

Главный редактор

Доктор юридических наук,
доктор философских наук, профессор
Рыбаков Олег Юрьевич

Шеф-редактор

Григорий Иванович Макаренко

Учредитель и издатель

Федеральное бюджетное учреждение
«Научный центр правовой информации»
при Министерстве юстиции
Российской Федерации

Журнал входит в перечень научных изданий ВАК,
в систему Российского индекса научного цитирования
(РИНЦ) и международную систему научного цитирования
CrossRef (DOI).

Отпечатано в РИО ФБУ НЦПИ при Минюсте России
Печать цветная цифровая
Подписано в печать 25.10.2018
Тираж 100 экз. Цена свободная

Адрес редакции:
125437, Москва, Михалковская ул.,
65, к.1

Телефон: +7-495-539-2529

E-mail: monitorlaw@yandex.com

Требования, предъявляемые к рукописям,
размещены на сайте журнала

<http://uzulo.su/mon-prav>

СОДЕРЖАНИЕ

Теория и методология правовой науки

Конституционное правоприменение и его ценностная
составляющая 4
Мурашко Л. О.

Субъективные публичные права: некоторые аспекты
происхождения и содержания 9
Хорунжий С. Н.

Прокурорский надзор

Мониторинг правоприменения в избирательной сфере
и работа органов прокуратуры 16
Какителашвили М. М.

Финансовое право

Государственные контракты: бюджетно-правовые
основы или «барьеры»? 27
Поветкина Н. А.

Уголовное право и криминология

Потребности дифференциации ответственности
за различные виды насилия 32
Потёмкина А. Т., Цопанова И. Г.

Правоохранительная деятельность

Официальное предостережение как эффективное
средство предупреждения правонарушений: вопросы
правового мониторинга 36
Степаненко Р. Ф., Шляхтин Е. П.

Внутрисистемные коллизии уголовно-правовых
новелл, направленных на профилактику
криминальных суицидов в России 41
Смирнов А. М.

Социологический мониторинг

Мониторинг проблем социальной защиты
многодетных семей (социологический анализ) 44
Мальшиев М. Л., Успенская Т. Н.

Вопросы судебной деятельности

Профессиональная культура судьи как вид
профессиональной правовой культуры 52
Шаруева Н. В.

ДОКЛАД

о результатах мониторинга правоприменения
в Российской Федерации за 2017 год 56

ABSTRACTS, KEYWORDS AND REFERENCES 77

Субъективные публичные права: некоторые аспекты происхождения и содержания

Хорунжий С. Н.¹

Ключевые слова: публичное право, частное право, субъективное право, субъективное гражданское право, правовой баланс, дискреционные полномочия, противодействие коррупции, усмотрение, государственная (муниципальная) служба, полномочия, компетенция, секундарные права.

Аннотация. Цель настоящей работы — определить юридическое содержание правовой категории «субъективное публичное право», ограничить от смежных правовых понятий и отраслевых институтов публичного и частного права.

Метод исследования — сравнительный анализ отраслевого законодательства, норм частного и публичного права, ретроспективный и юридико-догматический подход в исследовании развития правовых норм и институтов.

Полученные результаты. В работе впервые исследуются субъективные публичные права и субъективные гражданские права во взаимосвязи частного и публичного права на основе правового баланса защищаемых ценностей и законных интересов. В представленной части исследования установлено и продемонстрировано наличие собственного самостоятельного юридического содержания исследованной категории «субъективное публичное право», не являющегося эквивалентом субъективного гражданского права в отраслях частного права; указана недопустимость действий «по собственному усмотрению» в деятельности должностных лиц и органов публичной власти, исключительность применения дискреционных полномочий, исключающих проявление коррупции.

DOI: 10.21681/2226-0692-2018-3-09-15

Выделение субъективных публичных прав в качестве самостоятельной юридической категории можно обнаружить уже в работах учёных конца XIX века. Закономерность постановки вопроса о наличии таких прав логически вытекает из признания в частном праве существования субъективных гражданских прав, что в силу известного дуализма должно предполагать существование аналогичных конструкций в сфере публичного права. Всё это послужило основанием как для аргументации самостоятельной юридической природы субъективных публичных прав, так и для последующей их систематизации в группы — например, субъективные публичные права в политической сфере, субъективные публичные права в экономической сфере и другие.

Исходя из конституционного баланса частных и публичных начал, обоснованность существования субъективных публичных прав (далее также — СПП) как возможной формы его проявления нуждается в подробном рассмотрении. Причина состоит в том, что зачастую в научной литературе существование субъективных публичных прав презюмируется как юридически очевидное явление, закономерно вытекающее либо из существования частного и публичного права, либо как логически корреспондирующая категории субъективно-

го гражданского права или же как особый вид судебной компетенции — административных судов.

Среди первых российских исследований, в которых затрагивается вопрос о существовании субъективных публичных прав, можно, в частности, привести работы А. И. Елистратова, Б. А. Кистяковского, Н. М. Коркунова, А. М. Кулишера, А. А. Рождественского, Г. Ф. Шершеневича и др. Отметим, что источником для обоснования идеи субъективных публичных прав послужили прогрессивные работы европейских правоведов: Г. Еллинек, Бартелеми, Дюги, О. Майера, Л. Мари, Г. Мейера, О. Мюллера и др. В современной российской юридической науке вопрос о признании субъективных публичных прав поднимали, в частности, А. Б. Зеленцов, Г. В. Мальцев, Ю. Н. Стариков, Э. В. Талапина, В. А. Федосенко и др.

На протяжении сравнительно короткого периода правовая идея о самостоятельности субъективных публичных прав претерпела существенные изменения. К субъективным публичным правам предлагали, в частности, относить: права государства; права публичных и частных союзов; политические права (Г. Еллинек); право на публичные услуги и политические права (А. И. Елистратов); право на обжалование результатов выборов, как элемент объективной юрисдикции (А. М. Кулишер);

¹ Хорунжий Сергей Николаевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры «Гражданского права и процесса» юридического факультета Воронежского государственного университета, Российская Федерация, Воронеж.
E-mail: snhor@mail.ru

право на гражданство (Лонинг); право публичных служб (услуг); публичные вещные права (О. Майер); права на услуги государства (права публичных служб) и политические права, например, права участия населения в «государственном властвовании» (А. А. Рождественский).

Анализ разнообразных воззрений на содержание субъективного публичного права позволяет выделить три основных доминанты, вокруг которых в современной правовой доктрине выстраивается основная аргументация признания субъективного публичного права:

- ▶ субъективное публичное право как производное (атрибут) статуса государственного гражданского служащего;
- ▶ субъективное публичное право гражданина на участие в публичной (общественной, социальной, государственной) жизни;
- ▶ субъективное публичное право как элемент логически вытекающий из дихотомии существующих форм судопроизводства (наличие гражданско-правовых исков требует (якобы) признания административных исков и, следовательно, административного суда).

В настоящей статье исследуем первую группу, в рамках которой субъективное публичное право рассматривается по аналогии с субъективным гражданским правом, но применительно к особому субъекту общественных отношений — государственной гражданской (муниципальной) службе. Некоторое обобщение выдвигаемых в научной среде от сторонников данной группы аргументов приводит нас к упрощённому пониманию субъективного публичного права как особого права, носителем которого является только публичное лицо (государственный или муниципальный служащий либо лицо, замещающее государственную или муниципальную должность). Уместность подобного «октроирования» публичного правомочия как продолжения компетенции государства и императора вполне допустима для исторических типов известных государств прошлого. Обоснованность же аргументации подобных конструкций с точки зрения настоящего времени и современной правовой доктрины нуждается в более подробном рассмотрении.

Одним из первых учёных, попытавшимся систематически обосновать существование субъективных публичных прав, был А. И. Елистратов, который, справедливо указывая, что публичное право предъявляет свои требования «во имя общего блага», обосновывал публичную деятельность «общественным долгом» [7, с. 6]. В качестве примера субъективного публичного права учёный приводит право гражданина избирать. По его мнению, данным правом лицо не может воспользоваться в своём индивидуальном интересе, подобно тому, как право частного лица купить какую-либо вещь или дать взаймы. В противном случае — согласившись отдать голос в пользу другого лица за подарок или личную выгоду — лицо подлежит уголовной ответственности [7, с. 6—7].

Социальная ценность такого понимания избирательного права сомнений не вызывает, но квалификация юридического интереса и способов его защиты требует

прояснения. Представляется, что, несмотря на очевидно присутствующие элементы публичного порядка (в виде последующего избрания гражданина депутатом и деятельности законодательного органа, в целом), участие в формировании институтов представительной демократии, реализация такого субъективного права никоим образом не может исключить собственный интерес. Напротив, участие в выборах предполагает реализацию такого — индивидуально-определённого, персонального — интереса лица. Именно по этой причине законодательство предусматривает запрет на свободу волеизъявления избирателя в какой бы то ни было форме. В этом смысле, установленная законом ответственность за подкуп избирателя, не делает его субъективным правом публичным, но содержит санкцию за попытки повлиять на субъективное право гражданина, которое должно представлять собой выражение его внутренней воли. Ещё более сложный характер приобретает рассматриваемый нами вопрос, если включить в него некоторые аспекты и механизмы ответственности органов и должностных лиц за принимаемые решения, на примере института отзыва депутата (Н. Н. Черногор), практически не используемого в настоящее время.

Совмещение субъективного права лица со «служебным или общественным долгом» [7, с. 7] представляется допустимым лишь с позиции общественной этики и требует самостоятельного рассмотрения, что выходит за рамки наших задач. Для целей же нашего исследования здесь важнее засвидетельствовать смешение субъективного права с субъективным правом гражданина, чему всячески способствовали начатые ещё в конце XIX века и продолжающиеся в некоторой части в настоящее время попытки перенести учение о структуре субъективного гражданского права в сферу публичного права по аналогии. В частности, исторически сложившемуся представлению о субъекте, объекте и правовой возможности как элементах субъективного гражданского права уподобляются этому выделение в структуре публичного права субъектов, объектов, и — правовой обязанности [106, с. 140; 24, с. 572]. В частности, Н. М. Коркунов подчёркивал, что в сфере государственной деятельности определяющим выступает обязанность, права же госслужащих выступают всего лишь условиями, обеспечивающими выполнение соответствующих обязанностей [11, с. 400—401].

Подобная «цивилистическая редукция» публичного права представляется несколько некорректной, поскольку деятельность государства и его органов рассматриваются, пользуясь современным юридическим языком, как реализация функций гражданского общества посредством деятельности его институтов, где органы государственной власти — некие представители гражданского общества. При всей позитивности такого подхода мы сталкиваемся с двумя непреодолимыми в настоящее время методологически объективными препятствиями: полное нивелирование деления на частное и публичное, личное и государственное.

В этой связи юридически правильной выглядит позиция Г. Ф. Шершеневича, который писал, что «в области государственного и административного права

всё сводится к учению об обязанностях агентов власти. Если и говорят о праве судебного следователя в случае встречного сопротивления требовать содействия как гражданского, так и военного начальства или о праве губернатора опротестовывать постановление городской думы, ... то в действительности речь идёт об обязанностях прибегнуть к таким мерам при наличии указанных в законе условий. За неосуществление своего права субъектам права грозит ответственность — вывод совершенно несообразный для субъективного права, которое есть только возможность, но не обязанность» [24, с. 572].

В основе теоретического разночтения, как представляется, лежит различное понимание природы государства и его органов, а также источника публичной власти [1]. С учётом многообразия существующих подходов к указанным вопросам и объективной невозможности их подробного рассмотреть в рамках настоящего исследования, обратимся к нормам действующего законодательства, формирующим современную доктрину теории государства и права.

Первостепенными, конечно, являются конституционные нормы: о том, что Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления; о единственном источнике власти в Российской Федерации, которым является её многонациональный народ, который осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления; никто не может присваивать власть; захват власти или присвоение властных полномочий преследуются по закону; самостоятельность органов законодательной, исполнительной и судебной власти; признание местного самоуправления, органы которого не входят в систему органов государственной власти (ст. 1, 3, 10, 11, 12, 130 Конституции РФ). Кроме того, устанавливая принцип разделения власти на законодательную, исполнительную и судебную (ст. 10), Конституция указывает, что государственную власть осуществляют Президент РФ, Федеральное Собрание, Правительство РФ и суды Российской Федерации, а в субъектах Российской Федерации — образуемые ими *органы* государственной власти (ст. 11).

Недостаточная чёткость в определении субъекта власти и отграничении от органов этой власти порождает многочисленные вопросы. Например, из буквального толкования ст. 11 Конституции РФ вытекает, что на федеральном уровне власть осуществляет Правительство РФ непосредственно, а на уровне субъектов — органы государственной власти. Соответствующий федеральный конституционный закон также не вносит значительного прояснения: ст. 1 подтверждает дуалистическую природу Правительства: согласно первому правоположению, Правительство — орган государственной власти Российской Федерации. В соответствии со вторым (и тоже по форме юридически завершённым правоположением), Правительство осуществляет исполнительную власть Российской Федерации. Более того, закон далее содержит ещё одну текстуально самостоятельную формулировку о том, что Правительство РФ является кол-

легиальным органом, возглавляющим единую систему исполнительной власти в Российской Федерации².

Изложенные затруднения в определении юридической природы органа и власти на рассматриваемом нами примере с Правительством РФ не исчерпываются приведёнными нормативными положениями: применительно к деятельности указанных органов в законодательстве используется также конструкция юридического лица. Последняя, имея частноправовое происхождение (ст. 48, 124—127 ГК РФ), стала практически повсеместным и обязательным элементом в определении статуса органа государственной власти. Отметим, что указанное сочетание разнонаправленных по своему отраслевому содержанию норм права характерно для всей системы органов государственной власти и местного самоуправления. Указанная неясность правового статуса, а также отсутствие чёткого отграничения компетенций и полномочий органов публичной власти от право- и дееспособности их органов как участников имущественных (частноправовых) правоотношений негативным образом сказывается как на законодательной регламентации деятельности лиц, замещающих государственные должности, так и на осуществлении полномочий гражданскими служащими, замещающими должность гражданской службы.

Принципиальная сложность состоит здесь в разграничении должного и возможного поведения, прав и обязанности указанных лиц по отношению к собственному правовому статусу («государственная служба» или «государственная должность») на основании компетенции и полномочий соответствующего публичного органа власти. Иными словами, требуется ответить, в частности, на такие вопросы, как: является ли осуществление государственным гражданским служащим деятельности в занимаемой им должности воплощением его частных или публичных прав или, напротив, исполнением обязанности(?); реализуя свои полномочия, действует ли он от своего имени (как гражданин, хотя и находящийся на службе) или от имени уполномоченного органа публичной власти (?) и т. п.

В правовой доктрине советского периода полномочия государственных органов рассматривались преимущественно как субъективные права и обязанности особого рода: напрямую вытекающие из закона и предусматривающие осуществление возложенных на орган функций государственной власти (Б. М. Лазарев). Отсюда делали вывод о том, что полномочия — это такое право, которое госорган или соответствующее должностное лицо обязано реализовать (И. А. Азовкин, С. С. Алексеев, Н. А. Волков, Л. А. Григорян, Б. М. Лазарев, П. И. Романов, Ю. А. Тихомиров, Е. А. Флейшиц, Ц. А. Ямпольская и др.). Предложенная парадигма не требовала отграничения субъективного права от публично-правового полномочия. Поэтому основное различие проводилось по степени связанности субъективного усмотрения с нормами закона (Б. М. Лазарев). В некоторых случаях сосредоточение на вопросах соотношения правоспособности и правосубъектности приводило к утверждению

² Федеральный конституционный закон от 17.12.1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации».

о том, что реализация полномочий госорганом является его обязанностью перед государством в части выполнения возложенных на него задач (С. С. Алексеев).

В настоящее время публично-властное полномочие трактуется как обусловленная государственным суверенитетом возможность требовать («повелевать») определённого поведения от других субъектов права, обеспеченная механизмом государственного принуждения (Ю. А. Тихомиров).

В юридической литературе, посвящённой вопросам субъективного публичного права, существует и некая промежуточная позиция: предлагается выделять субъективные публичные права органов (должностных лиц) публичной власти, под которыми следует понимать меру и вид дозволенного поведения, проявляющегося во властном управленческом воздействии посредством издания обязательных для исполнения правовых предписаний (А. Б. Зеленцов).

Понимание различий самостоятельности правового статуса каждого из таких субъектов, ограничение их от органов государства, как самостоятельных участников существующих правоотношений либо, напротив, рассмотрение деятельности органов государства исключительно с позиции выполняемой властью функции значительно упрощает сложную правовую связанность частнопубличных и публично-правовых начал, что неминуемо приводит к заблуждениям. В частности, в своё время А. А. Рождественский, в качестве обоснования своей позиции о самостоятельном существовании субъективных публичных прав, исходил из того, что признание права частного и права публичного позволяет все субъективные права (по характеру вытекающих из них правомочий или по характеру юридической власти) разделить на две группы: в основе одной лежит правомочие *imperium*, в основе второй — *potestas*. Поэтому, «область *imperium*а и есть область субъективных публичных прав; область же *potestatis* — должна быть признана областью субъективных частных прав» [17, с. 229]. Такая лаконичная аргументация заслуживала бы незамедлительного признания, если бы при проведённом А. А. Рождественским умозаключении не было столь очевидной редукции не только достаточно сложных юридических механизмов взаимодействия частного и публичного права, но самой природы субъективного частного (гражданского) права, а также его ограничения от родовых категорий субъективного права (лица, гражданина) и, конечно, — прав человека.

Рассмотрение указанных вопросов невозможно без понимания статуса гражданского служащего, границы исполнения действий которого определены как нормами действующего (федерального и «регионального») законодательства, так и различными регламентами предоставления государственных услуг, а также индивидуальными должностными или административными инструкциями занимаемой лично им должности. Поэтому содержащиеся в научной литературе предложения рассматривать субъективное публичное право через призму «возможного» поведения государственного или муниципального служащего нуждаются в корректировке с учётом современного административного и связан-

ного с ним (например, антикоррупционного) законодательства.

Современные требования действующего законодательства направлены на исключение дискреционных полномочий, поскольку «широта дискреционной власти администрации» и обилие «предоставительных норм» (А. И. Елистратов) в настоящее время квалифицируются в качестве коррупционных проявлений, нормативная основа которых должна быть исключена на этапе проведения обязательной для всех органов власти антикоррупционной экспертизы [21, с. 77]. Поэтому попытки определения субъективного публичного права с позиции дискреционных полномочий публичных органов и их должностных лиц представляются не соответствующими требованиям действующего законодательства, а также принципам, содержащимся во многих «конвенциональных» актах³. В этой связи мы согласны с мнением Э. В. Талапиной [21, с. 78], которая, критикуя позицию А. Б. Зеленцова, указывает, что широкая дискреция выводит действия власти из-под чёткого контроля и регулирования. Ю. А. Тихомиров, проанализировав взаимосвязь между административным усмотрением и рисками, указал на многоплановость данного соотношения, которое может включать в себя не только ясное и последовательное исполнение возложенных на лицо полномочий, но и некомпетентность, боязнь действовать, иерархическое послушание, злоупотребление полномочиями и т. п. Кроме того, учёный справедливо ограничивает такие риски в публичном праве от рисков в частном праве [22, с. 5—11; 13].

Как справедливо отмечает Г. М. Лановая, властвующий субъект даже при реализации предоставленных ему прав не может выйти за рамки своих полномочий, поскольку — при том, что он является управомоченной стороной — свобода усмотрения находится в рамках дозволенного объективным правом [12, с. 29—33]. В этой части считаем правильным говорить не о правах и обязанностях как таковых (по аналогии с гражданским правом), но — об обязанности выполнять полномочия по занимаемой должности.

Кроме того, учёный предлагает понятие субъективного права в публичной сфере как способности к совершению юридических актов — *Handelnkönnen* — «способность лица активно проявлять своё я» [7, с. 15]. Отметим, что с современных позиций указанное правопонимание соответствует более конструкции правоспособности, которую в свою очередь следует отличать от субъективного права в собственном смысле слова. Если правоспособность предполагает только возможность иметь соответствующие права и обязанности (либо принимать на себя обязанности), то субъективное гражданское право (или «субъективное правомочие» — С. Н. Братусь) подразумевает наличие соответствующе-

³ См. напр.: Указ Президента РФ от 13.05.2017 г. № 208 «О Стратегии экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года»; Указ Президента РФ от 09.05.2017 г. № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017—2030 годы»; Распоряжение Правительства РФ от 02.06.2016 г. № 1083-р «Об утверждении Стратегии развития малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации на период до 2030 года» и др.

го и принадлежащего данному лицу права (например, право собственности).

Существует и другая точка зрения, в основу которой положена рассматриваемая нами ранее конструкция вторичных прав, без анализа сущности которой и, следовательно, без обоснования целесообразности использования данной цивилистической категории (разработанной представителями немецкой школы) во многих работах российских административистов предпринимается попытка обосновать «статусные» права государственных или муниципальных служащих как примеры субъективных публичных прав. В частности, В. А. Федосенко (не используя по тексту терминологию идеи вторичных прав) предлагает в зависимости от категории субъекта и характера служебных прав выделять следующие субъективные публичные права: а) права лиц, замещающих государственные должности, государственные должности государственной гражданской службы, государственные должности государственной негосударственной службы, а также — муниципальные должности; б) право на присвоение очередного звания, классного чина, разряда, на защиту сведений о государственном служащем; в) право на медицинское страхование, на государственную защиту своих жизни и здоровья, жизни и здоровья членов своей семьи и др. В. Е. Карнушин вторичное право рассматривает как определённую нормой права меру возможного властного воздействия на правоотношение, которая не имеет материального выражения и существует вне правоотношения. Отсюда единственная возможность реализации такого права — только в судебном порядке [9, с. 23—24]. Представляется, что в качестве наиболее перспективного способа комплексного решения существующих вопросов следует рассматривать их в рамках предложенного в административной науке — служебном праве [19, с. 8—25].

Не отрицая рассмотренных выше субъективных правомочий с точки зрения их буквального закрепления в качестве прав лица в нормах действующего законодательства⁴, попытаемся определить их природу с точки зрения рассматриваемого нами соотношения субъективного права и правоспособности.

Под правоспособностью в обобщённом виде принято понимать абстрактное (некое суммарное) выражение возможных субъективных прав, допускаемых законом; это возможность быть субъектом прав и обязанностей. Осуществление субъективного права является проявлением правоспособности. Как уточняет проф. В. А. Белов, гражданской правоспособностью «называется способность (возможность), признанная нормами гражданского права за лицом, обладающим гражданской правосубъектностью, иметь гражданские права и нести гражданско-правовые обязанности» [3, с. 54], которая характеризуется, в частности, такими признаками как: абстрактный характер, юридически равное содержание, равная принадлежность, внутреннее единство, неопределённо длительное существование, неисчерпаемость и

проч. Поэтому субъективное право, в отличие от правоспособности как «меры поведения вообще и долга вообще», устанавливает меру «возможного и должного поведения конкретного лица в данных конкретных условиях и обстоятельствах» [3, с. 55—56]. С учётом данных позиций, рассмотрение указанных выше правовых возможностей, представляемых нормами публичного права, в качестве самостоятельных субъективных публичных прав не согласуется с их содержанием; они более тяготеют к юридической конструкции правоспособности, нежели к конкретному субъективному правомочию лица.

Справедливости ради отметим, что в теории права существуют и радикально иные попытки объяснения правоспособности. Так, в рамках рассматриваемой нами парадигмы субъективных публичных прав представляет интерес предложенное в своё время М. М. Агарковым понимание правоспособности как динамически развивающегося состояния. Обоснованием для неё послужила ранее подробно рассмотренная нами идея вторичных прав (*Gestaltungsrechte*). Данная конструкция, будучи плодом германской цивилистической мысли, была ретранслирована М. М. Агарковым как «права на правообладание», вторичные, вспомогательные права. Поскольку вторичные права не требуют наличия корреспондирующих им обязанностей, правоспособность становится конкретной возможностью лица иметь определённые правомочия без наличия обязанности по отношению к нему со стороны других лиц. Такая цивилистическая конструкция, казалось бы, более чем соответствует указанным выше предложениям представителей административного права в части квалификации прав государственных или муниципальных служащих: права на продвижение по службе, на присвоение классного чина и т.п., очевидно, не сопряжены с обязанностями представителя нанимателя реализовать такое субъективное право лица.

Вместе с этим при более глубоком изучении следует признать, что подобные квазисекундарные права не являются собственными правомочиями (правами) в полном смысле слова. Как указывал ещё М. М. Агарков, в силу того, что вторичному праву не противостоит обязанность другой стороны, такие правомочия не являются субъективным правом: в подобных отношениях речь идёт о «связанности» одной стороны с другой. Поэтому подобные права, по мнению учёного, являются не субъективными правами лица, а лишь отдельными проявлениями гражданской правоспособности, причём — в её движении.

С учётом сказанного представляется, что попытки выделить так называемое «право лица на продвижение по службе» (и связанные с его статусом иные) в качестве субъективного публичного права лица не учитывают государственно-правового понимания статуса служащего, в правовом положении которого указанные и схожие с этим права никак не могут рассматриваться в качестве аналогов субъективного гражданского права, при наличии которых лицо самостоятельно принимает решение (цивилистическая «автономия воли»), когда и при каких обстоятельствах оно может реализовать своё пра-

⁴ Федеральный закон от 27.07.2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (ст. 14); Федеральный закон от 02.03.2007 г. № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» (ст. 11).

во (вступать в договорные отношения или нет, в какие именно, на каких условиях и проч.).

Кроме того, даже если мы обратимся к ставшему классическим определению С. Н. Братуся о том, что субъективное право — это мера возможного поведения лица [4, с. 34], приведённые выше примеры т. н. субъективных публичных прав не обладают необходимыми для этого признаками. Очевидно, что на государственной гражданской службе желание лица получить ожидаемую им должность никак не сопряжены с обязанностью выступающего от органа власти представителя нанимателя такую должность предоставить. Думается, что подобные права государственного или муниципального служащего более относятся к категории правоспособности, нежели к конкретному субъективному праву.

В этом смысле примечательна позиция Конституционного Суда РФ, который указал, что из закреплённых в статье 37 Конституции РФ прав и гарантий (труд свободен; каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию) «не вытекает, однако, ни субъективное право человека занимать определённую должность, выполнять конкретную работу в соответствии с избранными им родом деятельности и профессией, ни обязанность кого бы то ни было такую работу или должность ему предоставить, — свобода труда в сфере трудовых отношений проявляется прежде всего в договорном характере труда, в свободе трудового договора» [6, с. 115—128]⁵.

Таким образом, деятельность органа власти, его должностного лица в настоящее время сводится к достаточно чёткому исполнению соответствующих административных процедур [20, с. 31—38] и регламентов, не предполагающих возможности реализации собственного усмотрения, иными словами, — являющимися обязательными. Следовательно, содержание действий указанных лиц (и органов) предполагает исключительно исполнение обязанности (по предоставлению услуг, оказанию правовой помощи, получению выплат, компенсаций и т.п.) в рамках соответствующей компетенции органа власти. Другие действия могут быть квалифицированы как «превышение полномочий» или «злоупотребление полномочиями». О недопустимости аналогии между правоспособностью граждан, их субъективными правами и административной правоспособностью говорила ещё Е. А. Флейшиц, указывая, что административные права государственных органов возникают не на основе административной правоспособности, предполагающей возможность их изменения по своему усмотрению самим органом власти, но устанавливаются соответствующими нормами закона, которые закрепляют права и обязанности органа, образующих в итоге его компетенцию [23]. Кроме того, в силу того, что правоспособность всегда абстрактна, компетенция таковой быть не может в силу своего юридического существа; поэтому к компетенции государственного органа предъявляются требования определённости и конкрет-

ности, что обеспечивает максимально чёткое исполнение им своих полномочий и должно способствовать достижению цели его деятельности. В противном случае, мы не сможем говорить ни о бездействии власти, ни о превышении власти, а также — добавим — о злоупотреблении властью.

По нашему мнению, даже в случае предоставления выбора последний свидетельствует исключительно о возможности условного предпочтения между различными видами должностования (обязанностью обеспечить социальные гарантии и обязанностью исполнения гарантий равенства прав и свобод граждан — ст. 6, 7 Конституции РФ), в основе которых лежит единая обязанность публично-правового порядка.

Сказанное подтверждает неоднократно высказанные в науке предложения о необходимости обеспечения специального законодательного регулирования административных процедур, в том числе соглашаясь с обоснованием, предложенным О. С. Рогачевой — разработкой и принятием федерального закона «Об административных процедурах» в целях обеспечения надлежащего публичного управления [14, с. 637—656; 16, с. 202—216; 15, с. 48—52].

Если же мы предпочтём подняться ещё на более высокий «абстрактно-государственный» уровень и попытаемся рассмотреть «народ» как самостоятельного участника конституционных правоотношений [2, с. 38—44], то даже в этом случае особенность его правосубъектности не позволяет выйти на конституционные рамки «носителя суверенитета» и «источника власти», наделить его собственным конституционно-правовым статусом, включающим конкретные юридические права, свободы и обязанности, а также возможность привлечения к ответственности. При этом сложность будет состоять не только в определении того, какие признаки свидетельствуют о народе (некая «критическая масса» — Д. С. Велиева [5, с. 17—20]), общность исторических корней, ценностей и проч., но самое главное для нас — при каких ситуациях народ становится непосредственно властным субъектом? Традиционный ответ — ссылка на референдум и выборы [18] — так же бесспорен, как и невозможность использования данной формы волеизъявления применительно к рассматриваемой нами проблеме — определения конкретного и юридически осязаемого носителя субъективного публичного права.

Ситуация ещё более усложнится, если мы в конституируемое правоотношение включаем объект правового регулирования. Например, при определении содержания властных полномочий органов публичной власти в сфере землепользования, уполномоченным субъектом в отношении одного и того же объекта могут быть совершенно различные государственные (муниципальные) органы. Как справедливо отмечает Ю. Г. Жариков, необходимо различать хозяйственные полномочия (функции) государства, которые оно осуществляет в качестве органа власти (суверена) в отношении любых земель (государственных, муниципальных, частных) и функции непосредственного собственника, в отношении принадлежащих исключительно ему земель [8, с. 141].

⁵ Постановления Конституционного Суда РФ от 15.12.2011 г. № 28-П; от 27.12.1999 г. № 19-П, от 15.03.2005 г. № 3-П; определение Конституционного Суда РФ от 22.01.2014 г. № 95-О.

С учётом вышеизложенного, первоначальный тезис о том, что наличие правовой обязанности, наряду с присутствием ещё двух элементов в виде субъекта и объекта, якобы позволяет говорить о существовании субъективного публичного права, представляется нам недостаточно обоснованным. Как было показано, на-

личие обязанности (вместо возможности) не преобразует частноправовое притязание в публично-правовое, равно как закрепление в нормах гражданского кодекса обязанности исполнять заключённый договор не делает цивильное право публичным.

*Рецензент: Рогачёва Ольга Сергеевна, доктор юридических наук, профессор кафедры административного и административного процессуального права, заместитель декана по научной работе и аспирантуре юридического факультета Воронежского государственного университета, г. Воронеж, Россия
E-mail: olga_rogacheva@mail.ru*

Литература

1. Авакьян С.А. Конституционно-правовые проблемы модели организации власти в Российской Федерации / Современные проблемы организации публичной власти: монография / С.А. Авакьян, А.М. Арбузкин, И.П. Кененова и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. С.А. Авакьян. М., 2014.
2. Аверьянова Н.Н. Конституционная правосубъектность «народа» как обладателя права на землю // Журнал российского права. 2017. № 4.
3. Белов В.А. Гражданское право. Т. II. Общая часть. Лица, блага, факты: учебник для бакалавров. М., 2012.
4. Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947.
5. Велиева Д.С. Конституционная правосубъектность народов Российской Федерации в контексте демократического государства // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 6.
6. Гриценко Е.В. Европейская доктрина надлежащего публичного управления и перспективы ее восприятия в российском праве // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 2.
7. Елистратов А.И. I. Понятие о публичном субъективном праве; II. «Теория субъективных публичных прав» А.А. Рождественского / Проф. А.И. Елистратов. М., 1913.
8. Жариков Ю.Г. Разграничение властных (суверенных) и хозяйственных полномочий органов государства в земельных отношениях: теория, история и практика // Журнал российского права. 2017. № 1.
9. Карнушин В.Е. Секундарные права в гражданском праве Российской Федерации: общие вопросы теории, секундарные права в Гражданском кодексе РФ / Под ред. В.П. Камышанского. М., 2016.
10. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898.
11. Коркунов Н.М. Русское государственное право. Т. 1. Введение и общая часть. 7-е изд. СПб., 1909.
12. Лановая Г.М. Государственная власть: теоретико-правовой анализ // Государственная власть и местное самоуправление. 2015. № 6.
13. Риск в сфере публичного и частного права: Коллективная монография / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров, М.А. Лапина. М., 2014.
14. Рогачева О.С. Надлежащее публичное управление — необходимая и важная задача развития административного процедурного права в Российской Федерации / Сб. Социальные изменения в глобальном мире: Материалы Четвертой Международной научной конференции. 2017.
15. Рогачева О.С. От административных регламентов к административным процедурам: постановка задачи и пути ее практической реализации // Административное право и процесс. 2013. № 6.
16. Рогачева О.С. Перспективы и эффективность формирования административного процедурного права в Российской Федерации / Сб. Право и власть: основные модели взаимодействия в многополярном мире. Сборник трудов Международной научной конференции. 2017.
17. Рождественский А.А. Теория субъективных публичных прав, критико-систематическое исследование. М., 1913.
18. Современные проблемы организации публичной власти: монография / С.А. Авакьян, А.М. Арбузкин, И.П. Кененова и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. С.А. Авакьян. М., 2014.
19. Стариков Ю.Н. Профессиональное «чиновничество» и служебное право в России: была ли реформа государственной службы и основательны ли сомнения в существовании служебного права? // Административное право и процесс. 2014. № 7.
20. Стариков Ю.Н. Судебный нормоконтроль и административное судопроизводство в системе модернизации административного и административного процессуального законодательства // Мировой судья. 2015. № 4.
21. Талалина Э.В. Право на информацию в свете теории субъективного публичного права // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 6.
22. Тихомиров Ю.А. Модернизация административного права: от «наказательности» к «регулирующему обеспечению» // Административное право и процесс. 2015. № 4.
23. Флейшиц Е.А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вестник гражданского права. 2009. № 2.
24. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1911.

