич Г.Ф. Учебник русское гражданское право (по изд.1907г). - М.1995.
7. Рясенцев В.А.Советское семейное право. - М.,1982.
8. Антокольская М. В. Семейное право. - М., 2001.
9. Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. - М.,2001.
10. Нечаева А.М. Семейное право. Курс лекций.- М.2001.
11. Пчелинцева Л.М. Семейное право России.- М.2004.
12. Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М.,1972.
13. Усманов О., Махмудов М. Семейное право Республики Таджикистан. – Душанбе, 1994. На тадж. языке.

Қурбоналиев Н.Ш.

Фишурда

Хешутаборӣ – монеагӣ барои бастани ақди никоҳ

Дар мақола масъалаҳои хешутаборӣ ҳамчун асоси монеагӣ барои бастани ақди никоҳ мавриди баррасӣ қарор дода шудааст. Маҳаки муайянкунандаи мафҳуми хешутаборӣ пеш аз ҳама бастани ақди никоҳ ва баъдан оила ба ҳисоб меравад. Аз ҳамин хотир мафҳуми хешутаборӣ муайян карда мешавад, ҳамзамон таҳлили муқоисавии қонунгузории дигар давлатҳо дар соҳаи муайянкунии дараҷаи хешутаборӣ, ки барои бастани ақди никоҳ монеъ мегарданд, гузаронида мешавад.

Курбоналиев Н.Ш.

Аннотация

Родство - препятствие заключения брака

В статье рассматривается вопросы родство как основания для заключения брака. Определяющим критерием понятия родство является, прежде всего, заключение брака и затем семья. Поэтому определяется понятие родство, проводится сравнительные анализы законодательства других государств в области определения степени родство, которые препятствуют заключению брака.

Kurbonaliev N. Sh.

The summary
Affinity is an impediment of marriage

The article discusses the relationship as a basis for marriage. The determining criterion for the concept of kinship is primarily marriage and then family. Therefore, it defines the concept of kinship, a comparative analysis of the legislation of other states in the field of determining the degree of kinship, which prevent the marriage.

Менглиев Ш.М.*

Обязательственный статут договора в международном частном праве

Калидвожаҳо: статути ӯҳдадорӣ; татбиқи ҳуқуқ; иродаи мухтор; меъёри коллизионӣ; интихоби татбиқи ҳуқуқ дар асоси шартномаи байналмилалӣ

Ключевые слова: обязательственный статут; применимое право; автономия воли; коллизионные нормы; выбор применимого права на основании международных договоров

Key words: liability statute, applicable law, autonomy of will, collision norms, choice of the applicable law on the basis of the international contracts

Обязательственный статут – это право подлежащее применению к обязательстве, вытекающим из сделок (договоров). Как правило, в соответствии с действующим законодательством применимое право для регулирования договорных отношений в международном коммерческом обороте определяется генеральной коллизионной привязкой, каковой является автономия воли договаривающихся субъектов. При неиспользовании сторонами автономии воли, применимое право определяется на основании коллизионных норм национального и международного права. Отсюда следует, что значительное место отводится воле договаривающихся субъектов. В этой связи для определения юридической природы такого соглашения высказаны различные точки зрения.[1]

Г.Б. Испаева акцентирует внимание на то, «что соглашение о выборе права является самостоятельным видом гражданско-правового договора. В этой связи данное соглашение не является внешнеэкономической сделкой, а значит, внешнеэкономическим договором. Данное соглашение использует коллизионно-правовой механизм для определения

---

*Профессор кафедры международного права юрид. ф-та Таджикского национального университета

[1] Испаева Г.Б. Договор в частном праве: коллизионные проблемы. –Алматы, 2010. – С.195-197.

применимого права. В этой связи он предлагает рассматривать данное соглашение в качестве особого вида договора, занимающего самостоятельное место в классификации частноправовых договоров».[2]

Л. А. Лунц также обращал внимание на юридическую самостоятельность соглашения сторон о выборе применимого права, автономной по отношению к договору, в тексте которого она содержится.[3]

Проблема определения правовой природы возникает только в одном случае, иначе, когда определение применимого права включено во внешнеэкономического сделку как одно из его условий. Поэтому отмечается, что «Недействительность контракта не обязательно влечет автоматически недействительность соглашения о выборе права. Вопрос о действительности соглашения о выборе права должен рассматриваться отдельно, исходя из применимого к этому соглашению права».[4] Во всех остальных случаях, согласно ст.1218 ГК РТ договор о выборе применимого права сторонами заключается по соглашению сторон.

В настоящее время перечень вопросов, входящих в обязательственный статут, определяется в законодательном порядке.

Несмотря на это их перечни не совпадают. Так, в ГК РТ (ст. 1222) определяется применимое право, составляющее обязательственный статут в договорных отношениях, куда входит: а) толкование права; б) права и обязанности сторон; в) исполнение договора; г) последствия неисполнения и ненадлежащего исполнения договора; д) прекращение договора; е) основания и последствия недействительности договора; ж) уступка требования и перевод долга в связи с договором. В качестве дополнительного варианта, усиливающего правовое обеспечение, предусматривается в отношении способов и процедуры исполнения, а также мер, которые должны быть приняты в случае ненадлежащего исполнения, кроме применяемого права, также и право страны места исполнения.

Перечень вопросов, приведенный выше, не является исчерпывающим, следовательно, в сферу действия обязательственного статута могут быть включены и другие вопросы, например, заключение договора, исковая давность относительно к договору.[5]

Важной составляющей обязательственного статута является толкование договора. Правильно и четко сформулированные договорные условия способствуют исполнению договора и достижению конечного результата. И, наоборот, если договорные условия, которые

---

[2] Там же. С. 197. О самостоятельном характере договора о выборе права говорят и другие. См.: Зыкин И.С. комментарий к части третьей ГК РФ / Под ред. Маковского Л.А., Суханова Е.А. -М.: ЮРИСТ, 2003. – С. 554.

[3] Лунц Л.А. Курс международного частного права. - М., 2002. – С.507.

[4] Комментарий к части третьей ГК РФ. (Под ред. А.Я. Маковского и Е.А. Суханова) – М.: ЮРИСТ, 2003. - С. 554.

[5] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть. Комментарий (постатейный). В двух книгах. Кн.2. /Отв.ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г.Басин . –Алматы, 2006. – С.761.

неясно или нечётко сформулированы, то в процессе исполнения это порождает недоразумения и приводит к конфликтам. Иными словами, между условиями, которые хотели включить в договор для достижения определенного результата, и их фиксированием в договоре происходит несовпадение, т.е. между внутренней волей субъектов и их волеизъявлением. Поэтому часто можно встретить в международных коммерческих договорах, которые сопровождается комментарием отдельных положений или примечанием дающего толкование отдельных терминов, при возникновении недоразумения в процессе исполнения договора стороны вправе согласовать действительный смысл того или иного условия договора соответствующим интересам сторон.

Одним из ключевых вопросов сферы действия применимого права есть исполнение договора. Исполнение договора есть основная стадия, необходимый атрибут и основной смысл договора. Договоры заключаются с целью их исполнения для достижения конечного результата. Исполнение обязательства предполагает реализацию прав и обязанностей, согласованных сторонами. Исполнение включает различные компоненты, в частности, предмет, количество, качество комплектность исполнения, место и срок исполнения, тару и упаковку, способы доставки и т.д. Иными словами, исполнение означает совершение всех тех действий с момента вступления договора в силу, на которые стороны рассчитывали.

Исполнение означает совершение действий, согласованных сторонами в момент его заключения в силу автономии воли, а такие реализацию условий договора, вытекающих из применимого права, согласованных сторонами. Таким образом, исполнение включает условия, согласованные сторонами, а также вытекающие из применимого права, которые в совокупности составляют содержание договора.

Пожалуй, одним из сложнейших и многогранных вопросов, входящих в обязательственный статут, является вопрос о последствиях неисполнения или ненадлежащего исполнения договора. Это касается характера неисполнения обязательства, определения размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением договорных обязанностей, определение объема причиненного вреда и размера возмещаемого вреда; необходимость возместить вред в полном объеме. Сложность возмещения убытков тесным образом связана с тем, как установлены применимым правом способы исчисления причиненного вреда, предусматривается возмещение вреда в полном объеме, состав возникшего вреда. Размер возмещаемых убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности: «суд не может отказать в удовлетворении требования о возмещении убытков за нарушение обязательства исключительно по тому основанию, что по обстоятельствам дела размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности: в этом случае размер подлежащих возмещению должником убытков справедливости, соразмерности

ответственности допущенному нарушению обязательства и с учётом всех обстоятельств».[6]

Часто нарушение обязательства влечёт досрочное прекращение договора. Прекращение договора включает и расторжение договора, а также односторонний отказ от исполнения договора.[7] При этом какие правовые последуют, зависит от того, как стороны согласовали это при заключении договора или как это предусмотрено применимым правом для регулирования отношений сторон договора.

Права и обязанности сторон договора также включают и изменение и расторжение договора, которые осуществляются по соглашению сторон, по требованию одной из сторон в судебном порядке и, наконец, путём одностороннего отказа от исполнения.

Перечень вопросов, входящих в обязательственный статут, как было сказано, является примерным в правовых системах стран, и соответственно они не совпадают. Так, например, в ст. 32 Вводного Закона к ГГУ приводится перечень вопросов, входящих в обязательственный статут, где в отличие от правовой системы РТ (ст.1222 ГК) в перечень вопросов включены также бремя доказывания, заключение договора и условия действительности договора, а также в них включаются общие условия сделок, независимо от того, является договор действительным по данному статуту или нет (ст.31 Вводного закона к ГГУ). Далее договорной статут регулирует также обязательственные отношения в преддоговорной период, а также все требования, вытекающие из вины при заключении договора.[8]

Из приведенных положений ГК РТ и Германского гражданского уложения вытекает, что вопросы входящие в обязательственный статут, можно подразделят на две группы. В первую входит вопросы непосредственно определяемые статьями 1222, 2010, 1218, 1221, которые являются основными для любого соглашения в международном коммерческом обороте.

Во-вторых туда входит дополнительные вопросы, которые не входят в сферу обязательственного статута. Это такие вопросы, как исковая давность (ст.1208 ГК РФ), уплата процентов по договорному обязательству (ст.1218 ГК РФ) ст. 1224 ГК РТ.

Вторая группа вопросов, входящих в обязательственный статут, в законодательствах зарубежных стран, является вопросами скорее всего организационными, которые возникают в процессе заключения договорных отношений, когда согласовываются предварительно условия будущего договора, и в этой связи следует указать, что не все условия могут быть приемлемыми и их следует согласовать.

---

[6]Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации http // base garant.ru|12176781%

[7]Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев Н.В. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации (постатейный). Ч.3.- М.: ООО «ТК Велби», 2002, -С.261-262.

[8]Кох Х., Магнус У., Венклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. –М.: «Междунар. отношения», 2003. –С.148.

Предварительная стадия заключения договора не есть договорные отношения, а скорее всего на этой стадии идёт поиск приемлемых условий для будущего договора. Поэтому нет необходимости искать виновника при заключении договора и возложить на него ответственность.

Однако, несмотря на это, необходимо учитывать сферу действия обязательственного статута, предусмотренного ст.1215 ГК РФ, а также применяемою к договорам в соответствии со ст.1210-1214, 1216 ГК.

М.Г. Рюзенберг указывает, что обязательственный статут определяет также момент перехода риска случайной гибели или случайного повреждения имущества (ст.211 ГК РФ).[9] Проблема перехода риска случайной гибели решается в законодательствах разных стран по-разному. В правовых системах некоторых стран установлен, что о риск переходит покупателю в момент совершения контракта, независимо от того, переходит ли в этой момент на покупателя право собственности на проданную вещь (Швейцария, Голландия, Япония). В других странах действует принцип – риск несёт собственник. Момент перехода риска связан с переходом права собственности.[10] Правила, определенные в нашем законодательстве относительно момента перехода права собственности и момента перехода риска, соответствуют Гаагской конвенции о праве, применимом к переходу права собственности в случаях международной продажи движимых материальных вещей (1958г.). По данной Конвенции, возникновение и прекращение права собственности (и момент перехода риска) определяется по месту совершения сделки, если иное не установлено соглашением сторон.[11]

Сказанное свидетельствует, что указанный вопрос не является праздным. Все договоры в международном коммерческом обороте, направленные на передачу имущества в собственность, тесно связаны с решением вопроса о моменте возникновения права собственности и проблемы несения риска.

Указывается, что нельзя к заключению договора применять обязательственный статут, если ещё не известно, заключён ли этот договор. Несмотря на это, В.С. Канашевский соглашается с мнением, что право, применимое к договору, должно применяться и к вопросам его заключения.[12]

Заключение договора является сложным процессом. Если подобные договоры заключается между коммерческими предприятиями разных стран, то процесс еще сложнее. Процесс заключения договора может

---

[9]Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике международного коммерческого арбитражного суда. -М., 1998. С.17.

[10]Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право: Учебник. –Изд. -2-е, перераб. и доп. –М.: Эксмо, 2009. –С.274.

[11]Менглиев Ш. Международное частное право. – Душанбе: Типография Таджикского национального университета, 2013. -С.328-329.

[12]Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирования. -М.: Wolters Kluwer, 2008. –С.73.

повторяться бесконечно. Предложение (оферта) заключить договор может последовать со стороны субъекта, находящегося в РТ, и следовательно, предложение заключить договор подчиняется праву РТ. Акцепт (т.е. принятие предложения) должен подчиняться правовой системе страны акцептанта. Итак, при несовпадении интересов по согласованию условий договора процедура заключения договора может занять значительное время.

В настоящее время распространенным является право, применяемое к самому договору.[13] Согласно ст.82 Римской конвенции 1980г. стороны могут применять права страны, в которой они имеют обычное место жительства (или место пребывания). Изложенным определяется необходимость выработать приемлемый порядок заключения договора, соответствующий интересам субъектов.

Отечественная доктрина отрицает самостоятельное значение так называемой валютной привязки или привязки к закону валюты долга, согласно которой ссылка в контракте при определении суммы долга на валюту какого-либо государства означает подчинение денежного обязательства праву соответствующего государства, чья валюта используется.[14]

Обусловлено это тем, что в международном гражданском обороте используются ограниченные разновидности валют, обладающие конвертируемостью. Отсюда следует, что валюта какой страны используется между сторонами договора, соответственно применению подлежат и право этой страны.

В обязательственный статут не входят праводееспособность договаривающихся сторон, представительство и доверенность на совершение договора, форма договора, вещных прав на имущество-предмет договора. Они определяются на основе самостоятельных коллизионных привязок.[15]

В литературе указывается, что обязательственным статутом не охватывается вопросы вещных прав на имущество-предмет договора. Отмечалось, что «если … предметом договора является собственность, то его последствия расщепляется на обязательственно-правовые и вещно-правовые, в отношении которых при определенных обстоятельствах компетентны два различных института (договора и имущества)».[16]

О переходе права собственности обычно применяется коллизионный метод. Даже международные договоры, регулирующие международные сделки, не вытекают в отношении собственности, что обусловлено разными подходами, которых придерживаются правовые системы стран к содержанию этой категории. Даже Конвенция Организация Объединенных Наций «О договорах международной купли-продажи

---

[13] Там же. - С.73.
[14] Канашевский В.А. Указ. соч.- С.73.
[15] Там же. - С.75 и сл.
[16] Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Указ. раб. – С.196.

товаров» указывает, что Конвенция регулирует только заключение договора, что она не касается последствий, которые может иметь договор в отношении права собственности на проданный товар. Как определяется недействительность сделок, распространяется ли на них право страны, согласованное сторонами в качестве применимого?

В литературе указывается на последствия недействительности сделок и ставится вопрос, по законодательству какой страны сделка признается недействительной. Представляется, что последствия «недействительности договора» и неисполнения или ненадлежащего исполнения договора - не одно и то же. Очевидно, что вопрос права, применимого к признанию сделки недействительной, не может ограничиваться лишь обязательственным статутом, а должен определяться в зависимости от оснований недействительности.[17]

Обязательственный статут определяется сторонами договора (автономии воли) при отсутствии такого выбора судом, иными органами, на основании коллизионных норм. Важным представляется не установить обязательственный статут, а определить пределы его действия. Из нормы ст.2015 ГК РФ следует: во-первых, перечень приведенный в указанной статье, является примерным и не исчерпывающим; во-вторых, сфера действия права, подлежащего применению, касается конкретных статей 1210-1214 и ст. 1216, предусматривающих принцип автономии воли; в-третьих, не входят в обязательственный статут вопросы, определяющие по личному закону юридического лица, например, объем его правоспособности.[18]

Содержание обязательственного статута всегда связано с кругом вопросов, который решается на основании применимого права для регулирования отношений по договору. Однако содержащийся перечень вопросов в гражданском законодательстве является примерным, а не исчерпывающим. На самом деле кроме приведенных вопросов предполагается наличие вопросов универсального (например, проблемы праводееспособности) или специфического характера, которые присущи только данному договору (например, формы внешнеэкономических сделок, последствия недействительности сделок). Отсюда следует, что любые вопросы, прямо не связанные с правами и обязанностями, не входят в сферу действия обязательственного статута.[19] Далее, к обязательственному статуту подключается вопросы, предусмотренные в международных договорах, например, в Римской Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г., Гаагской Конвенции

---

[17]Бардина М.П. Некоторые аспекты проблемы недействительности внешнеэкономических сделок (отсутствие правоспособности и превышение полномочий) //Международное частное право : Сборник статей /Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. -М., 2000. –С. 70-72.

[18]Богусловский М.М. Международное частное право: Учебник. -6-е изд., перераб. и доп. –М.: Норма-Инфра. М., 2010. -С.305.

[19]Международное частное право: учебник для бакалавров. Отв.ред. Г.К. Дмитриева. -3-е изд., перераб. и доп. –М.: Проспект, 2013 –С.190.

о праве, применимом к договорам международной купли-продажи 1986 г. Л.А. Лунц писал, что принцип автономии воли не выходит за пределы обязательственного статута.[20]

Однако, как было указано выше, большинство авторов склоняются к тому, что перечень вопросов приведенный в соответствующей статье, является не исчерпывающим, а скорее примерным. Это послужило основанием к появлению высказывания о возможности отнесения к сфере действия права, подлежащего применения к договору, и других вопросов, в частности, связанных с заключением договора и признанием его действительным или недействительным[21] и др.

Как известно, по действующему договорному праву стороны соглашения могут свободно выбрать применимое право, при этом выбор права соотносится с правом государства … Другие правопорядки могут выбираться, если они признаны государством. В настоящее время только часть литературы подтверждает, что Принципы УНИДРУА из-за их включённости в международное арбитражное разбирательство – имеют нормативный характер и считаются выбираемыми.[22]

Вместе с тем определяется некоторые пределы их применения, о чём свидетельствует обязательственное право некоторых стран, в которых более слабая сторона должна быть специально защищена, например, действуют специальные защитные предписания, ограничивающие свободу выбора права для договоров с участием потребителей и трудовых договоров (ст. 5,6 Римской конвенции 1980 г.) Вместе с тем допускается молчаливое выражение воли сторон при выборе права, если оно является достаточно определенным (ст.3, абз. 1. Предложение 2 Римской конвенции 1980 г.).

В обязательственном праве РТ выбор применимого права не ограничивается, включая выбор «нейтрального права», связь с которым отсутствует (ст.1218 ГК). Напротив, законодательство отдельных стран обязательственный статут достаточно детализирует. Например, германское гражданское уложение в обязательственный статут ещё включает распределение бремени доказывания, договорному статуту подчиняет в принципе заключение и действительность договоров, включение в них общих условий заключение сделок. Кроме того, в обязательственный статут включаются отношения в преддоговорный период, а также все требования, вытекающие из виновных действий при заключение договора.[23]

---

[20]Лунц Л.А. Внешнеторговая купля – продажа (коллизионные вопросы). -М., 1972. –С.51.

[21]Дмитриева Г.К. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей разделу VI «Международное частное право». – С.203 и сл.

[22]Мартини, Дитер. Свобода сторон выбирать применимое право (автономии воли сторон) и диспозитивные элементы в международном частном праве // Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн.первая: монография / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А.Трунка. –М.: Норма, 2013. – С. 478.

[23]Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Указ.соч. С. 148.

По вопросу о том, следует ли немецким судам и в какой мере принимать во внимание императивные нормы, существуют разные точки зрения.

Первая – это чисто коллизионно-правовая, ориентирована на теорию обязательственного статута, и имеет мало сторонников. Согласно данной концепции должны применяться все императивные нормы того иностранного государства, которое служит договорным статутом. Принудительные нормы третьих стран не должны приниматься во внимание.[24]

Другая – это материально-правовая теория учёта императивных норм. Если стороны не могут выполнить обязанности по договору из-за запрета иностранного права, то согласно этой теории в каждом конкретном случае следует проверять, наступили ли условия для невозможности исполнения договорных обязанностей, освобождения от ответственности. Далее, иностранные запретительные законы учитываются по обстоятельствам в рамках общих оговорок обязательственного статута и последствия вытекают из обязательственного статута.

Последняя теория - специальной привязки, к которой в основном склоняется доктрина. Эта теория рассматривает нормы исходя из сферы их действия как из подлежащего применению квазиинститута. Учитывая ряд условий, хотя и спорных в деталях, «… иностранное императивное право применяется согласно этой теории в соответствии с тем как оно подлежит применению у себя на родине».[25] Из вышеизложенного следует, что проблема определения обязательственного статута в международном частном праве находится на стадии решения. В законодательстве определен примерный перечень вопросов, составляющих обязательственный статут, касающихся стадии исполнения договора. Однако взаимосвязи договаривающихся субъектов начинают складываться задолго до заключения договора. Поэтому представляется с учётом требований современного коммерческого оборота международного характера предусмотреть несколько статутов, каждый из которых включает совокупность вопросов, являющихся ключевыми, в частности: начальная стадия, выработка основных условий договора, заключение договора, исполнение договора и т.д., с учётом применимых международно-правовых актов.

Литература:

1. Лунц Л.А. Внешнеторговая купля – продажа (коллизионные вопросы). -М., 1972.
2. Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике международного коммерческого арбитражного суда. -М., 1998.

---

[24] Там же. 152-153.
[25] Там же. –С.153.

3. Бардина М.П. Некоторые аспекты проблемы недействительности внешнеэкономических сделок (отсутствие правоспособности и превышение полномочий) //Международное частное право: Сборник статей /Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. -М., 2000.
4. Лунц Л.А. Курс международного частного права. - М., 2002.
5. Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев Н.В. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации (постатейный). Ч.3.- М.: ООО «ТК Велби», 2002.
6. Зыкин И.С. комментарий к части третьей ГК РФ / Под ред. Маковского Л.А., Суханова Е.А. -М.: ЮРИСТ, 2003.
7. Комментарий к части третьей ГК РФ. // Под ред. А.Я. Маковского и Е.А. Суханова) –М.: ЮРИСТ, 2003.
8. Кох Х., Магнус У., Венклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. – М.: «Междунар. отношения», 2003.
9. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть. Комментарий (постатейный). В двух книгах. Кн.2. /Отв.ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г.Басин . –Алматы, 2006.
10. Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право: Учебник. – Изд. -2-е, перераб. и доп. –М.: Эксмо, 2009.
11. Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирования. -М.: Wolters Kluwer, 2008.
12. Испаева Г.Б. Договор в частном праве: коллизионные проблемы. – Алматы, 2010.
13. Богусловский М.М. Международное частное право: Учебник. -6-е изд., перераб. и доп. –М.: Норма-Инфра. М., 2010.
14. Менглиев Ш. Международное частное право. – Душанбе: Типография Таджикского национального университета, 2013.
15. Международное частное право: учебник для бакалавров. // Отв.ред. Г.К. Дмитриева. -3-е изд., перераб. и доп. –М.: Проспект, 2013.
16. Мартини Дитер. Свобода сторон выбирать применимое право (автономии воли сторон) и диспозитивные элементы в международном частном праве // Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн.первая: монография / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А.Трунка. –М.: Норма, 2013.

Менглиев Ш.М.

Фишурда

Вазъи ҳатмии шартнома дар ҳуқуқи байналмилалии хусусӣ

Дар мақола якқатор масъалаҳое, ки ба статути ӯҳдадориҳо дахл доранд, аз қабили маънидодкунии шартнома; ҳуқуқ ва ӯҳдадориҳои тарафҳо; иҷроиши шартнома; оқибати иҷро накардан ва хоҳиши иҷро накардани шартнома; қатъгардии шартнома, асос ва оқибати беэътибории шартнома; гузашти талабот ва интиқоли қарз дар робита бо шартнома баррасӣ карда шудааст. Инчунин робитаи ҳуқуқи

шартнома оид ба татбиқи ҳуқуқ ба ахди иқтисоди беруна асоснок карда шудааст.

Менглиев Ш.М.

Аннотация

Обязательственный статут договора в международном частном праве

В статье рассматривается перечень вопросов, составляющий обязательственный статут, в частности: толкование договора; права и обязанности сторон; исполнение договора; последствия неисполнения и ненадлежащего исполнения договора; прекращение договора; основания и последствия недействительности договора; уступка требования и перевод долга в связи с договором. Обосновывается правовая природа договора о выборе применимого права к внешнеэкономическим сделкам.

Mengliev Sh. M.

The summary

Liability statute of the contracts in International private law

The article considered the list of problems putting together of the liability statute, particular: construction of the contract, rights and obligations of the sides, consequence non-fulfillment and improper of the implementation of the contract, foundation and effects of invalidity of the contract, concession request and transfer of the duty relationship to the contract. The author gives proof of the nature of the contract to the choice of the applicable law in external economic deals.

Кодиркулов Х.Р.*

Роль гражданско – правовых договоров в регулировании трудовых отношений с иностранным участием

Калидвожаҳо: шартномаи меҳнатӣ, шартномаи граждани-ҳуқуқӣ оид ба татбиқи меҳнат, муносибатҳои меҳнатӣ бо унсури хориҷӣ, ҳуқуқи байналналхалқии хусусӣ

Ключевые слова: трудовой договор, гражданско-правовые договоры применяемыми в сфере труда, трудовые отношения с иностранным элементом, международное частное право

---

*Доцент кафедры международного права юридического факультета Таджикского национального университета

Key words: labor agreement, civil and legal agreements applicable in the field of labor, labor relations with foreign element, international private law

Международное частное право (далее МЧП), регулируя правовые аспекты трудовой миграции на основе принципа применимого права, сталкивается с необходимостью разграничения гражданско-правовых договоров от трудового договора. Об этом свидетельствует ряд двусторонних Соглашений между Республикой Таджикистан с Российской Федерацией, Республикой Казахстан о трудовой деятельности и защите прав граждан, действия которых распространяется на лиц, которые осуществляют трудовую деятельность как в соответствии с трудовым договорам, так и в соответствии с гражданско-правовыми договорами на выполнении работ или оказание услуг.

Следует отметить, что в настоящее время проблема, связанная с гражданско-правовыми договорами, применяемыми в сфере труда, является одной из наиболее сложных тем в науке. В связи с этим последнее время, все более важное значение приобретает отграничение гражданско-правового договора в сфере труда от трудового договора.

В этом контексте определение сущности гражданско-правового договора в регулирования трудовых отношений, осложненных иностранным элементом, требует ответа на ряд вопросов: служит ли договор исключительно способом реализации норм права, в связи, с чем заключение и исполнение договоров является актами применения норм права, за счет, каких факторов возникают регулирующие возможности, воздействующие на потенциал договора; каково соотношение гражданско-правового договора подряда (гл. 36 ГК РТ), возмездного оказания услуг (гл. 37 ГК РТ) с нормами трудового права.

Следует отметить, что общую линию ГК РТ в вопросе о соотношении гражданского и трудового права нельзя считать достаточно определенной. Это обусловлено тем, что в некоторых случаях право применителю для квалификации конкретных отношений приходится обращаться к общетеоретическим исследованиям для определения отраслевой природы норм, подлежащих применению. Сказанное предопределяет необходимость установления точек соприкосновения норм трудового права с нормами гражданского права. Во- первых это объясняется тем, что переход РТ на рыночные отношения, широкое развитие негосударственного сектора экономики, утрата государством статуса абсолютного доминирующего работодателя существенно повлияло на рост частноправовых и соответственно договорному регулированию трудовых отношений. В связи с этим

правильно указывается, что на рынке труда, где рабочая сила становится предметом купли-продажи и реализуется, как товар, продавец и покупатель рабочей силы заключают соглашение о предоставлении рабочей силы наймодателю за вознаграждения, что эта юридическая формулировка более точно отражает экономическую природу трудового договора как сделки купли-продажи рабочей силы.[1] Во-вторых, в науке трудового права налицо весьма слабое развитие многих важнейших правовых конструкций: исковой давности (вопроса о сроках вообще), критериях действительности и недействительности трудового договора, вопроса о трудовой дееспособности и недееспособности и некоторых других. Именно поэтому в ряде случаев у право применителя существует соблазн субсидиарного (дополнительного) применения норм гражданского права к отношениям, регулируемым трудовым правом. Например, в гражданско-правовом договоре обычно устанавливаются лишь конечные сроки исполнения работы или оказания услуги. Однако во исполнение условий договора, согласующихся с нормами гражданского законодательства, его сторона может устанавливать промежуточные сроки исполнения работ, режим работ (что часто делается при ремонте помещений без выведения их из эксплуатации). Так, согласно ч.1 ст. 720 ГК РТ стороны могут указать начальный и конечный сроки выполнения работы, а также завершения отдельных этапов работы.

Таким образом, представляется справедливой следующая мысль В.Н. Скобелкина: «Анализ характерных признаков трудового договора показывает, что не существует достаточно определенных и четких критериев, позволяющих уверенно отделить его от гражданско-правового договора индивидуального подряда. И это вполне объяснимо, ведь оба договора регулируют однородные отношения, связанные с трудовой деятельностью».[2] Кроме того, в отечественной правовой науке иногда высказывается и более радикальная точка зрения, согласно которой по своей природе трудовой договор есть не что иное, как специальный случай договора гражданско-правового.[3]

В этой связи необходимость учитывать несколько признаков, свидетельствующих о трудовой природе отношений, подтверждается и

---

[1]Димитрова С.А. Современные проблемы трудового договора // Вестник КазГУ. Серия юридическая.-1999.№2(11).-С.4-41.

[2]Скобелкин В.Н.Трудовые правоотношения. – М.:Вердик. 1999.-С.5.

[3]Забоев К.И. О соотношении гражданско-правового и трудового договора //Юристь XXI: реальность и перспективы.Материалы Всероссийской научно-практической конференции. Екатеринбург, 2002.-С.145.

судебной практикой. Как показывает правоприменительная практика заключенные юридическим лицом договоры с физическими лицами обладают признаками трудового договора, если: а) производился учет рабочего времени физических лиц; б) оплата производилась за фактически проработанное время, а не по результатам выполнения работ, как это предусмотрено договором подряда; в) сторонами не составлялось никаких актов приема-передачи выполненных работ; г) имелись свидетельские показания физических лиц, заключивших указанные договоры, согласно которым работники выполняли трудовые функции; д) в договорах была указана специальность и разряд или квалификация по специальности физических лиц, что является обязательным для трудового договора и не предусмотрено для договоров подряда.

В то же время следует отметить, что в науке нет единого подхода и к определению предмета договора строительного подряда. Как правило, под предметом договора принято понимать результат работ, результат деятельности. Иногда предмет договора рассматривается как процесс деятельности подрядчика по возведению и сдачи объекта строительству. При этом наибольшее распространение получила теория «сложного предмета»[4] согласно которой предмет договора состоит из двух элементов: работ (процесса их выполнения) и результата работ(овеществленного объекта).

Следует напомнить то обстоятельство, что в условиях международного общения, возникновения частноправовых трудовых отношений с иностранным элементом в большинстве случаев зависит от публичного государственно-правового регулирования, поскольку именно оно составляет важную их предпосылку. Так, например, в настоящее время в РТ порядок доступа иностранной рабочей силы на национальный рынок труда регулируется согласно постановления Правительства РТ «Об утверждении Правил выдачи разрешения на работу иностранным гражданам и лицам без гражданства, которые осуществляют трудовую деятельность в Республике Таджикистан» от 31. 10. 2008г. Исходя из этого, нельзя не согласиться с мнением Л.П.Ануфриева, которая подчеркивает, что «в целом подобного рода требования, будь то общие или специальные, составляют содержание материально-правовых предписаний, имеющих публично-правовой аспект».[5] Как мы видим такого рода договор, регулирующий сферу труда

---

[4]Иоффе О.С. Избранные труды: в 4т. Т.3: Обязательственное право. СПб.:2004.-С.453.
[5]Ануфриева Л.П. Международное частное право. Особенная часть. М.:БЕК, 2000.-С.6.

иностранных работников, охватывает не только частноправовые аспекты, но включает в себя и нормы публично-правового регулирования.

Касаясь вопроса соотношения, в связи с этим следует отметить, что гражданское право регулирует имущественные отношения по поводу овеществленного труда, но не затрагивает отношений в самом процессе труда.[6]

По трудовому отношению, в отличие от гражданского, работник обязуется выполнить работу определенного рода, а не индивидуально определенную - конкретное задание; работник включается в личный состав коллектива организации, должен выполнять меру труда, подчиняться правилам внутреннего распорядка.[7] То есть отмечаются различия, как в предмете, так и в методе регулирования трудовых отношений, заключающиеся, в частности, во власти работодателя во время процесса труда, в его обязанности организовать труд и обеспечить его безопасные условия (это есть в трудовом, но не в гражданском отношении).

По мнению Л.А. Сыроватской, «трудовой договор является «водоразделом», с помощью которого ограничиваются трудовые отношения, составляющие предмет трудового права, от иных, тоже связанных с трудом, но регулируемых другими отраслями».[8] Однако, исходя из принципов и задач международного частного права, есть необходимость отдельно становиться на отличие трудового договора от договоров возмездного оказания услуг (гл. 37 ГК РТ), наиболее близкого трудовому. Надо иметь в виду, что разграничение договоров подряда и возмездного оказания берет свое начало в римском праве. Имеется в виду признание в качестве самостоятельной разновидности найма, в частности, locatio-conductiooperas (найма работ, ставшего подрядом) и locatio-conductiooperarum (найма услуг). Юридическим смыслом первого было получение экономического результата (opus). А договор услуг не имел этого качества. В данном случае locator (наемный работник) предоставлял свою рабочую силу (operal), а conductor (работодатель) использовал ее, оплачивая рабочее время. Неслучайно из договора услуг выделился личный наем, который в современном праве рассматривается в качестве особого трудового договора, в том числе и регулирующего трудовую деятельность субъектов миграционного процесса.

---

[6] Трудовое право России./Отв.ред. Р.З.Лившиц, Ю.П.Орловский.-М.,ИНФРА-М.:Норма, 1998.-С.23.
[7] Киселев И.Я. Трудовое право. Учебник. –М.: «Проспект», 1996.-С.19; Толкунова В.Н. Трудовое право.Курс лекций. –М.:ПроспектВелби, 2004.-С. 24.
[8] Сыроватская Л.А.Трудовое право.–М.: Юристь, 1998.-С. 141.

Трудовой договор и договор возмездного оказания услуг сближают действительно весьма существенные моменты, а именно: предмет договора как общее правило – не имеющую вещественную форму результат; предоставление услуг неотделимо от деятельности лица, предоставляющего услугу (ст. 797 ГК РТ). Попробуем провести различие этих договоров по их субъектам (сторонам) и содержанию, которые находят свое воплощение в нормах МЧП, регулирующих трудовые отношения. В трудовом договоре с одной стороны – как правило физическое лицо. Исключений быть не может. В договоре же услуг, если воспользоваться доводами самих цивилистов, в ГК РТ этот вопрос прямо не урегулирован (нет общих указаний).

Что касается гражданско-правовых договоров на выполнения работ или оказание услуг, то в этом случае стороной договора могут выступать юридические лица или индивидуальные предприниматели. Так, согласно ст.781 ГК РТ подрядчиком в государственном заказе на выполнения подрядных работ для государственных нужд могут быть юридические лицо или гражданин.

Согласно ч. 1 ст. 799 ГК РТ, личное исполнение обязательства возможно при определенных условиях. То есть при отсутствии в договоре возмездного оказание услуг иных указаний исполнитель обязан оказать предусмотренную договором услугу лично. В то время как исходя из ч. 3 ст. 790 ГК РТ, исполнение договора третьим лицом допускается. Однако из смыла ст. 26 ТК РТ вытекает, что работник может выполнять трудовые обязанности только лично.

В трудовом договоре это традиционно толкуется как подчинение правилам внутреннего трудового распорядка, власти работодателя, его хозяйской, как опять говорят, власти.

По мнению цивилистов, подчинение воле другой стороны вполне укладывается в рамки любого гражданско-правового обязательства вообще и гражданско-правового договора в частности. Но одновременно признается, хотя и не объясняется, что «в трудовом договоре это подчинение носит более широкий характер». Представляется, что волю и власть нельзя отождествлять. При всей со относимости данных понятий (власть без воли немыслима), воля заказчика направлена только на выполнение обязательства (договора), тогда как власть работодателя и организаторская, и дисциплинарная, и нормативная(в локальном смысле), ибо именно он, работодатель, несет полную ответственность за результат деятельности всей организации.

При этом есть различия и в оплате работы. Дело не в том, что в гражданском праве это называется ценой договора (ст. 424 ГК РТ). Не

вдаваясь в суть трудового правоотношения как имущественного либо неимущественного, отметим, что трудовой договор возмездный, безусловно. И хотя оплата труда работников носит по большей части (кроме бюджетников) договорный характер, природа этих договоров иная. Оплата труда - заработная плата - определяется, как правило, трудовым договором, актами социального партнерства: коллективными договорами, тарифными и иными соглашениями, что ничего общего с оплатой по гражданско-правовому договору не имеет.

При этом и индивидуальное регулирование не исключается. Кроме того, работодатель любой формы собственности обязан ориентироваться на минимальный размер оплаты труда, что безразлично гражданско-правовому договору.

Другая форма интернационализации гражданско-правовых договоров, попадающих в сферу регулирования материально-правовыми нормами МЧП трудовых отношений, осложненных иностранным элементом, заключается в понимании трудового договора как трудовой сделки со стороны работодателей для некоторых категорий рабочих-мигрантов (строителей, рабочих жилищно-коммунального комплекса).

Не удивительно поэтому, что и авторы, пишущие на темы трудового договора и трудовых сделок, ориентируются, в частности, на гражданско-правовые нормы о договорах и сделках. Так, А.С. Пашков называл трудовой договор консенсуальной сделкой,[9] в то время авторы «Курса российского трудового права» признают за выделением сделки - юридического факта общеправовое значение.[10]В то же время В.М. Лебедев характеризует трудовые сделки как односторонние, многосторонние; формы выражения воли как конклюдентные действия, молчание и т, д. - тоже в основном с позиций гражданского права. Тем не менее, в науке трудового права проблема трудового договора - сделки или трудовой сделки - вновь была поставлена сравнительно недавно, и разработанной ее вряд ли можно назвать.

До сих пор научно исследованной и законодательно урегулированной является лишь гражданско-правовая сделка (понятие, виды, условия действительности и т. д.). При этом следует отметить, что еще в конце XIX - начале XX в. юристы-ученые искали обоснование для общей теории договора. Известный русский цивилист Ю.С. Гамбаров писал, что «объективное право представляет часто и, особенно, в

---

[9]Пашков А.С. Правовое регулирование подготовки и распределение кадров (некоторые вопросы и практики).-Л.:1996.-С.137

[10]Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы общей части. –Томск.: Томский гос.пед.ун-т, 1998.-С.107

обязательственных отношениях, заинтересованным лицам почти полную свободу заключения сделок в отношении, как их формы, так и содержания, следует само собой, что самоопределение частной воли составляет самую характерную черту сделки», но методология подхода к вопросу на протяжении более чем века сохранилась: нужно общее учение о договорах, в том числе связанных с трудом.[11] Л. С. Таль, в свое время критически относившийся к этой идее, тем не менее, приводил слова немецкого ученого В. Эндемана, готового «воздать хвалу тому, кто взялся бы за выполнение этой задачи».[12]

Создание плодотворного учения о договорах в общеправовом, а не только отраслевом масштабе - идея не менее привлекательная. На основе такого учения у законодателя было бы гораздо больше возможностей посредством правового регулирования основных и принципиальных вопросов любого договора гибко, глубоко, изощренно, т. е. более адекватно воздействовать на ситуацию, используя достижения науки, законодательства, практики применения его разных отраслей. Идеи выдающихся цивилистов прошлого века, которые писали о создании такого учения, и сегодня звучат весомо и убедительно. Так, М. М. Агарков в статье, посвященной понятию сделки по гражданскому праву, писал, что «в тех случаях, когда положения о сделках (гражданских юридических актах) по аналогии применимы к другим сферам, чем сфера имущественных отношений, перед нами лежит путь к построению общей теории юридических актов. Разработка такой теории была бы значительным достижением науки общей теории права».[13]Р. О. Халфина высказывала аналогичное мнение: «...созрели условия для разработки общей теории договора, охватывающей применение данной право вой формы в различных областях жизни общества». Договор и сейчас остается гибкой правовой формой, в которую могут облекаться различные по характеру общественные отношения.[14]

В настоящее время В.М. Лебедев обосновывает необходимость обобщенной категории многообразных видов договоров (соглашений) в трудовом праве, которую он предлагает назвать трудовыми сделками или трудовыми актами.[15]Доказывая свою точку зрения, автор, в

---

[11] Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. - М., Зерцало, 2003.-С.688-689

[12] Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ч.1. Общие учения. –Ярославль.1913.-С. 45

[13] Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. Т.2.-М., АО «Центр Инфор» , 2002. –С. 357

[14] Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении//Советское государство и право. -1984. № 11.-С.29

[15] Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы общей части.-Томск: Томский гос. пед. ун-т, 1998.-С. 102-106.

частности, пишет, что «обеспечение процесса труда представляет собой цепь (систему) сделок», что перевод на другую работу - сделка, изменение существенных условий труда, разовое поощрение работника - тоже сделки.Трудовое право, продолжает он, напрасно обходит молчанием такие сделки, как повышение заработка в пред пенсионный период без изменения трудовой функции, уклонение от выплаты алиментов и налогов и т. д. Не оспаривая возможную перспективность самой идеи, заметим, однако, что последние примеры - это правонарушения, в то время как сделка считается правомерным действием. Что касается переводов и прочих сделок в процессе труда, то они, как представляется, вполне укладываются в категорию трудового договора. В то же время никакие сомнения совершенно не исключают целесообразность аналитической и конструктивной работы в этом направлении в рамках трудового договора.

По формальным признакам трудовой договор как будто и подпадает под понятие гражданско-правовой сделки (ст. 178 ГК РТ). Он - тоже действия, тоже - граждан и юридических лиц, в результате которых тоже возникают права и обязанности (конечно, трудовые). Но даже простое наложение формальных признаков сделки на трудовой договор обнаруживает определенное несоответствие. Так, трудовой договор никогда не может быть односторонней сделкой.

Трудовой договор как юридический факт в отличие от гражданско-правовой сделки (а в ст. 178 ГК РТ дано определение понятия сделки именно как юридического факта) является лишь правообразующим юридическим фактом. Изменение и прекращение предусмотрены законом для уже существующего трудового договора - правоотношения. Однако некоторые положения гражданского права применяются к трудовому отношению. В связи с этим нельзя отрицать существование некой презумпции межотраслевого или даже общеправового значения некоторых гражданско-правовых категорий, в том числе и сделки. Отчасти это, очевидно, объясняется исключительным значением самого гражданского права с его мощной многовековой теорией. Е.А. Суханов, поэтому поводу пишет: «Гражданское право составляет основу частноправового регулирования. Тем самым определяется его место в правовой системе как основной, базовой отрасли, предназначенной для регулирования частных, прежде всего, имущественных отношений. Из этого следует, что общие нормы и принципы гражданского права могут применяться для регулирования любых отношений, входящих в частноправовую сферу, если на этот счет отсутствуют прямые предписания специального законодательства (т.е. в субсидиарном

порядке)».[16] В то же время как представляется, к непосредственному применению норм гражданского права к трудовым отношениям есть определенные препятствия. Прежде всего, они в самом ГК. В отличие от ОГЗ 1991г. (п. 3 ст. 1), ГК РТ умалчивает о такой возможности. Так, согласно ч.1 ст. 1 ГК РТ семейные, трудовые отношения, отношения по использованию природных ресурсов и охране окружающей среды, отвечающие признакам, указанным в абзаце первом настоящей части, регулируются гражданским законодательством, если в законах о семье, трудовым, земельным и другим специальным законодательством не предусмотрено иное.

Что касается равенства в отличие от гражданско-правовой сделки в трудовых отношениях о равенстве можно говорить только как о формальном, и то в момент заключения трудового договора. То есть, по сути трудовой договор заключается между экономическими неравными, но юридически равноправными субъектами. Затем, то есть после заключение трудового договора их правовое положение заменяется на юридическое и фактическое неравенство после его вступления в силу. Автономия воли присутствует тоже лишь в юридическом смысле. Отсутствие имущественной самостоятельности работника как стороны трудового договора вообще является одной из характеристик наемного труда.

Своеобразие метода правового регулирования трудовых отношений, сочетающего свободу труда с императивным и коллективно-договорным регулированием, с одной стороны, смягчает неравенство сторон трудового договора), с другой стороны, препятствует применению норм гражданского права, по крайней мере, непосредственному, при отсутствии прямых предписаний специального законодательства.Так, в свое время Леон Дюги писал, что «коллективный договор составляет юридическую категорию, совершенно новую и совершенно чуждую традиционным рамкам гражданского права».[17] Да и ведь ГК не является модельным законом. Об этом свидетельствует и реформирование гражданского законодательства РТ.

Это говорить о том, что не всегда находятся четкие критерии, позволяющие отграничить гражданско-правовые от трудовых отношений. Наряду с признаками, характеризующих данные отношения в качестве трудовых – выполнения работы по штатной должности, подчинение внутреннему трудовому распорядку, имеются положения,

---

[16] Гражданское право. В 2 т. Т.1. /Отв.ред. Е.А. Суханов.-М.,БЕК, 2002.-С.23

[17]Дюги Л. Общие преобразования гражданского права. –М.: Гос. изд-во, 1908.-С.75

характерные для гражданско-правовых договоров. Например, за выполненную работу выплачивается не вознаграждение в форме заработной платы, а указанная цена договора.) В результате в правоприменительной практике суды выносят неоднозначные решения. В связи с этим возникает вполне закономерный вопрос: как устранить сомнения при рассмотрении судом споров об отношений, возникающих на основании гражданско-правового договора, трудовых отношений и в пользу чего они должны толковаться. Во избежание такой неопределенности следует внести изменение в ТК РТ положение о том, что неустранимые сомнения при рассмотрении судом споров о признании отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми отношениями должны толковаться в пользу наличие трудовых отношений. Это заключается в том, что вопросы, относящиеся к трудовым отношениям, не должны регулироваться гражданским законодательством. Ведь сфера действия гражданского законодательства - имущественные и связанные с ними неимущественные отношения, основанные как было указанно выше на равенстве, автономности воли и имущественной самостоятельности их участников; что касается сфера действия трудового законодательства- трудовые и непосредственно связные с ними отношения.

Таковы, на наш взгляд, различия указанных договоров по субъектам и содержанию, которые возникают в связи с регулированием трудовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Литература:

1. Дюги Л. Общие преобразования гражданского права. –М.: Гос. изд-во, 1908.
2. Димитрова С.А. Современные проблемы трудового договора// Вестник КазГУ. Серия юридическая.-1999.№2(11).
3. Скобелкин В.Н.Трудовые правоотношения. – М.:Вердик, 1999.
4. Забоев К.И. О соотношении гражданско-правового и трудового договора //Юристь XXI: реальность и перспективы.Материалы Всероссийской научно-практической конференции. Екатеринбург, 2002.
5. Иоффе О.С. Избранные труды: в 4т. Т.3: Обязательственное право. СПб.:2004.
6. Ануфриева Л.П. Международное частное право. Особенная часть. М.:БЕК, 2000.
7. Трудовое право России./Отв.ред. Р.З.Лившиц, Ю.П.Орловский.- М.,ИНФРА-М.:Норма, 1998.
8. Киселев И.Я. Трудовое право. Учебник. –М.: «Проспект», 1996.
9. Толкунова В.Н. Трудовое право.Курс лекций. –М.:ПроспектВелби, 2004.
10. СыроватскаяЛ.А.Трудовое право.–М.: Юристь, 1998.

11. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. Т.2.-М., АО «Центр Инфор» , 2002.
12. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении//Советское государство и право. -1984. № 11.
13. Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы общей части.-Томск: Томский гос. пед. ун-т, 1998.
14. Гражданское право. В 2 т. Т.1. /Отв.ред. Е.А. Суханов.-М.,БЕК, 2002.

Кодирқулов Х.Р.

Фишурда

Нақши шартномаҳои граждани - ҳуқуқӣ дар танзими муносибатҳои меҳнатӣ бо иштироки хориҷиён

Дар мақола дар асоси маводҳои илмӣ ва қонунгузории амалкунандаи Ҷумҳурии Тоҷикистон таносуби байни шартномаи меҳнатӣ ва граждани-ҳуқуқӣ оид ба татбиқи меҳнат бо иштироки хориҷиён мавриди баррасӣ қарор гирифтааст.

Кодиркулов Х.Р.

Аннотация

Роль гражданско – правовых договоров в регулировании трудовых отношений с иностранным участием

В статье на основе научной литературы и анализа действующего законодательства Республики Таджикистан рассматривается соотношение между трудовым договором и гражданско-правовым договором, применяемыми в сфере труда с иностранным участием.

Ckodirkulov H. R.

The summary

The role of civil – legal agreements in the regulation of employment relations with foreign participation

In this article, the correlation has been made between labor agreement and civil and legal agreement applicable in the field of labor with the involvement of foreign presence based on scientific sources and analysis of the existing legislation of the Republic of Tajikistan.

Мирзоев А.М.*

Теоретические проблемы признания Республикой Таджикистан обычаев делового оборота

Калидвожаҳо: анъанаҳои муомилоти корӣ, манбаҳои ҳуқуқ, эътирофкунӣ, муомилоти тиҷоратӣ, муносибатҳои шартномавӣ

Ключевые слова: обычаи делового оборота, источник права, признание, коммерческий оборот, договорные отношения

Key words: customs of the business exchange, source of law, recognition, commercial exchange, contractual relations

Современное состояние международного коммерческого оборота характерно быстрым темпом роста и прогресса в различных областях товарооборота. Это не оставляет без влияния ускорение данного процесса в отдельных странах. Данное явление способствовало углублению и развитию торговых партнерств хозяйствующих субъектов Республики Таджикистан (РТ) с зарубежными контрагентами в различных сферах предпринимательской деятельности. Коммерческий оборот не прекращается ни на миг. Он всегда нуждается в правовом регулировании, которое в действительности является центральным вопросом частного права в целом. Правовое регулирование коммерческого оборота осуществляется не только на основании *писаных законов*, но в данном процессе используются и *неписаные – то есть обычаи, в частности обычаи делового оборота,* вопрос применения которых является наиболее сложным по отношению к другим источникам права. В данной статье мы рассмотрим следующие основные теоретические вопросы обычаев делового оборота:

1) Теоретические вопросы определения обычаев делового оборота в системе источников права в РТ;

2) Вопросы признания РТ обычаев делового оборота в качестве источника права РТ.

При определении обычаев делового оборота как источника права РТ нужно исходить из формы и способов выражения норм права. То есть в какой форме можно видеть правовые нормы.

Еще в Древнем Риме идея о том, что норма права может быть выражена помимо словесной формы, нашла выражение в традиционном делении права на писанное и неписанное. Под писаным правом понимались в основном законы. Неписаное право употреблялось в качестве синонима обычая. Признавалось, что если правотворческая деятельность законодателя или судьи обязательно должна закончиться письменным актом, то норма,

---

* Ассистент кафедры международного права юридического факультета Таджикского национального университета. E - mail: amonullo. mirzoev@gmail. com

проявляющаяся сквозь цепь однородных поступков, возникает до и помимо письменного воплощения. «Прежний укоренившийся обычай заслуженно применяется как закон, и это право называется правом, установленным нравами. Ибо если сами законы связывают нас в силу лишь того, что они приняты по решению народа, то заслуженно и то, что народ одобрил, не записав, связывает всех. Ибо, какое имеет значение, объявил ли народ свою волю путем голосования или путем дел и действий. Поэтому весьма правильно принято, что законы отменяются не только голосованием законодателя, но даже молчаливым согласием всех путем неприменения» (Just., 84 dig., D.1, 3, 32, 1).[1]

Именно по их отношению к письменной форме римляне проводили отличие между leges как постановлениями народного собрания и обычаями предков (consuetudes). Таким образом, право, как и иные нормативные системы, существующие в обществе (мораль, религия и т.п.), не предполагает обязательного существования письменности. Это можно видеть на примере правовых обычаев, которые регулируют отношения наряду с другими источниками права.

Влияние правовых обычаев зависит от их специального качества в каждой конкретной правовой системе. К примеру, в романо-германской правовой семье они стоят ниже нормативно-правовых актов. Но в праве Африки они имеют большое влияние. По данным Г.И. Муромцева, в постсоветском гражданском законодательстве обычаи делового оборота признаются дополнительным источником права, в странах с дуализмом частного права влияние правовых обычаев приравнивается к законам, даже выше законов. При разрешении споров, возникших из коммерческих отношений, правовые обычаи имеют приоритет перед гражданскими законами (Франция, Германия). В некоторых странах правовые обычаи приравниваются к законам даже в других сферах правовой жизни общества.[2]

В Швейцарии и Греции также законы и обычаи имеют равную юридическую силу как источник права.[3]

Следует отметить, что хотя государства не принимают непосредственное участие в создании обычаев, последние оказали большое влияние на формирование новых институтов и даже отраслей частного права. В частности, вексельное право целиком выросло из lex mercatoria, из обычаев купцов и банкиров средневековой Европы.

В правовой системе РТ обычаи делового оборота как правовые обычаи признаются источником права наряду с другими источниками, признаваемыми государством. Это объясняется тем, что государство

---

[1] Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997. С. 168.

[2] Муромцев Г.И. Источники права // Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / под общ. ред. д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. М.: НОРМА, 2004. С. 269.

[3] Р. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1998. С. 94.

допускает применения правовых обычаев, в частности обычаев делового оборота. Правовые обычаи, как и другие источники права, в нашей правовой системе связываются с государством. Если нормативные правовые акты издаются государством, то правовые обычаи появляются и развиваются вне зависимости от государства, но в любом случае признаются государством путем указания на их действие в законе. В обоих случаях, как нормативный правовой акт, так и правовые обычаи являются формой выражения воли государства, другими словами, они не должны противоречить интересам и воле государства.

Признание РТ обычаев делового оборота утверждается легальным указанием на их действие в Гражданском кодексе РТ (далее – ГК РТ). Прежде чем раскрыть положение норм данной статьи, следует отметить, что в отношении данного термина существуют различные мнения среди ученых. Так, И.Б. Новицкий употребляет термин «обычаи гражданского оборота» в качестве синонима «делового обыкновения».[4] С.С. Алексеев называет обыкновения обычаями.[5] В западной литературе часто используется другое наименование того же деления: обычай нормативный (usage normative) – обычай договорной (usage contractual).[6] В данной работе мы будем использовать термин «обычаи делового оборота», как это употребляется в гражданском законодательстве РТ.

Обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе (ст. 5 ГК РТ).

Из содержания ст. 5 ГК РТ вытекает, что обычаи делового оборота это:

1) Правила поведения участников гражданско-правовых отношений;
2) Существующие и широко применяющие правила в какой-либо области предпринимательской деятельности.

Эти признаки подтверждаются и в юридической литературе. В частности Рамзайцев Р.Ф. отмечает, что под торговым обычаем надлежит понимать сложившееся в торговом обороте единообразное правило, заключающее в себе совершенно определенное положение по вопросу, которого оно касается.[7] Возникает вопрос, насколько оно должно применяться, и кем должен быть применяем обычай делового оборота, чтобы он стал широко применяемым? В ответ на данный вопрос следует сказать, что это исторически сложившееся правило поведения, содержащееся в сознании людей (в нашем случае предпринимателей) и вошедшее в (их)

---

[4] Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1959. С.67.
[5] Алексеев С.С. Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права. Курс лекций в 2-х томах. Т.1. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. Т.1. С.79.
[6] Beinbridge S. Trade Usage in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions // Virginia J. of Int. Law. 1984. № 24. P.661.
[7] Рамзайцев Р.Ф. О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи. М., 1958. С. 6.

привычку».[8] Это означает, что обычаи делового оборота должны быть всем известны. Но следует согласиться и с тем, что существование универсального обычая, который признавался и применялся бы всеми в разнородном обществе, является проблемным вопросом. Отсюда еще одно качество обычая делового оборота – ограниченный характер действия, его партикуляризм. Так, например, обычаи делового оборота в торговле текстилем мало интересует продавца стали. Тем самым следует сказать, что коммерческий оборот может ввести новые обычаи делового оборота, причем тоже можно согласиться на использование их в качестве правового регулятора договорных отношений хозяйствующих субъектов. Но при этом следует иметь в виду, что сами по себе, взятые отдельно, действия участников гражданского оборота не могут служить знаком появления нового стандарта поведения. Необходимо, чтобы они составляли систему повторяющихся однообразных действий.

Таким образом, обычаи делового оборота – это результат коллективного творчества. То есть это «дело рук» предпринимателей. Для их формирования недостаточно единоличного акта, подобного изданию закона или принятию судебного решения. Они нуждаются в постоянном, неоднократном повторении. Причем субъектом такого повторения не может быть одно лицо. В противном случае это признается индивидуальной привычкой, а не социальной нормой. Обычаи делового оборота вырабатываются и поддерживаются коллективно, то есть создаются анонимно.

3) Подобные правила поведения не предусмотрены законодательством: это, прежде всего, потому, что закон только указывает на правило обычаев делового оборота. А в случае закрепления их в законодательстве они окажутся нормами закона и утратят свою самостоятельность как источник права. Это отвергает мнение ученых о том, что «правовыми являются те обычаи, которые закреплены в законодательстве».[9]

4) Обычаи не обязательно зафиксировать в каком-либо документе. Обычаям делового оборота в отличие от законов необязательно существовать в письменной форме. Несмотря на это, мы не можем сказать, что обычаи делового оборота не могут быть представлены в письменном виде. Примером письменной формы являются, например, торговые правила, закрепленные в ИНКОТЕРМС.

В юридической литературе также указывается и на другие качества обычаев делового оборота. Так, И.И. Камолов отмечает, что обычай делового оборота служит одним из условий применения аналогии гражданского закона.[10] По нашему мнению, данное суждение является спорным, поскольку обычаи делового оборота не могут стать условием применения аналогии гражданского закона. Наоборот, обычаи делового оборота регулируют

---

[8] Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М. 2004. С. 289.
[9] Сативалдыев Р.Ш. Теория государства и права. Душанбе, 2003. С. 256.
[10] Камолов И.И. Источники права Республики Таджикистан. Душанбе, 2012. С.141.

конкретные правоотношения сторон в коммерческом обороте непосредственно. Аналогия закона (применение норм гражданского законодательства, регулирующих сходные отношения) допускается в силу ч. 1 ст. 6 ГК РТ, если соответствующие отношения не урегулировались законодательством или соглашением сторон и отсутствуют применимые к ним обычаи делового оборота.

Нужно отметить, что сфера применения обычаев делового оборота необычайно широка. Гражданское законодательство страны закрепляет ряд положений, указывающих на применение обычаев делового оборота, в частности, в ст. 330, 332, 333, 337, 339, 453, 463 ГК РТ.

Согласно указанным нормам обычай делового оборота служит условием исполнения обязательств, исполнения обязательств по частям, досрочного исполнения обязательств, места исполнения обязательств, определения условий договора, основания толкования договора.

В части второй ГК РТ также предусматривается применение обычаев делового оборота. Это, например, ст. 495, п. 2 ст. 510, ст. 514, п.1 ст. 544, ст. 547, п. 2 ст. 548.

Так, в ст. 930 ГК РТ содержится следующее положение:

Принятое на себя поручение комиссионер обязан исполнить в соответствии с указаниями комитента, а при отсутствии в договоре таких указаний - в соответствии *с обычаями делового оборота* или иными обычно предъявляемыми требованиями, на наиболее выгодных для комитента условиях.

Таким образом, для применения обычаев делового оборота, как отмечает Р.Ш. Сативалдыев государство должно признавать их, в противном случае они не приобретают качество правового и не могут быть признаны в качестве источника права.[11] В правоприменительной практике может возникнуть вопрос о выявлении факта существования конкретных обычаев делового оборота. Это объясняется тем, что обычаи делового оборота в отличие от нормативно-правовых актов формируются не государством. Такое суждение также применимо в отношении международно-правовых актов, признанных РТ, поскольку ГК РТ допускает применение норм международно-правовых актов к гражданским правоотношениям (ч. 2 ст. 7 ГК РТ). Обычаи делового оборота, в частности международные обычаи, как и международно-правовые акты, не являются источником права в смысле формы права в РТ, а являются источником права в смысле правового регулятора гражданско-правовых отношений. Исходя из этого, в практике обычно возникает вопрос о том, существует ли тот или иной обычай в деловом обороте между субъектами гражданского оборота или нет, то есть, признан он государством или нет? Поскольку государством только указывается на них, и они не зафиксированы в том или ином нормативно-

---

[11]Сативалдыев Р.Ш. Проблемы теории государства и права: учебник (на тадж. яз.) в 2-х томах. Том. 2. Душанбе: «Империал-Групп», 2010. С. 382.

правовом акте, установление факта их наличия в деловом обороте субъектов коммерческих отношений является более сложным вопросом теории и практики правоприменения.

Сторонам договорных отношений законодательно дается возможность указать в договоре на применение к их отношениям известных обычаев делового оборота. Такое указание может осуществляться путем использования, например, принятых в международном обороте торговых терминов. В данном случае согласно ч. 7 ст. 1219 ГК РТ, если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, то при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев делового оборота, существующих в отношении соответствующих торговых терминов.

Из положения данной нормы следует, что:

1) Законодатель дает возможность сторонам закрепить в договоре правило обычаев делового оборота путем использования торговых терминов;
2) Стороны могут в самом договоре указать значение использованных терминов;
3) Если стороны не указали значение терминов, то считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев делового оборота, существующих в отношении соответствующих торговых терминов.

Так, Ф.С. Сулаймонов при комментировании данной статьи приводит следующий пример: если договор заключен с условием CAF и в договоре отсутствует положение, дающее возможность определить значение данного термина, то в данном случае необходимо будет руководствоваться значением данного термина, которое предусмотрено в тексте ИНКОТЕРМС.[12]

Таким образом, суд или другой правоприменительный орган при рассмотрении подобных случаев должен исходить из содержания правила, закрепленного в данной статье. Ситуация становится иной, если стороны не указали в договоре о применении конкретных обычаев делового оборота, а Гражданский кодекс допускает их применение к данным отношениям.

В данном случае суд или другой правоприменительный орган должен найти и определить обычаи делового оборота, применяемые в договорной практике сторон. При этом первостепенное значение суд или другой правоприменительный орган должен придавать зафиксированным обычаям делового оборота, поскольку наличие и интерпретация их содержания по сравнению с незафиксированными обычаями является более удобной и представляется не такой уж сложной. Поэтому существование зафиксированных обычаев делового оборота намного упрощает работу правоприменительных органов и ускоряет процесс разрешения возникших споров. Конечно, в этих случаях стороны также имеют право привести свои

---

[12]Сулаймонов Ф.С. Международное частное право: комментарий к разделу VII Гражданского кодекса Республики Таджикистан / под. ред. д.ю.н. проф. Ш. Менглиева. Душанбе: Истеъдод, 2011. С. 109.

доводы относительно существования других обычаев делового оборота, кроме зафиксированных, но только обязаны доказать их в судебном процессе.

В бывшем СССР действовал Сборник морских обычаев, зафиксированных Всесоюзной торговой палатой СССР. В юридической литературе по поводу применения обычаев, зафиксированных в свое время Всесоюзной торговой палатой СССР пишут: «Факт существования обычая и его содержание в каждом случае устанавливается судом или Морской арбитражной комиссией, рассматривающими дело. В процессе установления стороны не лишены права доказывать существование иных обычаев, по сравнению с зафиксированными Всесоюзной торговой палатой обычаями».[13]

Современной практике коммерческого оборота известны унифицированные правила обычаев делового оборота, которые подготавливаются такими международными институтами как ЮНСИТРАЛ, ЕС, МТП и т.д.

«Такие международные институты подготавливают конвенции, формулируют правила для использования партнерами по договору, участвуют в других видах деятельности по гармонизации. Такие организации называются формулирующими».[14]

В частности в качестве унифицированных правил обычаев делового оборота рассматриваются в первую очередь публикации такой влиятельной организации, как Международная торговая палата.[15] Среди них можно назвать Международные правила толкования торговых терминов (ИНКОТЕРМС) в редакции от 2010 г.; Унифицированные обычаи и практики для документарных аккредитивов; Унифицированные правила по договорным гарантиям; Унифицированные правила по инкассо торговых документов и др.

В большинстве таких правил подчеркивается их необязательность для сторон и предусматривается их действие только в случаях, прямо предусмотренных в договоре.

Следует отметить, что унификаторы настойчиво предлагают участникам оборота новые модели поведения. Как отмечает К.М. Шмитгофф, единообразные правила могут иметь силу закона, иногда же они подлежат применению, только если приняты сторонами договора.[16]

В свете сказанного следует рассматривать значение постановления Правления Торгово-промышленной палаты РФ от 28 июня 2001г., которое

---

[13] Новицкий И.Б. Указ. соч. С. 70.

[14]Шмитгофф К.М. Экспорт: право и практика международной торговли / пер. с англ. М.: Юридическая литература, 1993. С.46.

[15]Международная торговая палата (МТП) (англ. *International Chamber of Commerce – ICC*) - независимая некоммерческая международная организация, созданная в 1919 году и объединяющая в настоящее время тысячи предприятий, ассоциаций и компаний из 140 стран мира, способствующая решению наиболее актуальных проблем, стоящих перед бизнесом. Штаб-квартира организации находится в Париже.

[16] Шмитгофф К.М. Указ соч. С. 46-55.

правилам ИНКОТЕРМС в редакции 2000 г. придало статус торгового обычая. Речь в данном случае следует вести об установлении своего рода презумпции (вполне опровержимой) существующих торговых обычаев.

Действительно, действующие в редакции 2000г., правила ИНКОТЕРМС представляют собой кодификацию наиболее часто встречающихся в практике заключения договоров международной купли-продажи товаров, базисов поставки, объединенных в рамках данного сборника в 13 торговых терминов. «Такие термины, став обычаями в международной торговле, в известной степени упростили и стандартизировали продажу товаров за рубеж»,[17] а равно облегчили процедуру заключения и исполнения международных коммерческих контрактов, минимизировав существовавшие до принятия сборника разногласия в интерпретации и толковании международных торговых обычаев и обыкновений.

Выступая уникальным в своем роде негосударственным кодификационным актом международного характера, правила ИНКОТЕРМС получили всеобщее признание в среде предпринимателей, осуществляющих внешнеторговую деятельность. Не случайно в ряде зарубежных стран (например, в Испании, Ираке, Украине) данным Правилам была придана юридическая сила закона.

Исходя из особой значимости зафиксированных обычаев делового оборота, целесообразно, чтобы Торгово-промышленная палата РТ признала ИНКОТЕРМС в редакции от 2010г. в качестве торговых обычаев. Это способствовало бы должному регулированию договорных отношений сторон, использовавших обычаи делового оборота, а также более удобному пониманию содержания правил обычаев делового оборота правоприменительными органами.

После их признания РТ возникает вопрос о месте подобных международных торговых обычаев в правовой системе страны и соотношении их с другими источниками права. Как известно, обычаи делового оборота в системе источников права стоят после законов и подзаконных актов. Кроме того, условием их применения согласно ч. 2 ст. 5 ГК РТ является их соответствие с обязательными положениями законодательства и договора для сторон.

К примеру, если в договоре сторон прямо предусмотрены порядок, условия и способ исполнения обязательства, то они должны исполняться именно в этом порядке и условиях, этим способом, даже если в этой области предпринимательского права существует иная традиция исполнения этого обязательства. Обычай делового оборота в данном случае не применяется.[18]

---

[17]Шмиттгофф К.М. Указ. соч. С. 14.

[18]Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Таджикистан Части первой (постатейный) с использованием судебной практики. Коллектив авторов. Душанбе, 2004. С. 26.

Такое понимание, как отмечает профессор Ш. Менглиев, наиболее полно отражает сущность обычаев делового оборота как правового явления и отличает его от норм закона. В то же время, они признаются как нормы, опосредствующие поведение субъектов, в дополнение к закону в тех случаях, когда соответствующее предписание в законе вообще отсутствует, или оно недостаточно полно.[19]

Данный вопрос, как видно, разрешен на законодательном уровне. Но как нам быть в вопросе о соотношении обычаев делового оборота, подготовленных международными институтами и внутренних обычаев делового оборота. По данному вопросу следует обратиться к положениям самих международных документах.

В комментариях Принципов международных коммерческих договоров (Принципов УНИДРУА) предусматривается, что нормы международных обычаев превалируют над местными и национальными. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи 1980 г. предусматривает подчинение сторон любым обычаям, относительно которых они договорились, и практике, которую они установили в своих взаимных отношениях. А также при отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать, и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли.

Таким образом, придание обычаям делового оборота силы источника права исключает основную догму юридического позитивизма (только государство может создавать право) и тем способствует адекватному регулированию правоотношений сторон в международном коммерческом обороте, а также отвечают требованиям современной договорной практики хозяйствующих субъектов.

Литература:

1. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права. Курс лекций в 2-х томах. Т.1. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та 1972. Т.1.
2. Камолов И.И. Источники права Республики Таджикистан. Душанбе, 2012.
3. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Таджикистан. Часть первая (постатейный) с использованием судебной практики / коллектив авторов. Душанбе, 2004.
4. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М., 2004.
5. Менглиев Ш. Международное частное право: учебник. Душанбе: Типография Таджикского национального университета, 2013.

[19] Менглиев Ш. Международное частное право: учебник. Душанбе: Типография ТНУ, 2013. С.109.

6. Муромцев Г.И. Источники права // Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / под общ. ред. д.ю.н., проф. В.С. Нерсесянца. М.: НОРМА, 2004.
7. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1959.
8. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997.
9. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1998.
10. Рамзайцев Р.Ф. О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи. М., 1958.
11. Сативалдыев Р.Ш. Проблемы теории государства и права: учебник (на тадж. яз.) в 2-х томах. Т. 2. Душанбе: Империал - Групп, 2010.
12. Сативалдыев Р.Ш. Теория государства и права. Душанбе, 2003.
13. Сулаймонов Ф.С. Международное частное право: комментарий к разделу VII Гражданского кодекса Республики Таджикистан / под ред. д.ю.н. проф. Ш. Менглиева. Душанбе: Истеъдод, 2011.
14. Шмиттгофф К.М. Экспорт: право и практика международной торговли / пер. с англ. М.: Юридическая литература, 1993.
15. Beinbridge S. Trade Usage in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions // Virginia J. of Int. Law. 1984. № 24.

Мирзоев А.М.

Фишурда

Масъалаҳои назариявии аз ҷониби Ҷумҳурии Тоҷикистон эътирофшудани анъанаҳои муомилоти корӣ

Дар мақолаи мазкур аҳамияти анъанаҳои муомилоти корӣ ва нақши манбаи ҳуқуқ будани он дар мавриди эътирофи расмии Ҷумҳурии Тоҷикистон мавриди назарбинӣ шудааст.

Мирзоев А.М.

Аннотация

Теоретические проблемы признания Республикой Таджикистан обычаев делового оборота

В статье анализируются теоретические вопросы определения обычаев делового оборота в системе источников права в Республике Таджикистан, а также вопросы признания их в качестве источника права Республики Таджикистан.

Mirzoev A.M.

The summary

The theoretic problems of the recognition of the customs of the business exchange by the Republic of Tajikistan

The article maintains an analysis of the theoretic problems of the definition of the business exchange in the system of law of the Republic of Tajikistan and also the problems of their recognition as the source of law of the Republic of Tajikistan.

V. Правила для авторов

Порядок рецензирования статей, предоставляемых в научно – информационный журнал «Правовая жизнь»

Статьи, поступающие редакцию, проходят предварительную экспертизу (проводится членами редколлегии – специалистами по соответствующей отрасли науки) и принимаются в установленном порядке. Требования к оформлению оригинала статьей приводятся в «Правилах для авторов», публикуемых в каждом номере журнала.Если рукопись принята, то редакция сообщает автору замечания по содержанию и оформлению статьи, которые необходимо устранить до передачи текста на рецензирование. Затем статьи рецензируются в обязательном порядке членами редколлегии журнала или экспертами соответствующей специальности (кандидатами и докторами наук).

Рецензия должна содержать обоснованное перечисление качеств статьи, в том числе научную новизну проблемы, её актуальность, фактологическую и историческую ценность, точность цитирования, стиль изложения, использование современных источников, а также мотивированное перечисление её недостатков. В заключении дается общая оценка статьи и рекомендации для редколлегии – опубликовать статью, опубликовать её после доработки, направить на дополнительную рецензию специалисту по определенной тематике, отклонить. Объем рецензии – не менее одной страницы текста.

Статья, принятая к публикации, но нуждающаяся в доработке, направляется авторам с замечаниями рецензента и редактора. Авторы должны внести все необходимые исправления в окончательный вариант рукописи и вернуть в редакцию исправленный текст, а также его идентичный электронный вариант вместе с первоначальным вариантом рукописи. После доработки статья повторно рецензируется и редколлегии принимает решение о её публикации. Статья считается принятой к публикации при наличии положительной рецензии и если её поддержали члены редколлегии. Порядок и очередность публикации статьи определяется в зависимости от даты поступления её

окончательного варианта. Рецензирование рукописи осуществляется конфиденциально. Разглашение конфиденциальных деталей рецензирования рукописи нарушает права автора. Рецензентам не разрешает снимать копии статей для своих нужд. Рецензенты, а также члены редколлегии не имеют права использовать в собственных интересах информацию, содержащуюся в рукописи, до её опубликования.

Қоидаҳо барои муаллифон

1. Дар маҷаллаи «Ҳаёти ҳуқуқӣ» мақолаҳое чоп мешаванд, ки натиҷаи тадқиқоти илмҳои ҳуқуқшиносӣ мебошанд.
2. Мақолаҳо бо тавсияи яке аз аъзои ҳайати таҳририя барои чоп қабул мешаванд ва ба талаботҳои зерин бояд ҷавобгӯ бошанд.
3. Ҳаҷми мақолаҳо набояд аз як ҷузъи чопи (то 16 саҳифаи компютерӣ) зиёд бошад, расмҳо, ҷадвалҳо, нақшаҳо ва матни хулоса, ки дар охири мақола ҷой дода мешаванд, ба ҳамин ҳаҷм дохиланд.
4. Ба мақола роҳхати муассиса (барои муаллифони берун аз ДМТ, пешниҳоди Шӯъбаи дахлдор, хулоса, калидвожаҳо (ба забонҳои тоҷикӣ, англисӣ ва русӣ) дар ду нусха, бо нишондоди номи мақола, ном ва фамилияи муаллиф замима мешавад.
5. Мақола дар як нусхаи чопӣ ва чопи электронӣ қабул карда мешавад. Мақола дар компютер бояд танҳо аз як тарафи қоғаз, бо фосилаи 1,5 (андозагӣ) чоп шавад.Ҳошия аз тарафи чапи матн бояд 4-см-ро ташкил намояд. Варақҳо бояд саҳифабандӣ шаванд.
6. Дар охири мақола баъд аз хулоса рӯйхати адабиёти истифодашуда чоп мешавад, баъд аз ин аз тарафи чап номи муассисае, ки мақоларо пешниҳод намудааст, маълумот дар бораи муаллиф, телефон ва имзои муаллиф дарҷ мешавад.
7. Дар сурат омода намудани рӯйхати адабиёти истифодашуда шартҳои зерин бояд риоя шаванд:

а) барои китобҳо - фамилия ва номи муаллиф, номи пурраи китоб, ҷои нашр, соли нашр, рақами ҷилд, саҳифа;

б) барои мақолаҳои маҷаллаҳо ва маҷмӯаҳо – фамилия ва номи муаллиф, номи мақола, номи маҷалла ва ё маҷмӯа, соли нашр, рақам ва саҳифа (барои маҷаллаҳо); рақами ҷилд, ҷои нашр, соли нашр ва саҳифа (барои маҷмӯаҳо).

Дар сурати такрори истинод ихтисорҳои муқаррарӣ ҷоиз аст.

8. Агар дар матн ҷадвал овардашуда бошад, онро дар ду нусха чоп карда, саҳифаро нишондода, ба мақола замима кардан лозим аст.
9. Агар мақола барои дохилнамудани тағйироти ҷиддӣ, дигар гунӣ ва ё ихтисор ба муаллиф баргардонда шавад, таърихи пешниҳоди он рӯзи гирифтани нусхаи охирини вай ба ҳисоб меравад.
10. Ҳайати таҳририя ҳуқуқ дорад, ки бо розигии муаллиф мақолаҳоро ихтисор намояд.
11. Барои интишори дастхати аспирантон маблағ ситонида намешавад.

12. Мақолаҳое, ки ба ин қоидаҳо ҷавобгӯ нестанд пазируфта намешаванд.

Правила для авторов

1.В журнале «Правовая жизнь» печатаются статьи являющиеся результатом научных исследований по юридическим наукам.
2.Статьи принимаются к печати по рекомендации одного из членов редколлегии в соответствии с настоящими правилами.
3.Объем статьи не должен превышать одного п.л. (до 16 станиц) компьютерного текста, включая в этом объеме рисунки, таблицы, графики, текст аннотации и ключевые слова, приводимой в конце статьи. Объем аннотации – не более 0,5 страницы. Три рисунка считаются за одну страницу.
4.К статье прилагаются направление от учреждения (для внешних авторов), рецензия соответствующего Отдела, аннотации и ключевые слова (на таджикском, русском и английском языках) в двух экземплярах, с указанием названия статьи, инициалов и фамилии автора.
5.Статьи принимается в одном экземпляре в текстовом и в электронном вариантах. Статья быть напечатана на компьютере с одной стороны листа, через 1,5 (полуторный) интервала. Слева от текста следует оставлять поля (4 см.). Страницы должны быть пронумерованы.
6.В конце статьи после текста, аннотации дается список использованной литературы, слева указываются название учреждения, представляющего статью, а также сведения об авторе, телефон и подпись автора (авторов).
7. При оформлении список использованной литературы следует указат:
А) для книг – фамилия и инициалы автора, полное названия, место издания, издательство, год издания, номер тома, страницу;
Б) для журнальных статьей и сборников – фамилию и инициалы автора, название статьи, название журнала или сборника, год издания, номер и страницу (для сборника). При повторной ссылке на литературу допустимы общепринятые сокращения.
8.К имеющимся в тексте таблицам необходимо отпечатать дубликаты и приложить к статье с указанием страницы, к которой таблица относится.
9.В случае возращения статьи автору для существенных исправлений или для ее окончательного редактирования, они должны внести все необходимые исправления в окончательный вариант рукописи и вернуть в редакцию исправленный текст, а также его идентичный электронный вариант вместе с первоначальным вариантом рукописи.
10.Редакция оставляет за собой право производить сокращения и редакционные изменения рукописей.
11. Плата за опубликование рукописей аспирантов не взимается.
12. Статьи, не соответствующие настоящим правилам не принимаются.