

ISSN 0131-8039

ИЗВЕСТИЯ
ВЫСШИХ
УЧЕБНЫХ
ЗАВЕДЕНИЙ

Право ведение

3
2009

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

ПРАВОВЕДЕНИЕ

2009

НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ
ОСНОВАН В ОКТЯБРЕ 1957 г.

3 (284)

ПЕЧАТНЫЙ ОРГАН УМО ПО ЮРИДИЧЕСКОМУ ОБРАЗОВАНИЮ ВУЗОВ РФ

ХАРКІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ
УНІВЕРСИТЕТ ВНУТРІШНІХ СПРАВ
БІБЛІОТЕКА
Інв. № 8.02.10



УНИВЕРСИТЕТСКИЙ
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ
ЮРИДИЧЕСКАЯ КНИГА

СОДЕРЖАНИЕ**НОМЕРА****МАТЕРИАЛ НОМЕРА**МАРЧЕНКО М. Н.
МОСКВАФИЛОСОФИЯ ПРАВА И ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА:
ВЗАИМОСВЯЗЬ И ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ

6

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА**СОВРЕМЕННАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА**ЛУКЬЯНОВА Е. Г.
МОСКВАСТРОГОСТЬ ЗАКОНА СЛЕДУЕТ ПРЕДПОЧЕСТЬ
ОБМАНЧИВОЙ МЯГКОСТИ УСМОТРЕНИЯ

14

ЧЕСТНОВ И. П.
С.-ПЕТЕРБУРГСУБЪЕКТ ПРАВА: ОТ КЛАССИЧЕСКОЙ
К ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ ПАРАДИГМЕ

22

ОСИПОВ М. Ю.
ТУЛАО СООТНОШЕНИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
И ПРАВОВОТВОРЧЕСТВА

31

ДАВЫДОВА М. П.
ВОЛГОГРАДСИМВОЛЫ В ПРАВЕ И ПРАВОВЫЕ СИМВОЛЫ:
ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ

42

ОВЧИННИКОВА Н. А.
ВОРОНЕЖОНТОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ПРАВА И НРАВ-
СТВЕННОСТИ В КОНЦЕПЦИИ Е. Н. ТРУБЕЦКОГО
И СОВРЕМЕННАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

47

**ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ**КОРОБОВ А. Е., ХОХЛОВ Е. Б.
С.-ПЕТЕРБУРГПРАВОНАРУШЕНИЕ КАК ОСНОВАНИЕ
ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

62

ОЛЕННИКОВ С. М.
С.-ПЕТЕРБУРГПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ОБЪЕКТА ПРЕСТУП-
ЛЕНИЙ ПРОТИВ НАЦИОНАЛЬНОГО
И РАСОВОГО РАВНОПРАВИЯ

76

ИСТОРИЯ ПРАВААЛЕКСЕЕВА Т. А.
С.-ПЕТЕРБУРГ

ИСПАНСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ 1812 Г. И ДЕКАБРИСТЫ

89

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО**АДМИНИСТРАТИВНЫЕ
ПРОЦЕДУРЫ В ПУБЛИЧНОМ
УПРАВЛЕНИИ**НОГИНА О. А.
С.-ПЕТЕРБУРГНАЛОГОВЫЕ ПРОЦЕДУРЫ КАК СОСТАВЛЯЮЩИЕ
НАЛОГОВОГО ПРОЦЕССА

102

КУСТОВА М. В.
С.-ПЕТЕРБУРГПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ ОБ ИМУЩЕСТВЕННЫХ
НАЛОГОВЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ В СИСТЕМЕ
НАЛОГОВЫХ ПРОЦЕДУР

115

КУДИЛИНСКИЙ М. Н.
С.-ПЕТЕРБУРГАДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ РАЗМЕЩЕНИЯ
ГОСУДАРСТВЕННОГО ЗАКАЗА

127

ГРИЩЕНКО Е. В.
С.-ПЕТЕРБУРГАДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ ОРГАНИЗАЦИИ
ОКАЗАНИЯ УСЛУГ В СТРАНАХ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА:
ПРОБЛЕМЫ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ДИРЕКТИВЫ
ОБ УСЛУГАХ В НАЦИОНАЛЬНОМ ПРАВЕ
(НА ПРИМЕРЕ ГЕРМАНИИ)

133

СИНЮГИН В. Ю.
МОСКВАСОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ АДМИНИСТРАТИВНО-
ПРАВОВОГО УПРАВЛЕНИЯ РЕФОРМИРОВАНИЕМ
В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

154

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА**ВОЗНЕСЕНСКАЯ Н. Н.
МОСКВАЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА В МЕЖДУНАРОДНОМ
ЧАСТНОМ ПРАВЕ РОССИИ И ЕС

163

**ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ
ЧЕЛОВЕКА**ГОЛУБОК С. А.
СТРАСБУРГ, ФРАНЦИЯПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА
ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ОТНОСИТЕЛЬНО
ПРАВА НА СВОБОДНЫЕ ВЫБОРЫ

187

СОДЕРЖАНИЕ

НОМЕРА

ГРИГОРЯН Г. В.
МАЙКОП

ЗНАЧЕНИЕ РЕШЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА
ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В РОССИЙСКОЙ
ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ
И ЭФФЕКТИВНЫЕ ВНУТРЕННИЕ
СРЕДСТВА ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ

212

**МЕЖДУНАРОДНЫЕ КОНФЛИКТЫ:
ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО
И НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА**

ИБРАГИМОВ А. М.
МАХАЧКАЛА

ПОНЯТИЕ, СИСТЕМА И ЗНАЧЕНИЕ ГАРАНТИЙ
В СОВРЕМЕННОМ МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

221

ЧАСТНОЕ ПРАВО

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ

НОРМАН С.
КВЕБЕК, КАНАДА

ПОНЯТИЕ МОДАЛЬНОСТИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ 230

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

БАЙГУШЕВА Ю. В.
ЯРОСЛАВЛЬ

БРАЧНЫЙ ДОГОВОР 256

ACADEMIA

EX ANIMO

МЕДВЕДЕВ И. Р.
МОСКВА

О ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ СЦЕНЕ: ЭССЕ 261

CONTENTS

272

Уважаемые читатели!

В долгожданном третьем номере журнала «Правоведение» три основных содержательных стержня: теоретико-правовой, административно-правовой и международно-правовой.

Номер открывает статья члена редколлегии нашего журнала профессора М. Н. Марченко, посвященная одному из актуальных вопросов юридической науки — соотношению философии права и общей теории права. Этой небольшой, но содержательной работой один из лидеров отечественной науки теории права вносит свой вклад в конкретизацию предмета науки, а значит, и учебной дисциплины теории права.

В следующих за заглавным материалом статьях М. Л. Давыдовой (Волгоград), Е. Г. Лукьяновой (Москва), Н. А. Овчинниковой (Воронеж), М. Ю. Осипова (Тула) и И. Л. Честнова (С.-Петербург) представлено живое многообразие исследовательских школ и проблем современной отечественной теории права. Большинство из них органично сочетают академизм изложения с очевидной злободневностью выводов, которые могут оказаться полезными для модернизации правотворчества и правоприменения в Российской Федерации.

Еще ярче это проявляется в материалах, которые сгруппированы в рубрике «Проблемы юридической ответственности». Наполняя ее, редакция следовала принципу «от общего к конкретному», поэтому теоретико-правовой анализ, превалирующий в статье А. Е. Коробова и Е. Б. Хохлова, как представляется, удачно дополнен материалами уголовно-правовой направленности в статье С. М. Оленникова.

Надеемся, что разнообразием тематики и актуальностью выводов читателя порадует также и комплекс материалов публично-правовой направленности.

Пять статей номера посвящены различным вопросам правового регулирования административных процедур в публичном управлении. В основном здесь представлены результаты исследовательской деятельности преподавателей кафедры государственного и административного права юридического факультета СПбГУ. Как известно, в рамках административной и финансовой реформ без предварительной серьезной научной разработки было принято значительное число нормативных актов, регламентирующих деятельность государственных органов. В статьях М. В. Кустовой, М. Н. Кудилинского, О. А. Ногиной, В. Ю. Синюгина проанализировано действующее законодательство России и практика его применения, выявлены противоречия и неурегулированные вопросы правотворческой и правоприменительной практики. В свою очередь Е. В. Гриценко исследовала административные процедуры организации оказания услуг в странах Европейского Союза, в частности гарантии свободы перемещения услуг, провозглашенной в Договоре об образовании Европейского Сообщества.



Ильин
Андрей Витальевич

Праву Европы вообще уделено много внимания в статьях третьего номера. Так, в традиционной рубрике этого года «Актуальные проблемы международного права» (ответственный редактор — С. В. Бахин) публикуется фундаментальная статья крупнейшего специалиста в области международного частного права Нинель Николаевны Вознесенской. В ней проанализированы важнейшие тенденции, обнаруживающиеся в науке и судебной практике России и стран ЕС в сфере регулирования правового статуса иностранного юридического лица.

В свою очередь С. А. Голубок и Г. В. Григорян сконцентрировали усилия на изучении практики Европейского суда по правам человека и ее роли в российских условиях. А завершает блок материалов, связанных с проблематикой международного права и сравнительного правоведения, статья дагестанского исследователя А. М. Ибрагимова об институте гарантий в современном международном праве.

Единственная в данном номере журнала «Правоведение» историко-правовая статья принадлежит перу нашего давнего автора Т. А. Алексеевой. Исследуя эволюцию испанского конституционализма, она также отдает дань компаративистике, сопоставляя идеи и принципы испанского Основного закона 1812 г. с конституционными воззрениями и проектами декабристов.

Хотя материалы публично-правового характера вновь доминируют в содержании номера, специалисты в области частного права, несомненно, найдут для себя немало интересного в обширной статье выдающегося канадского специалиста по имущественному праву Сильвио Нормана. Его статья посвящена одному из наиболее интересных институтов современного имущественного права канадской провинции Квебек, неизвестному российской правовой системе, — модальности права собственности. Подробно рассмотрены происхождение данного понятия, основные признаки и особенности этого института, автор приводит многочисленные примеры модальности права, вызвавшие оживленные споры в квебекской доктрине и юридической практике.

Наконец, небольшая статья ярославской исследовательницы Ю. В. Байгушевой украшает номер редким для нашего журнала сюжетом. В ее материале в теоретическом аспекте рассмотрен брачный договор.

Завершается номер материалом ученого-процессуалиста И. Р. Медведова, написанным в необычном для нашего научно-теоретического журнала жанре эссе. Это академическая проза особой разновидности, требующая от читателя не только вдумчивого восприятия, но и эмоционального отклика. Такие работы расширяют горизонты научного познания, ибо позволяют в неожиданном ракурсе увидеть, казалось бы, хорошо известные явления.

Желаем интересного и познавательного чтения!

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА И ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА: ВЗАИМОСВЯЗЬ И ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ

М. Н. МАРЧЕНКО*

1. Решение вопроса о характере взаимосвязи и взаимодействия философии права и общей теории права зависит от целого ряда объективных и субъективных факторов, но в первую очередь — от того, как определяется статус философии права.

Философия права может рассматриваться как *одно из направлений развития общей теории права*, т. е. ее составная часть, которая осуществляет «разработки логики, диалектики и теории познания правового бытия» и не только раскрывает механизм регуляции познавательной деятельности исследователей и направляет его по наиболее оптимальному и рациональному пути, но и в контексте исторически развивающейся культуры указывает на «достигнутый уровень самосознания общей теории права и ее познавательных потенций».¹ В этом случае соотношение философии права и общей теории права, в силу того, что первая возникает и развивается в лоне второй, с неизбежностью должно будет рассматриваться с позиций общего и особенного, целого и части.²

С другой стороны, *философия права может представляется в виде части общей философии* — и тогда на первом плане в процессе познания права окажутся «общие философские предпосылки философии права»,³ а не собственно проблемы права. В этом случае общая теория права будет соотноситься с философией права не напрямую, как одно целостное явление с другим таким же явлением, а косвенно — как одно целостное явление (общая теория права) через посредство другого подобного явления (общей философии) с его составной частью (философией права). Естественно, что приоритет в философии права будет отдаваться философскому началу за счет и в ущерб правовой ее составляющей. В этом случае, когда философия права «представляет собой распространение общей философии на проблемы права», процесс познания права произвольно ведет к «схематизму, к навязыванию абстрактных философских схем и аксиом живой правовой действительности».⁴

* Марченко Михаил Николаевич — Заслуженный деятель науки РФ, д. ю. н., профессор, зав. кафедрой теории государства и права и политологии юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, ralu@list.ru, theory@law.msu.ru.

© М. Н. Марченко, 2009

¹ Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2000. С. 15, 72.

² Сырых В. М. Методология юридической науки: состояние, проблемы, основные направления дальнейшего развития // Методология юридической науки: состояние, проблемы, перспективы. Вып. 1 / под ред. М. Н. Марченко. М., 2005. С. 22–25.

³ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 11.

⁴ История философии права / отв. ред. А. П. Альбов, Д. В. Масленников, В. П. Сальников. СПб., 1998. С. 7.

Наконец, философия права может отождествляться с общей теорией права. Такое отождествление допускается, в частности, в работе австрийских юристов О. Вайнбергера, П. Колера, П. Штрассера и М. Пришинга «Введение в философию права», в которой авторы, причисляя к главным дисциплинам правовой науки, наряду с догматикой права, социологией права, историей права и сравнительным правоведением, философию права, рассматривают ее как дисциплину, идентичную общей теории права. При этом философия права (общая теория права) рассматривается с позиций неопозитивистской юриспруденции «не как составная часть мировоззренческой системы, а как рефлектирующий анализ оснований правовых наук».⁵

Отождествление философии права с общей теорией права приводит к тому, что вопрос об их соотношении отпадает. Аналогично (хотя совсем по другой причине) обстоит дело и в том случае, когда процесс познания правовой материи с позиций философии права подменяется исследованием ее исключительно путем применения и с помощью философских категорий, принципов, понятий и т. п. Использование такого рода философских познавательных средств, как резонно подмечается в научной литературе, означает в оптимальном варианте обогащение познавательного инструментария при теоретической проработке тех или иных правовых проблем и может приводить к известному приращению правовых знаний, в особенности когда к правовому материалу «прилагаются» не общеправовые, тем более идеологизированные абстрактные категории, а «данные передовых философских наук».⁶ Однако такой подход имеет и обратную сторону: использование данных философии может привести «к спекулятивному догматическому философствованию по правовой проблематике, да к тому же с идеологической нагрузкой», или к другому отрицательному результату, связанному с «философско-терминологическим переодеванием» давно известных понятий, результатов исследований и широко известных факторов.⁷ В силу того, что в подобных случаях речь идет не о философии права, а о философствовании по поводу права,⁸ сводящемся к подмене данной дисциплины философскими средствами познания правовой материи, вопрос о взаимосвязи и взаимодействии общей теории права с философией права по причине отсутствия последней даже не возникает.

⁵ Цит. по: Баранов П. П., Верещагин В. Ю., Курбатов В. И., Овчинников А. И. Философия права. Ростов/Д., 2004. С. 196.

Возможность отождествления философии права с общей теорией права рассматривалась и прежде. Еще в начале XX в. Н. М. Коркунов задавался вопросами вроде: если мы станем понимать под философией права не более как общую теорию права, тогда в чем ее отличие от энциклопедии права? не должны ли они тогда слиться воедино? (Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 46). Отвечая на эти вопросы, автор писал, что «хотя философия права в новейшей ее форме обратилась к выяснению положительного права, она все-таки не сливается с наукой положительного права», а сохраняет свой особый метод. Она не обращается к наблюдению, не идет в своих исследованиях индуктивным путем, но покоится на предположении, что выяснение «вечных оснований положительного права» может быть дано не эмпирическим знанием, а только знанием «сверхчувственным, получаемым познающим умом непосредственно, помимо чувственного опыта» (Там же. С. 42).

⁶ Алексеев С. С. Философия права. История и современность. Проблемы. Тенденции. Перспективы. М., 1997. С. 13.

⁷ Там же.

⁸ Малахов В. П. Основы философии права. М., 2005. С. 15–16.

Подобный вопрос возникает лишь тогда, когда философия права выступает и соотносится с общей теорией права как целостное, самостоятельное, относительно самостоятельное образование по отношению ко всем другим аналогичным ему образованиям, включая общую теорию права, а не тогда, когда она рассматривается как составная часть общей философии или общей теории права или же когда она вообще подменяется таким своим суррогатом, как система философских средств познания истинной материи.

Рассматривая вопрос о соотношении философии права и общей теории права, следует отметить, что речь при этом идет не только о характере философии права, в частности, о том, относится ли она к юридическим или философским наукам, но прежде всего о том, *каков ее реальный статус, является ли она самостоятельной и самостоятельной дисциплиной, способной на равных взаимодействовать с другими дисциплинами, включая общую теорию права.* Речь идет также о том, в какой мере философия права тяготеет, с одной стороны, к общей философии, а с другой — к общей теории права и поддерживается ли при этом в ее содержании философский и юридический баланс.

Наиболее адекватным и рациональным решением вопроса о характере взаимосвязей и взаимодействия философии права и общей теории права представляется *междисциплинарный путь*, исходящий из признания философии права в качестве *самостоятельного междисциплинарного образования*, выступающего на равных — на одном и том же уровне — с другим таким же самостоятельным образованием — общей теорией права.

2. Определив философию права как самостоятельное междисциплинарное образование, соотносящееся на равных с общей теорией права, следует рассмотреть формы, основания, наиболее важные направления их взаимосвязи и взаимодействия.

Каждый из этих вопросов в той или иной мере уже затрагивался в отечественной и зарубежной литературе, и по каждому из них было высказано, как правило, не одно, а несколько мнений.⁹ Такое разнообразие подходов не только не препятствует, но, наоборот, способствует решению рассматриваемых проблем, — конечно, в том случае, если высказываемое мнение является аргументированным. В качестве примера обратного можно сослаться на мнение немецкого ученого В. Науке, утверждающего, исходя из того, что философия права — это «*учение о правильном праве*», что между философией права, с одной стороны, и теорией права вместе с социологией права и политикой права (правовой политикой) — с другой, идет непрерывная *конкурентная борьба* за сферы влияния.¹⁰ В данном случае мнение автора в основном декларируется, но фактически не аргументируется.

Недостаточно аргументированной представляется также позиция, согласно которой «*в рамках юриспруденции философия права противопоставляется юридической науке, а конкретнее — общей теории права и государства, которая является единственно соразмерной с философией права по масштабности взгляда на предмет*».¹¹ Автор этого подхода В. П. Малахов, как

⁹ См., напр.: Кузнецов Э. В. Философия права в России. М., 1989; Малинова И. П. Философия права (от метафизики к герменевтике). Екатеринбург, 1995; Русская философия права. СПб., 1999; Осипов И. Д. Философия права. СПб., 2000.

¹⁰ Более подробно об этом см.: Баранов П. П., Верещагин В. Ю., Курбатов В. И., Овчинников А. И. Философия права. С. 174.

¹¹ Малахов В. П. Основы философии права. С. 10.

представляется, находится гораздо ближе к истине, когда говорит не о противопоставлении, а о *внутренней связанности* философии права и общей теории права, которая «полагается совершенно очевидной, неустраиваемой и необходимой» и реализуется «по принципу дополненности». ¹² Несомненно, автор прав, утверждая, что вне данной внутренней связанности общая теория государства и права не в состоянии выполнить свою методическую роль «по отношению к юриспруденции в целом». ¹³

Безусловно, правы и те исследователи, которые, решая вопрос о характере взаимосвязи и взаимодействия философии права и общей теории права, исходят из принципа их сопоставления и *взаимного дополнения друг другом*, а не из принципа конкуренции и противопоставления их друг другу. *Философия права*, резонно замечает по этому поводу В. А. Бачинин, «не соперничает с теорией права, поскольку обращается к проблемам, мимо которых проходят юридические дисциплины». ¹⁴ Например, в то время как для юриспруденции вполне достаточным может быть объяснение, согласно которому в основе права лежит воля государства, для философии права этого явно недостаточно, поскольку ей важно иметь представление еще и о том, «какие силы движут волей государства». Она ищет причинно-следственные и причинно-объяснительные связи и модели генезиса права, отличные от тех, которыми располагает общая теория права, помещая при этом правовые феномены в «широчайший контекст культурно-исторических реалий» и выявляя в них «сверхюридические», т. е. выходящие за традиционные юридические рамки смыслы. ¹⁵

Взаимосвязь и взаимодействие философии права и общей теории права не являются случайными или временными, а *имеют под собой прочную постоянную основу*. Она складывается из самых разных компонентов, включая прежде всего общий объект познания — правовую реальность, исследуемую философией права и общей теорией права под разными углами зрения в зависимости от особенностей их предметов. Правовая реальность при этом понимается не только в чисто правовом контексте, но и в более широком социальном плане, включая те политические феномены, которые неразрывно связаны с правом и в определенной мере детерминируются им. ¹⁶ Если общая теория права, исследуя правовую реальность, стремится выявить прежде всего закономерности возникновения, становления и развития права, то философия права направляет основное внимание в первую очередь на определение места и роли права в современном мире, на его ценность/оценку, на выявление и рассмотрение наиболее общих принципов «взаимодействия повседневной реальности человека с системным миром», а также — всеобщих принципов существования и функционирования, познания и преобразования правовой реальности. ¹⁷

Помимо общего объекта, в основе взаимосвязи и взаимодействия философии права и общей теории права лежат также такие объединяющие

¹² Там же. С. 10–11.

¹³ Там же. С. 11.

¹⁴ Бачинин В. А. Энциклопедия философии и социологии права. СПб., 2006. С. 948.

¹⁵ Там же. С. 949.

¹⁶ Козлов В. А. Проблемы предмета и методологии общей теории права. Л., 1989. С. 12–15; Сырых В. М. Логические основания общей теории права: В 2 т. Т. 1. М., 2000. С. 93–107; Малько А. В., Нырков В. В., Шундилов К. В. Методология исследования правовой жизни общества // Методология юридической науки: состояние, проблемы, перспективы. Вып. II / отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2008. С. 122–161.

¹⁷ Иконникова Г. И., Ляшенко В. П. Философия права. М., 2007. С. 17.

факторы, как *общие конечные цели*, заключающиеся в более глубоком и разностороннем познании правовой материи; *общие методы исследования* (системный, комплексный, метод подведения менее общего под более общее и др.); *общие подходы* — формационный, цивилизационный (точнее — цивилизационно-аксиологический) и др.; общие функции — методологическая, воспитательная и др.¹⁸

Эти и подобные им факторы имеют *объективный характер*, поскольку порождены самой социально-правовой средой и особенностями направленных на ее познание дисциплин. Однако наряду и в неразрывной связи с ними действуют также *субъективные факторы*, которые проявляются, с одной стороны, в постоянном воздействии на процесс познания правовой действительности в рамках философии права и общей теории права политической и правовой идеологии, а с другой — в обусловленности данного процесса и, соответственно, его результатов мировоззренческими установками исследователей.

Взаимообусловленность и взаимодополняемость философии права и общей теории права проявляется и в других отношениях. В частности, в научной литературе верно отмечалось, что обе эти науки исходят из *общей оценки правовой материи*, а именно из того, что «право есть мера справедливости и свободы».¹⁹ Однако, констатируя подобную общность и даже единство философии права и общей теории права, авторы вместе с тем резонно замечают, что между этими дисциплинами «во всех случаях (даже при корректном и интенсивном использовании методов и данных философии) *сохраняется качественное различие*».²⁰

3. В чем состоит это «качественное различие» между философией права и общей теорией права? Как оно проявляется в процессе взаимосвязи и взаимодействия данных дисциплин и чем предопределяется?

Прежде всего следует обратить внимание на то, что философия права и общая теория права *олицетворяют разные уровни исследования права*. В научной литературе выделяются три уровня познания права:²¹ *практическая юриспруденция*, предметом которой является действующее право, а задачей и целью — уяснение его смысла и духа, а также практическое применение права (главным для этого уровня, рассчитанного на практикующих юристов, является изучение текстов законов и подзаконных актов, в которых выражено право); *общая теория права*, рассматривающая право в виде совокупности (системы) норм, исходящих от государства, обеспечиваемых государством и охраняемых им от нарушений путем применения узаконенного государственного принуждения; *философия права*, выясняющая смысл, сущность и истоки права и познающая правовую материю в ценностном аспекте и измерении.²²

Каждый из этих уровней познания правовой реальности имеет свой вполне определенный предмет, преследует свои определенные цели и задачи, несет на себе определенную интеллектуальную и психологическую нагрузку. Если практическая юриспруденция выступает как *исходный, по сути эмпирический уровень познания права*, рассчитанный на

¹⁸ Черненко А. К. Теоретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества. Новосибирск, 2004. С. 18–30.

¹⁹ Баскин Ю. Я. Очерки философии права. СПб., 2006. С. 6.

²⁰ Алексеев С. С. Философия права. С. 22.

²¹ Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 217–226; Теория государства и права / под ред. О. В. Мартышина. М., 2007. С. 19–21.

²² Лукич Р. О философии права. М., 1978. С. 44–52.

профессиональное правосознание практикующего юриста, не выходящее за пределы действующего права и, по общему правилу, не акцентирующее внимание на ценностной оценке права, на выяснении его смысла, содержания и социального назначения, равно как и на всем том, что не связано с практической деятельностью, то философия права и общая теория права представляют собой более высокие в качественном отношении уровни познания правовой материи. Это уровни не эмпирические, соотносящиеся непосредственно с правотворческой, правоприменительной или иной практической деятельностью, а теоретико-практические, опосредованно связанные с юридической практикой. При этом общая теория права выступает как средний уровень познания права, в то время как философия права представляется высшим уровнем процесса его изучения.

Итак, при общности объекта каждая из этих дисциплин имеет в то же время свой собственный предмет, причем философия права, представляющая собой «учение о сущности права, причинах и основаниях его бытия, его роли в обществе и основных качествах, характеризующих место права (связи и отличия) среди других социальных явлений», является гораздо более общим и широким учением, нежели общая теория права,²³ которая, будучи средним уровнем процесса познания правовой действительности, имеет менее общий, но более богатый по своему содержанию предмет, и находится гораздо ближе к правотворческой, правоприменительной и иной юридической практике.

В научной литературе в связи с этим верно констатируется, что общая теория права, неизменно опираясь на накопленный юридической практикой и отраслевыми юридическими дисциплинами материал и обобщая его, «в конечном счете так или иначе нацелена на решение юридически значимых вопросов жизни общества», таких как проблемы законодательства, правоприменения, правовой культуры, правового обучения и просвещения и др.²⁴

Сказанное вовсе не означает, что философия права является лишь умозрительной дисциплиной и не имеет вообще никакой связи с юридической практикой. Трудно не согласиться с мнением о том, что, хотя «философское видение права» весьма абстрактно, разнообразно и противоречиво, оно опосредованным путем связано с «практической юриспруденцией и способно оказывать влияние на практику решения юридических дел».²⁵ Это достигается преимущественно путем реализации методологической, мировоззренческой, воспитательной и иных функций философии права, а также путем воздействия философии права на практическую юриспруденцию через общую теорию права.

Наряду с данными проявлениями «качественного различия» философии права и общей теории права, следует указать также и на другие их отличительные особенности, в частности связанные с характером и способами получения новых знаний и представлений о праве. Если философия права формируется в виде дедуктивного знания о праве, т. е. знания, полученного не в результате анализа и обобщения эмпирического правового материала и конкретных жизненных факторов, а путем использования выводов и положений, сформулированных другими общественными науками и обусловленных общим представлением исследователей о мироздании,²⁶ то общая теория права выступает как индуктивное знание, полученное

²³ Лейст О. Э. Сущность права. С. 225.

²⁴ Алексеев С. С. Философия права. С. 23.

²⁵ Лейст О. Э. Сущность права. С. 223.

²⁶ Там же; Тихонравов Ю. В. Основы философии права. М., 1997. С. 45.

в результате изучения и обобщения юридической практики и конкретного материала, накопленного отраслевыми юридическими дисциплинами. С методологической точки зрения это означает, что философия права в процессе познания правовой действительности идет от общего к частному, причем истинность конечных знаний с необходимостью зависит от истинности исходных посылок, в то время как общая теория права идет от частного к общему, а истинность получаемых правовых знаний в определяющей степени зависит от характера самого анализируемого эмпирического материала и от уровня профессиональной подготовки исследователя.²⁷

4. В отечественной и зарубежной литературе указывается и на другие проявления «качественного различия» между философией права и общей теорией права. Жан-Луи Бержель, например, аттестуя философию права как «юридическую метафизику» и констатируя то очевидное обстоятельство, что вместе с общей теорией права она совершает попытку понять, «что есть право, в чем оно распознается и каковы его цели и основания», проводит различие между рассматриваемыми областями в зависимости от их соотношения с другими, исходными для них дисциплинами. Такое различие усматривается автором в том, что общая теория права осуществляет познание права «в большей мере, отталкиваясь от права и с целью овладения правилами его применения. Тогда как философия права проявляет себя часто как философия о праве, отталкиваясь от философии с целью сублимации юридического в метафизическом».²⁸

Исходя из сложного и весьма общего характера рассматриваемых дисциплин, довольно трудно решить вопрос о мере тяготения и степени связанности философии права и общей теории права с той или иной дисциплиной или исследуемой правовой материей. Вопрос о том, от какой дисциплины «отталкиваются» философия права и общая теория права в большей, а от какой — в меньшей мере, так же как и вопрос о том, какое начало — юридическое или философское — преобладает в содержании философии права, — это скорее вопрос риторический, не имеющий убедительного, аргументированного решения, нежели рациональный, на который можно дать неоспоримый ответ. На первом плане при ответе на данный вопрос стоит определенная, не всегда убедительная и последовательная логика, а также интуиция, но только не рациональная аргументация.

Аналогично обстоит дело и с некоторыми другими проявлениями «качественного различия» философии права и общей теории права. Это относится, в частности, к утверждению о том, что в общей теории права, в отличие от философии права, «речь идет об изучении права таким, какое оно есть, а не права, каким оно должно быть»,²⁹ что положительное правоведение в лице общей теории права «занимается существующим уже правом», а философия права — «тем, которое должно быть»,³⁰ или что «философия права ищет (и находит) место права в объективном мире и делает это независимо от политических и классовых позиций», а общая теория права «исходит из этих позиций».³¹ Другими словами. речь идет

²⁷ MacCormick N. My Philosophy of Law // L. Wintgens (ed.). *The Law in Philosophical Perspectives*. My Philosophy of Law. Boston, 1999. P. 137–142.

²⁸ Бержель Ж.-Л. *Общая теория права*. М., 2000. С. 19.

²⁹ Там же.

³⁰ См.: Пухта Г. Ф. *Энциклопедия права*. Ярославль, 1872 (цит. по: *История философии права*. С. 377).

³¹ Баскин Ю. Я. *Очерки философии права*. С. 6.

о том, что общая теория права имеет дело в основном с существующим правом, с «сущим» в праве, а философия права — в основном с предполагаемым правом, с «должным» в праве. По словам Г. Пухты, критически относившегося к такой постановке вопроса, речь идет фактически о том, что положительное правоведение в центре своего внимания постоянно держит только наличное, реализуемое, а потому действительное право, а философия права всегда имеет дело только с «недействительным» правом.³²

Однако существование такого «качественного различия» рассматриваемых дисциплин в плане их отношения к сущему или должному в праве трудно доказать рациональным путем; о нем можно говорить лишь на уровне формально-логического мышления или на интуитивном уровне. Ибо общая теория права, которая согласно данному воззрению должна иметь дело преимущественно с сущим в праве, как показывает правотворческая и правоприменительная практика, одновременно касается также и вопросов должного в праве. Например, выделяя среди действующих законодательных актов конституционные законы, общая теория права *a priori* исходит из того, что в каждом из них имеет место требующее к себе внимания и изучения с ее стороны как «сущее», так и «должное». В какой мере здесь соотносится сущее и должное и в какой степени то и другое заполняет содержание объекта познания данной дисциплины — это заведомо вопросы риторического уровня, не имеющие в перспективе сколько-нибудь убедительного решения.³³ И наоборот, сущее в содержании объекта и предмета философии права проявляется, в частности, когда ее сторонники и последователи с философских позиций рассматривают проблемы соотношения законности и правопорядка, вопросы правомерного поведения и правонарушения, вопросы юридической ответственности и др.

Внимание философии права и общей теории права к сущему и должному в праве свидетельствует, с одной стороны, об общем и особенном в рассматриваемых дисциплинах, а с другой — о их тесной взаимосвязанности, о том, что в процессе глубокого и разностороннего познания правовой материи общая теория права нуждается в философии права, а последняя — в общей теории права.

³² Там же.

³³ Pattaro E. The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be. Vol. 1. New York, 2005. P. 3–9.

СТРОГОСТЬ ЗАКОНА СЛЕДУЕТ ПРЕДПОЧЕСТЬ ОБМАНЧИВОЙ МЯГКОСТИ УСМОТРЕНИЯ

Е. Г. ЛУКЬЯНОВА



Лукьянова Елена Геннальевна,
к. ю. н., доцент,
старший научный сотрудник
ИГиП РАН

Время, которое вот уже не одно десятилетие переживает российское общество, следует назвать временем тотального волюнтаризма. Получаем ли мы образование, устраиваемся на работу или обращаемся за медицинской помощью — основой большинства социальных отношений, преимущественным способом воздействия на людей стало усмотрение. И хуже всего, если мы сталкиваемся с усмотрением со стороны лиц, осуществляющих властные полномочия. Доступ к социальным благам, пользование ими, удовлетворение интересов и потребностей зависят сегодня чаще всего не от заранее определенных общих правил, а от усмотрения лиц, наделенных такой возможностью существующей системой социально-политического устройства. Сложившаяся практика повсеместного волюнтаризма изменила мотивационную систему российского гражданина: она

перестала быть нормативно ориентированной, сформировалась установка не на нормы, а на личное усмотрение.

В толковом словаре русского языка понятие «усмотрение» интерпретируется как «решение, заключение, мнение».¹ Усмотрение предполагает, что субъект принимает решение и избирает поведение исходя из собственного мнения. С внешней стороны усмотрение есть произвольное (неограниченное, свободное) решение и выбор соответствующего поведения лицом, обладающим (наделенным) возможностью усмотрения; с внутренней — это мнение субъекта усмотрения. «Мнение» тот же словарь определяет как «суждение, выражающее оценку чего-нибудь, отношение к кому-чему-нибудь, взгляд на что-нибудь».² Итак, усмотрение — это принятие решения на основе субъективного взгляда, субъективной оценки разрешаемой проблемы.

Субъективная оценка, мнение в значительной мере предопределяются личностными особенностями субъекта усмотрения: его умственными способностями, нравственными качествами, свойствами характера, темпераментом, желаниями, предпочтениями и пр. Сказанное отнюдь

© Е. Г. Лукьянова, 2009

¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1995. С. 828.

² Там же. С. 351.

не означает, что решение, принятое на основе субъективного мнения, не обусловливается объективными факторами и будет обязательно неверным и несправедливым, однако гарантий обратного усмотрение само в себе не содержит. Не случайно в древнегреческой философии мнение противопоставлялось знанию как истине. Мнение — знание «ненадежное», «допускающее ложь»,³ которое может быть и неверным.

Таковой видится чистая сущность усмотрения. Вместе с тем проблема усмотрения не так проста, как может показаться.⁴ Это связано с тем, что среда распространения, существования усмотрения предельно широка, а объект усмотрения неоднороден. Усмотрение может выступать как основанием личного собственного поведения человека, так и основой социальных взаимодействий, способом определения поведения других людей. Последний сектор существования усмотрения охватывает действие его в сфере публичных отношений, часто характеризующихся зависимостью одного субъекта от другого. Именно на этот участок действия усмотрения, где объектом его выступают поведение, интересы другого субъекта, прежде всего направлено внимание в данной статье.

Безраздельное господство усмотрения в сфере публичных отношений привычнее называется «волюнтаризмом» — социально-политической практикой, не считающейся с объективными условиями и интересами общества и людей и руководствующейся субъективными желаниями и произвольными решениями осуществляющих ее лиц.

Усмотрение характеризуется такими свойствами, как единичность, конкретность, субъективизм, произвольность, непредсказуемость, придающими складывающимся на его основе социальным взаимоотношениям и социальной системе в целом стихийный, неопределенный и неустойчивый характер, а благодаря допускаемым субъективизмом ошибочности и несправедливости решений — еще и конфликтный. Очевидно, что это далеко от идеала социальных взаимодействий. Люди, объединенные в общество, стремятся к устойчивости и определенности своего существования, конфликты и произвол, выступающие обратной стороной усмотрения, исторически (самоорганизационно или целенаправленно) преодолеваются установлением для усмотрения жестких границ, четких рамок предопределения — закона, строгость которого предпочтительнее даже самого мягкого усмотрения.

Один из генетических и онтологических аспектов закона — его общий характер (общность). Закон есть акт, содержащий абстрактную норму —

³ Знание доступно философам, они любители мудрости, все остальные — любители мнений (Платон. Государство. СПб., 2005. С. 323–324). Парменид соотносит мнение и знание с различными уровнями реальности: чувственное восприятие, направленное на изменчивый мир становления, приводит к «мнениям», «мышлению» и «разум», обращенные на умопостигаемый мир неизменного бытия, приводят к «истине» (Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 380).

⁴ В юридической науке предпринимались попытки исследования этого явления, однако практически все они сориентированы исключительно на проблемы ограничения усмотрения, а не на его сущность. — Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999; Малиновский А. А. Усмотрение в праве // Государство и право. 2006. № 4; Палкова О. А. Усмотрение суда. М., 2005; Пашкевич П. Ф. Закон и судейское усмотрение // Советское государство и право. 1982. № 1; Студеникина М. С. Содержание и границы усмотрения в деятельности государственных органов и должностных лиц, осуществляющих правоприменение в сфере управления // Правоприменение в советском государстве. М., 1985; Тихомиров Ю. А. Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4; и др.

точное и определенное правило поведения общего характера, регулирующее общественные взаимодействия через установление взаимных прав и обязанностей. Общий характер закона означает, что он распространяется на неопределенное и неограниченное число случаев данного рода, а также на конкретно не определенных субъектов. Другими словами, закон не имеет отношения ни к определенному случаю, ни к определенному лицу или объекту. В силу данного своего качества закон и служит целям управления обществом, являясь средством формализации (стандартизации) общественных отношений и связей.

Сущностно присущая закону общность имеет объективные основания в постоянстве общественных отношений, их необходимости, типичности, сходстве, повторяемости, закономерности, соответствии общественным интересам, нравственным основам, ценностным установкам людей, т. е. «нормальности», «правильности». Общий характер закона и отражаемых им общественных отношений выражает стремление людей к стабильности и устойчивости их жизнедеятельности. Следовательно, и сам закон, в силу своей общности, характеризуется стабильностью и постоянством: закон переживает свою реализацию, не исчерпывается исполнением и действует в течение длительного времени.

В общем и абстрактном характере закона, являющемся следствием отражения объективной реальности (социетальных закономерностей), заключаются свойства его осуществлемости (исполнимости, реализуемости) и обязательности для исполнения (исполняемости, ненарушимости). Закон потенциально реализуем и реально исполняем по причине своей общности и объективности. Если же акт, называемый законом, предписывает модели поведения, игнорируя закономерности общественной жизни или вопреки им, добиться его реализации весьма затруднительно даже самыми жестокими методами.

Сказанное свидетельствует о социальной предпочтительности закона, как бы он ни был строг, перед мягкостью усмотрения. Стабильность и объективность закона циклически детерминируют разумность, предсказуемость, стабильность социальных взаимодействий, формируют у граждан нормативно ориентированную мотивацию, позволяющую согласовывать собственное поведение с системой ожиданий относительно взаимного поведения.

В силу своего общего характера закон, посредством установления нормы, в равной для каждого мере определяет границы личной свободы человека, что является более справедливым, нежели установление этих границ личным усмотрением и персонально, т. е. различно. Индивидуальная предпочтительность закона видится в том, что он выступает средством, гарантирующим личную свободу, формальное равенство и, в определенной мере, справедливость.

В этом и состоит основной смысл внесенной в заглавие статьи цитаты, принадлежащей перу русского и советского ученого, профессора полицейского права А. И. Елистратова.⁵ Еще в Древней Греции люди осознали предпочтительность общего закона перед произволом властвующих, защитительный характер закона. Требование общего закона стало знаменем французской революции, и благодаря работам Ж.-Ж. Руссо представление о законе как общей и абстрактной норме прочно вошло

⁵ Елистратов А. И. Очерк государственного права (конституционное право). 2-е изд., перераб. М., 1915. С. 61.

в европейскую политико-правовую мысль. Казалось бы, проблема решена: общество нашло способ оградить своих членов от произвольного усмотрения лиц, обладающих властными полномочиями, построить социальную жизнь на основах стабильности и предсказуемости.

Однако диалектика соотношения усмотрения и закона сказанным далеко не исчерпывается. Даже если допустить, что общество научилось создавать (открывать) идеальные законы, на долю усмотрения все равно останется немалая часть социальной среды. Прежде всего, это обширная область, лежащая за пределами нормативной регламентации, — сфера человеческого существования, объективно не поддающаяся и не нуждающаяся в нормативной регуляции. Кроме того, объективная необходимость в усмотрении возникает на этапе использования и применения (индивидуализации) закона к конкретным условиям, ситуациям и лицам. Имеется в виду, во-первых, «субъективное» усмотрение — возможность субъекта права выбрать наиболее приемлемый вариант поведения из ряда возможных, во-вторых, административное и судебное усмотрение, содержание которых заключается в предоставленном лицу (должностному лицу, судье) законом полномочии выбирать вариант поведения (решения) между двумя или более альтернативами, каждая из которых является законной. Здесь речь идет об усмотрении не в чистом виде, а об усмотрении, цели, предмет, пределы и условия которого четко ограничены законом. Использование судебного или административного усмотрения в процессе разрешения индивидуальных юридических дел (применения нормы закона к отдельному случаю и лицу) само по себе социально ценно, так как направлено на достижение наиболее справедливого, объективного, целесообразного и гуманного решения на основе исследования и учета особенностей конкретной личности и обстоятельств дела. Социальная полезность «субъективного» усмотрения аналогична. Проблемы на этих участках соотношения закона и усмотрения могут возникнуть в силу несовершенства закона либо злоупотребления им.

Но люди не научились создавать идеальные законы. Более того, по мере угрожающего расширения сферы использования закона трансформируется его субъективная составляющая и подменяется содержание. Закон есть неразрывное единство объективного и субъективного, некий объективно-субъективный континуум. Как объективное социальное явление закон отражает объективные общественные отношения: экономические, культурные, социальные (в узком смысле слова), политические, и сам выступает основанием развития многих общественных отношений. В этом аспекте закон есть отражение, и вместе с тем фрагмент (звено) социетальных закономерностей. В его содержании фокусируются начала объективной социетальной необходимости, истины и справедливости. Как субъективное социальное явление закон сегодня — продукт деятельности конкретных лиц, которым общество доверило от своего имени осуществлять функцию законодательства. Субъективная составляющая закона представлена истинностью и адекватностью познания и формализации (научной проработанности, логической выверенности и пр.) законодателем объективных социетальных закономерностей, их степенью и качеством. На участке познания и формализации объективных закономерностей, которые не ограждены от влияния субъективных качеств, воли, ожиданий и предпочтений лиц, участвующих в законодательном процессе, часто и происходит «подмена» содержания закона, искажение либо элиминация его объективной составляющей.

Отражая указанную онтологическую многоаспектность закона, в мировой политико-правовой мысли сложились многообразные воззрения

на закон, крайними из которых, абсолютизирующими, соответственно, объективную или субъективную его стороны, являются теория, сводящая юридический закон к жесткой необходимости, неизменности (закону в научном смысле слова),⁶ и «авторитарная» волюнтаристская трактовка закона как выражение воли (произвола) органа государственной власти, «авторитета» и пр.⁷

Последняя, по сути, сводит закон к усмотрению. Понятие «воля» в данной трактовке закона применяется не в научно-психологическом, а в общеупотребительном смысле — как неограниченность, «возможность распоряжаться»,⁸ другими словами — как произвол.

Представления о законе как усмотрении (произволе) властвующих возникли еще в древности,⁹ но наиболее активно стали развиваться в рамках позитивистской школы права, а точнее, его этактического (этактистского) варианта, в конце XIX — XX в.¹⁰ Именно позитивистская теория права открыла путь усмотрению в закон, освободив его от всевозможных «метафизических спекуляций» в виде справедливости, свободы, нравственности, объективной (божественной) необходимости и пр., а крайние ее последователи определили закон как выражение воли, т. е. усмотрения, органов государственной власти (лиц, осуществляющих государственно-властные полномочия). Попутно хотелось бы заметить, что когда Ж.-Ж. Руссо назвал

⁶ Так, в древнегреческой философии первоначально всех вещей и Космоса («апейрон») обеспечивает порядок, строй, структуру мира и Закон (закономерности), питающий все человеческие законы (Исаев И. А. *Метафизика власти и закона*. С. 24, 40). Российский законовед З. А. Горюшкин материальные признаки закона видел в его постоянстве и неизменности. Под законом, в отличие от учреждения и указа, «разумеются все те установления, которые ни в какое время не могут переменяться» (Горюшкин З. А. *Руководство к познанию российского законоискусства*. Т. 1. СПб., 1811. С. 75). Немецкий ученый Циттельман считал, что юридический закон, подобно закону в научном смысле слова, есть утверждение известных последствий при наличии известных условий (Zittelmann E. *Irrthum und Rechtsgescheft*. Leipzig, 1879. S. 202 ff.; цит. по: Гамбаров Ю. С. *Гражданское право*. Общая часть. М., 2003. С. 256). Отечественный правовед Ю. С. Гамбаров в качестве материальных признаков юридического закона, объединяющих его с понятием закона в научном значении, указывает, помимо общности, признак необходимости (Гамбаров Ю. С. *Гражданское право*. С. 241).

⁷ Например, Г. Ф. Шершеневич один из признаков закона видит в том, что он «составляет прямое выражение воли органов государственной власти» (Шершеневич Г. Ф. *Общая теория права*. Вып. 2. М., 1911. С. 381); государствовед В. В. Ивановский также определяет закон как выражение воли государственной власти: «Сказать, что закон должен иметь какое-либо определенное содержание... это значит ставить государственную власть в известные пределы, приурочивать выражение государственной воли к определенным предметам, ограничивать, следовательно, государственный суверенитет и впадать, таким образом, в логическое противоречие» (Ивановский В. В. *Новые учения о законе // Юридическая летопись / под ред. Н. Д. Сергеевского*. 1892. Т. 10. С. 211, 213).

⁸ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. *Толковый словарь русского языка*. С. 92.

⁹ «Устанавливает же законы всякая власть в свою пользу», — полагал софист Фрасимах, — а «установив законы, объявляет их справедливыми для подвластных» (Платон. *Государство*. СПб., 2005. С. 174).

¹⁰ В России ярким представителем этактического варианта позитивистской теории права являлся Г. Ф. Шершеневич. Этактистско-позитивистских воззрений на закон придерживались В. Ф. Залеский, В. В. Ивановский и др. В советский период развития юридической науки этактический позитивизм занимал господствующие позиции. При этом варианты интерпретации закона как выражения «воли господствующего класса», «воли народа», «государственной воли общества» существа волюнтаристской трактовки закона не меняют.

закон актом общей воли,¹¹ он подразумевал общее признание закона и общий интерес, который имеет в виду закон, но не свободу и неограниченность в установлении содержания закона. «То, что есть благо и что соответствует порядку, — пишет Ж.-Ж. Руссо, — является таковым по природе вещей и не зависит от соглашения между людьми».¹²

Квинтэссенция позитивистской юриспруденции — отказ от исследования сущностных и аксиологических аспектов правовых явлений во имя чистоты юридического знания и деидеологизации юридической науки. Формализация понятий права и закона — цель и неизбежное следствие позитивистской методологии. Однако в игнорировании сущностных моментов правовых явлений позитивизм не стал и не мог быть последовательным. Место «изгнанных» из понятия закона «необходимости», «справедливости», «истины» вскоре занято «волей» — произволом, усмотрением. Вспоминаются слова английского писателя Гилберта Честертона: «Из Гадаринской легенды мы изгнали только Христа; и бесы, и свиньи — с нами».¹³ Мы изгнали из понятий права и закона справедливость, необходимость, истину (правду); с нами — произвол и усмотрение властвующих.

Выхолащивание сущностных, содержательных моментов из интерпретаций тех или иных социальных явлений оборачивается обоснованием и оправданием их наполнения произвольным содержанием, на практике, как правило, оказывающимся социально вредным. Поэтому позитивистская юриспруденция в крайних своих вариантах неизбежно эволюционировала в волюнтаризм. Формализация и, как следствие, волюнтаризация права и закона логические начала имеет не только в позитивистской методологии, основа ее глубже — это общая тенденция к формализации культуры, в которой «старые идеалы погибают, а остаются только старые слова, как пустые скорлупки, которые каждый человек может наполнить смыслом по своему вкусу, вне зависимости от конечных результатов».¹⁴

Такое искажающее существо и нивелирующее функциональное значение закона, вульгарно формальное, волюнтаристское его понимание прочно утвердилось на отечественной научной ниве. Сводя смысл закона к усмотрению, воле властвующих (в лучшем случае не противодействуя такому пониманию закона), юридическая наука становится прямо причастной к наблюдаемой ныне девальвации понятия и роли закона и к практическим последствиям этого в области законодательства и правореализации, да и государственного управления в целом. Без критики, как на нормальное состояние в современной юридической литературе указывается на то, что мотивация субъектов правотворческой деятельности, их ценностные ориентации, интересы, целевые установки «определяющим образом влияют на результат законотворчества — на содержание законов, а в конечном счете — на эффективность правового регулирования общественных отношений».¹⁵ Говоря об административном усмотрении, Ю. А. Тихомиров отмечает: «Именно оно, подчас в решающей степени, определяет содержание законов и актов управления, позиции и действия госорганов, отношения госслужащих к людям и к нуждам предприятий».¹⁶

¹¹ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты. М., 2000. С. 228.

¹² Там же. С. 226.

¹³ Честертон Г. К. Битва с драконом // Собр. соч. В 5 т. Т. 5. СПб., 2000. С. 329.

¹⁴ Леони Б. Закон и свобода. М., 2008. С. 154.

¹⁵ Шувалов И. И. Теория законотворчества. М., 2006. С. 120.

¹⁶ Тихомиров Ю. А. Управление на основе права. М., 2007. С. 299.

Но ведь не о господстве усмотрения, воли лиц, которым общество доверило реализацию властных полномочий, их ценностных ориентаций, интересов, целевых установок идет речь, когда говорят о «господстве закона», «верховенстве закона», «законности». Разве такой смысл вкладывается в эти универсальные основополагающие начала правовой и социальной организации общества?

Непоследовательной в отношении научной интерпретации закона представляется и развиваемая в современной российской юридической науке либертарная теория. Высвободив понятие права из оков волюнтаризма (в интерпретации либертаристов — легизма) и наполнив его ценностным содержанием, сторонники либертарной теории не продвинулись в ценностном понимании и трактовке закона. Ведя речь о правовом и противоправном (правонарушающем) законе, либертаристы, оставаясь на позитивистских позициях в трактовке закона, так же как и приверженцы волюнтаристского понимания закона, отводят ему лишь роль формы.¹⁷ Однако как при такой научной интерпретации закона возможно предъявлять какие-либо требования к его содержанию, в том числе о соответствии его праву?

Волюнтаристская трактовка закона лишает его разумной определенности и устойчивости, уникальности. Понятием закона могут охватываться по существу совершенно разные и даже противоположные явления от *Habeas Corpus Act* до Нюрнбергских расовых законов.¹⁸ В рамках волюнтаристского понимания закона не может быть поставлен вопрос о целесообразности закона, его способности приводить к установленной цели. Между тем сущность социального явления проявляется в его функциях, социальном назначении, цели. Закон потому и является таковым, что выполняет определенные функции. Социальное назначение его — служить средством управления: упорядочивания, уравнивания, интеграции, стабилизации отношений в государственно-организованном обществе как сверхсложной социальной системе. Бесспорно, что цель обеспечения стабильности и устойчивости развития, целостности системы не может быть достигнута без знания и учета закономерностей развития этой системы, тем более вопреки этим закономерностям. Медицина, имеющая своим назначением лечение организма, не может не опираться на знания и учет закономерностей устройства и функционирования организма. Так же и законодательствование, как деятельность, направленная, в том числе, на лечение «болезней» общества, не может не опираться на знание и учет закономерностей его устройства и функционирования. Если медицина становится усмотрением, волей врачей, она перестает быть таковой и выполнять свое функциональное назначение. Следовательно, и закон, становясь только усмотрением и волей законодателя, перестает быть законом и выполнять положенные ему функции. Называться законом будет какое-то другое явление, выполняющее иные функции. Общество при этом в лучшем случае ожидают конфликты и кризисы, в худшем — распад.

Законодательная функция власти, впрочем, как и вся государственная власть в целом, принадлежит обществу как надындивидуальному целому и совокупности индивидов с их общими интересами. Законодатели суть реализаторы, исполнители законодательной функции государства как

¹⁷ См., напр.: *Нерсисянц В. С.* Философия права. М., 2003. С. 36; *Четвернин В. А.* Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003. С. 18.

¹⁸ Законы, принятые по инициативе А. Гитлера: «Закон о гражданстве Рейха» и «Закон об охране германской крови и германской чести».

политико-правовой организации общества. Эта функция доверена, передана им обществом. Задача законодателя — адекватно познать, выявить, объективировать закон как отражение и фрагмент (звено) социетальных закономерностей. Степень и качество этой адекватности зависят не только от моральных и интеллектуальных качеств лиц, участвующих в законодательном процессе, но и от общественного участия и контроля, формы которого варьируются от самых, казалось бы, неочевидных до радикальных. Это прежде всего общественное мнение, согласие граждан относительно тех или иных законов, осознание необходимости им повиноваться, гражданская активность и ответственность, уровень правового сознания и правовой культуры граждан, деятельность общественных объединений. Можно говорить и о специальных формах контроля: политической и юридической ответственности исполнителей функции законодательства (перевыборы, дисциплинарная и иная ответственность лиц, участвующих в законодательном процессе). Лица, которым общество доверило осуществление функции законодательства, не должны забывать о том, что мера, в которой закон будет их собственным усмотрением, напрямую зависит от граждан, их участия и контроля.

Немаловажную роль играет и научная общественность, в особенности юридическая. Одной из задач юридической науки сегодня видится обоснование иного, не волюнтаристского понимания закона, разработка учения о законе, идеологические и познавательные функции которого отвечали бы реалиям и потребностям нынешнего времени и способствовали бы поднятию авторитета закона, его роли как средства обеспечения стабильности, целостности социальной жизни, поддержания общественного порядка. Неоценимую помощь в этом может оказать обращение к богатейшему мировому наследию политико-правовых воззрений в области знаний о законе. На протяжении тысячелетий юридическая мысль развивала представления о законе как справедливости, истине, божественной необходимости, общем благе и пр., оставив на долю волюнтаристских суждений лишь краткие мгновения.

СУБЪЕКТ ПРАВА: ОТ КЛАССИЧЕСКОЙ К ПОСТКЛАССИЧЕСКОЙ ПАРАДИГМЕ

И. Л. ЧЕСТНОВ*

Ниже будут рассмотрены отличия субъекта права и неразрывно связанного с ним представления о субъекте права в «классической» философско-правовой традиции, в том числе в теории права, и в постклассической философии права.

В качестве предварительного положения следует отметить, что субъект права есть частный случай субъекта общественных отношений. «Замкнутого», самодостаточного, обособленного от субъекта экономики, политики и т. д. субъекта права, формализованного (а значит, и порождаемого) законодательством, быть не может. В противном случае пришлось бы опровергнуть ограничительные теоремы К. Геделя, теорию лингвистической относительности У. Куайна, положения структурной лингвистики (в частности, контекстуальности смысла и значения высказывания), второй закон термодинамики и др. считающиеся доказанными теоретические положения. Субъект права существует в нерасчлененной целостности (зачастую в одном лице) с субъектом экономических, политических и др. отношений. Эти «срезы», стороны субъекта — не что иное, как его социальные статусы, роли, из которых складывается реальное положение человека в обществе. Общество является относительно субъекта права метасистемой, обуславливающей его и обуславливаемой, в свою очередь, им. Поэтому только с позиций социума, диалога (в онтологическом и гносеологическом смысле) с общественным целым можно адекватно описать и объяснить субъекта права. Одновременно это означает, что описание и объяснение такой абстрактной категории, как «субъект права», возможно только с привлечением философско-правового знания.¹

* Честнов Илья Львович — д. ю. н., профессор, кафедра государственно-правовых дисциплин Санкт-Петербургского юрид. ин-та (филиала) Академии Генеральной прокуратуры РФ.

© И. Л. Честнов, 2009

¹ Чрезвычайно сложной и дискуссионной является проблема соотношения философского, теоретического (научного, относящегося к «среднему уровню») и эмпирического знания. Действительно, это разные типы дискурса, разные способы аргументации. Однако юридическая теория в принципе невозможна без диалога, взаимообусловленности этих уровней знания. Так, описать (сформулировать понятие) субъекта права в законодательстве без привлечения таких понятий, как свобода, формальное равенство, которые суть философские категории и потому являются ценностно-идеологически окрашенными, зависящими от исторического и социокультурного контекста, полисемантическими понятиями, никому и никогда не удастся. В то же время субъект права как формально-догматическое явление не может быть адекватно проанализирован без привлечения эмпирических данных (полученных с использованием социологических

С точки зрения социальной антропологии права — научно-исследовательской программы, развиваемой автором, — требуется уточнить две основные характеристики субъекта права: правосубъектность и правовой статус. *Правосубъектность* — это условие (предпосылка, основание), составляющее возможность быть субъектом права. Содержание правосубъектности определяется задаваемыми обществом условиями правовой социализации, вытекающими из условий социализации в целом, т. е. возможности быть нормальным (с точки зрения данного социума) человеком, адекватно воспринимать мир и руководить собственными действиями. *Правовой статус* выступает содержанием субъекта права и определяется реальным положением человека в правовом поле данного социума; это юридическое выражение (в нормах права, правосознании и правопорядке) фактического социального положения человека в обществе. Правовой статус изначально принадлежит человеку, который может представлять себя лично (в таком случае он будет физическим лицом), или должность, или коллективное образование (должностное лицо или коллективный субъект).

«Классическое» представление о субъекте права, которое несколько веков считалось (и считается до сих пор в традиционной юридической трактовке) не подлежащим сомнению, сложилось в Новое время, хотя его предпосылки коренятся в античной философии и христианстве. Особую роль в деле формирования представления о субъекте права и самого субъекта права сыграла так называемая «Папская революция»,² в частности западно-христианские догматы,³ заложившие основы западной культуры. Константами последней являются индивидуализм, рациональность и экстернализм (креативная, направленная на преобразование внешнего мира миссия человека). Отсюда, основными характеристиками субъекта права (в западной традиции) следует назвать автономность, свободу, разумность (рациональность), прозрачность, или рефлексивность (самопознаваемость), и креативность (преобразовательная миссия в отношении внешнего мира и самого себя). Эти признаки связаны и взаимно предполагают друг друга. Так, лидер Франкфуртской школы А. Хоннет определяет одним из признаков классического представления о субъективности считает индивидуальную автономность.⁴ Последняя предполагает прозрачность самопонимания (в том числе собственных действий), авторство в производстве результатов деятельности и самовоспроизводстве, индивидуальное самоопределение или личную свободу.⁵

Важной характеристикой субъекта права в классической трактовке является его разумность, т. е. способность адекватно воспринимать

знаний), которые демонстрируют эффективность и действенность (включающую оценку населением) любой юридической догмы.

² Первым сформулировал это понятие и дал его развернутое содержательное обоснование О. Розеншток-Хюсси (*Rosenstock-Huessy E.* 1) *Die Europäischen Revolutionen und der Charakter der Nationen*. Moers, 1987; 2) *Out of Revolution: Autobiography of Western Man*. Providence, 1993); см. также: *Берман Г.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 93–124.

³ Среди них особо следует выделить догматы боговоплощения, чистилища, доктрину искупления А. Кентерберийского.

⁴ *Honneth A.* *Dezentrierte Autonomie: Moralphilosophische Konsequenzen aus der modernen Subjektkritik // Das Andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie*. Frankfurt/M, 2000. S. 237.

⁵ *Ibid.* S. 237–239.

(объективно, аподиктично постигать, объяснять и предсказывать) мир и себя в мире и на основе этого истинного знания рационально действовать. При этом связь разума и рациональности действия представлялась однозначной причинно-следственной зависимостью. Разум в классическую эпоху, по справедливому замечанию З. Баумана, выступает «законодательной властью» философа, познавшего истину и выполняющего роль «идеального учителя». ⁶ З. Бауман формулирует идею «законодательного разума» как главную характеристику Нового времени (эпохи Просвещения), приводя цитату из «Критики чистого разума» И. Канта: задача разума, верховным представителем которого выступает философ, состоит в учреждении суда, «который бы подтвердил справедливые требования разума, а с другой стороны, был бы в состоянии устранить все неосновательные притязания — не путем приказания, а опираясь на вечные и неизменные законы самого разума». ⁷ Очевидно, что отсюда вытекает универсальность и неизменность содержательных характеристик субъекта права.

Итак, в классической философии и юриспруденции господствовало представление о субъекте права как о самодостаточной трансцендентной сущности — центре правовой системы.

В XX в. в связи с процессами глобализации, информатизации, постиндустриализации социума и постмодернизации его культуры формируются иные характеристики субъекта общественных отношений, субъекта права и, соответственно, иное представление о последних. ⁸ Прежде всего, подвергается сомнению индивидуальная автономность человека, адекватно воспринимающего мир, а потому способного рационально руководить своими действиями и давать в них отчет (нести позитивную и негативную ответственность). А. Хоннет связывает это с открытиями психоанализа и структурной лингвистики. Психоанализ открыл неподвластные сознанию движущие силы и мотивы индивидуального действия, тем самым опровергнув прозрачность субъекта, на которой настаивала классическая философия. Структурная лингвистика Ф. де Соссюра, а также работы позднего Л. Витгенштейна показали зависимость индивидуальной речи ⁹ от предданной системы языковых значений. Поэтому, делает вывод А. Хоннет, человек как субъект не может считаться инстанцией конституирования смысла или создания значений в том виде, в каком он воспринимался, прежде всего, трансцендентальной философией. ¹⁰

Приблизительно эта же мысль была высказана в 1960-х годах Р. Бартом и М. Фуко, провозгласившим «смерть субъекта». Кто является автором текста (законодателем), если его активность определяется структурой,

⁶ *Bauman Z. Philosophical affinities of postmodern sociology // The Sociological Review. 1990. Vol. 38. N 3. P. 413.*

⁷ *Кант И. Соч. В 6 т. Т. 3. М., 1964. С. 684.*

⁸ При этом основная интенция постмодернистской философии направлена на критику классического субъекта, а содержательные характеристики постсовременной субъективности определяются через различение с первым.

⁹ В юриспруденции речь играет роль действия. А. С. Александров — специалист в области уголовного процесса — указывает, что право не есть действующий закон с раз и навсегда установленным смыслом, а представляет собой дискурс, текст, т. е. совокупность самопроизводных, сменяющих друг друга, конкурирующих друг с другом речевых практик, опосредующих, легитимизирующих применение насилия в обществе (Александров А. С. Введение в судебную лингвистику. Н. Новгород, 2003. С. 5).

¹⁰ *Honneth A. Dezentrierte Autonomie. S. 237.*

контекстом, которые, по сути, управляют субъектом?¹¹ Более того, структура, например в лице идеологии, по мнению Л. Альтюссера, превращает человека в субъекта, классифицируя, ранжируя, определяя его социальное положение и во многом судьбу.¹²

Критика автономности субъекта в постмодернистской философии разворачивается в плоскость контроля человека над природой, социальным миром и самим собой. Преобразовательная миссия человека сегодня подвергнута сомнению в силу непредсказуемости массовых (да и индивидуальных) действий и их последствий. Это связано как с усложнением социального мира, так и с осознанием его нелинейности, стохастичности, принципиальной непредсказуемости, на чем настаивает синергетика. Тем самым человек признается не творцом Вселенной (хотя бы социальной), но объектом воздействия объективных, безличностных экономических, политических и других сил. Утрата человеком контроля над большинством значимых социальных процессов представляется З. Бауману наиболее важной характеристикой современного «индивидуализированного» общества. «Общества, некогда боровшиеся за то, чтобы мир стал прозрачным, неуязвимым для опасностей и избавленным от сюрпризов, теперь обнаруживают, что их возможности целиком зависят от переменчивых и непредсказуемых таинственных сил... Вещи — и прежде всего наиболее важные — “выходят из-под контроля”... что, в свою очередь, ведет к параличу политической воли, к утрате веры в то, что коллективным образом можно достичь чего-либо существенного, а солидарные действия способны внести решительные перемены в состоянии человеческих дел. Существующая

¹¹ Расхожим в постструктурализме является высказывание: не человек говорит языком, но язык говорит человеком. Это объясняется тем, что мы говорим не нами придуманными словами, фразами, предложениями. Более того, любой текст отсылает к интертексту, тот к следующему и т. д.

¹² Именно идеология осуществляет узнавание и интерпелляцию (запрос, призыв) субъекта, а тем самым его рекрутирование. «Идеология “действует”, или “функционирует”, так, что среди индивидов она “рекрутирует” субъектов (она рекрутирует их всех); или “трансформирует” индивидов в субъектов (она трансформирует их всех). Происходит это в той самой операции, которую я называю *интерпелляцией*, или окликиваем. Эта операция стоит за самыми обычными действиями, например, когда полицейский (или кто-нибудь другой) окликает тебя: “Эй, ты!”... Индивид, которого только что окликнули на улице, обернулся. В результате этого “психологического поворота на сто восемьдесят градусов” он превратился в субъекта. Почему? Потому что он распознал, что оклик был “действительно” адресован ему и что “окликнули действительно его” (а не кого-то другого)... И вы, и я всегда уже субъекты и как таковые постоянно исполняем ритуалы идеологического узнавания, гарантирующего, что мы действительно есть конкретные, индивидуализированные, различные и (естественно) незаменимые субъекты» (Althusser L. *Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes towards an investigation)* // *Mapping Ideology*. London, 1994. P. 130–131).

Приблизительно так же рассуждает П. Бурдьё, ставя на место идеологии символическую власть номинации: «...слова, названия конструируют социальную реальность в той же степени, в какой они ее выражают, и являются исключительными ставками в политической борьбе за навязывание легитимного принципа видения и делания». «Чтобы изменить мир, нужно изменить способы, по которым он формируется, т. е. видение мира и практические операции, посредством которых конструируются и воспроизводятся группы» (Бурдьё П. *Социальное пространство и символическая власть* // *Социология социального пространства*. М.; СПб., 2005. С. 79, 84). «Право, безусловно, является наивысшей формой символической власти номинации, создающей именованные вещи и, в частности, группы» (Бурдьё П. *Власть права: основы социологии юридического поля* // *Социальное пространство: поля и практики*. М.; СПб., 2005. С. 104).

ситуация все чаще расценивается как должное, как высшая необходимость, в которую люди могут вмешиваться лишь во вред самим себе».¹³

На потере чувства онтологической безопасности в эпоху позднего модерна, характеризующуюся беспрецедентной перманентной изменчивостью, настаивает Э. Гидденс. Он выводит эту экзистенциальную характеристику из глобализации рисков и их некалькулируемости. Определение современного общества как «общества риска» (термин У. Бека) предполагает, что ни один из аспектов человеческой деятельности не следует безусловно предустановленной линии, а обусловлен сочетанием случайных событий. Социальная жизнь позднего модерна отличается «созданной неопределенностью», которая вытекает из социализации природной среды, роста преобразовательной деятельности человека. «Понятие риска становится центральным в обществе, в котором существует разрыв с прошлым, с традиционностью, и которое открыто проблематичному будущему».¹⁴ Рациональная калькуляция, выражающая «целерациональность действия» (М. Вебер), — конститутивный элемент «наивного Просвещения» — в условиях радикальной неопределенности, связанной с невозможностью контролировать реальность, трансформируется в установку доверия, прежде всего к абстрактным институтам. Именно механизм доверия формирует чувство онтологической безопасности, без которого невозможно существование в ситуации позднего модерна.¹⁵

Еще одной характеристикой субъекта права в постклассическую эпоху является его перманентная изменчивость, обусловленная бурными переменами во всех сферах общества. По мнению Э. Гидденса, небывалый ранее динамизм — главная отличительная черта модерна. Динамизм выражается в «сжатии» пространства и времени, в «отрыве» социальных институтов от локальных контекстов и в рефлексивности социальных практик, в том числе в постоянном пересмотре практических конвенций.¹⁶ В праве динамизм проявляется также в беспрецедентной изменчивости законодательства, в результате чего юридическое образование едва успевает за «инфляцией юридических норм».¹⁷ Эта изменчивость вызывает вполне понятное стремление общества выработать такое право, «которое будет сводиться к нескольким ясным и понятным для всех принципам. Однако эволюция сложных обществ показывает совершенно иное: таким обществам присущ безудержный рост правовых норм. [Во Франции] 1995 г. был рядовым годом в этом отношении: на свет появились 1350 законов и 1407 декретов, которые влились в законодательный и нормативный поток предыдущих лет, поскольку в силе остается все то, что не было отменено... Кроме того, жесткие рамки кодификации не сдерживают право. Считается, что более 4000 признанных преступными деяний, не упоминающихся в новом Уголовном кодексе, находятся в некодифицированных текстах. Неопределенность права возрастает, когда некоторые законы предусматривают потенциальную возможность прекращения срока своего действия, или по меньшей мере, скорый пересмотр... Сегодня никто не знает все содержание права, за исключением компьютеров, этих новых анонимных "Дигест"».¹⁸

¹³ Бауман З. Индивидуализированное общество. М., 2002. С. 67.

¹⁴ Giddens A. The Consequences of Modernity. Cambridge, 1990. P. 111.

¹⁵ Ibid. P. 34–36.

¹⁶ Ibid. P. 18–19.

¹⁷ Рулан Н. Историческое введение в право. М., 2005. С. 13.

¹⁸ Там же. С. 193–194 (пояснение в квадратных скобках дано нами. — И. Ч.).

Динамизм, постоянная изменчивость, подвижность субъекта права выражается в многомерности его характеристик. Субъекта (в частности, субъекта права) невозможно свести к какому-либо одному существенному признаку, что проявляется в множественной идентичности субъекта, ее «размытости», в связи с чем говорят о «расколотости» Я, «шизофреничности» сознания современного человека. Э. Гидденс отмечает, что личностная идентичность перестает восприниматься как некая объективная данность (связанная, например, с социально-классовой структурой общества или свойством человека), становясь рефлексивным проектом.¹⁹ При этом важнейшим аспектом выбора личностной идентичности является выбор индивидуумом стиля жизни — интегрированного комплекса практик.²⁰

В современной психологической антропологии утверждается иллюзорность стабильности структур личности. Каждая личность состоит из различных взаимодействующих друг с другом Я-позиций. Эти позиции включают внутреннее *self*, социальные *selves* или части этих *selves*, *self*-объекты и других (или аспекты других). Экзистенциальное Я посредством воображения облекается в каждую из форм, когда вспоминает и предвидит соответствующие социальные ситуации и диалоговые интеракции. Является ли *self* гомогенным или фрагментарным — зависит отчасти от темпа и сложности социальной жизни: некоторые социальные условия способствуют фрагментаризации, другие восстанавливают чувство целостности.²¹

Многомерность и динамизм субъекта права формируют такую его характеристику, как релятивность, или принципиальная амбивалентность. Это касается как оценки свойств личности, так и результатов ее деятельности. Плюрализм ценностей не позволяет однозначно оценить какое бы то ни было, в том числе юридически значимое, действие человека. Не случайно Э. Гидденс считает ценностный релятивизм одним из важнейших признаков «позднего модерна».²² Поэтому невозможно квалифицировать, например с точки зрения общественной опасности, строительство таких объектов «повышенной общественной опасности», как атомные электростанции, нефтеперерабатывающие заводы, или захоронение ядерных отходов. Принципиальная непредсказуемость любого более или менее сложного человеческого действия, особенно коллективного, не дает возможности оценить его в качестве полезного, индифферентного или вредного.

Указанные многомерность права и характеристики субъекта права особо отчетливо проявляются в ситуации мультикультурализма, собственного современному социуму. Множественность правовых идентификаций неизбежно порождает конфликт норм. Последний выражается в конфликте юрисдикций в тех государствах, в которых мультикультурализм

¹⁹ Giddens A. *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*. Cambridge, 1991. P. 53.

²⁰ Ibid. P. 81.

²¹ Ingham J. M. *Psychological anthropology reconsidered*. Cambridge, 1996. P. 107; Crapanzano V. *Some Thoughts on Hermeneutics and Psychoanalytic Anthropology* // *New direction in Psychological Anthropology* / Th. Schwarz, G. M. White, C. F. Lutz (eds.). Cambridge, 1994. P. 294.

²² Следует заметить, что английский социолог утверждает в то же время наличие универсальной ценности, которая состоит в осознании взаимной связанности, взаимобусловленности, необходимость чего диктуется глобализацией (Giddens A. *Beyond Left and Right: The Future of Radical Politics*. Cambridge, 1994. P. 253).

положен в основу правовой политики (Канада, Австралия, Индия, Израиль, Великобритания, отчасти США). В этих странах признается возможной юрисдикция этнических сообществ в вопросах семейного и отчасти гражданского права. Более того, практика уголовного преследования в США признает возможным принимать во внимание культурные нормы лиц, проходящих по уголовному делу.²³ Тем самым признается право на культурные различия, но нарушается принцип формального равенства. Проблема мультикультурализма — одна из острейших и не имеющих на сегодняшний день однозначного решения в юриспруденции.

Вышеизложенные изменения, которые претерпевает трактовка субъекта права в постклассическую эпоху, обусловлены трансформацией постиндустриального общества и его культуры, прежде всего изменениями господствующей картины мира. Среди них следует назвать, во-первых, «исчезновение» объективной реальности: социальная реальность не существует как некая объективная данность, вне и без субъектного (психического) представления о ней. Социальный мир (и мир права) — это не люди, действия, результаты действий, предметы, природная среда, а значения и смыслы, которыми последние наделяются (означиваются и осмысляются).

Во-вторых, постклассическая социальная онтология отказывается от признания закономерности, причинной обусловленности социального (и правового) мира.²⁴ Пожалуй, синергетика нанесла наиболее ощутимый удар по этому «наивно-просветительскому» проекту. Кроме того, существуют принципиальные логико-семантические парадоксы, присущие причинному объяснению социальных явлений (например, преступности).²⁵

В-третьих, постклассическая социальная эпистемология провозгласила «конец проекта Истины» (Р. Рорти).²⁶ Истина — по мнению лидера

²³ Американка японского происхождения утопила двоих малолетних детей и сама пыталась (неудачно) покончить жизнь самоубийством из-за измены мужа. Суд признал эти действия соответствующими древнему японскому обычаю и практически оправдал ее, назначив один год тюремного наказания, который она провела находясь под следствием. По другому уголовному делу суд оправдал американца китайского происхождения за убийство жены вследствие ее неверности, сочтя эти действия согласующимися с китайским обычаем смывать позор. В третьем уголовном деле американка лаосского происхождения была похищена с места работы и принуждена к вступлению в половой акт. Насильник-иммигрант лаосского происхождения был приговорен к 120 дням тюрьмы и 900 долларам возмещения нанесенного ущерба, так как его племя такой способ выбора невесты считает обычным (Coleman D. L. Individualizing Justice through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma // Columbia Law Review. Vol. 96. 1996. N 5. P. 1101–1136).

²⁴ Ю. Д. Блувштейн и А. В. Добрынин отмечают, что «в детерминистской традиции число следствий неизменно превышает число породивших их причин. Поэтому, как замечено со времен Аристотеля, любая причинная цепь сходится, если двигаться вдоль нее в направлении, обратном течению времени, и в своей исходной точке неизбежно представлена одной-единственной первопричиной. В связи с этим у криминолога возникает сильнейшее искушение обнаружить первопричину преступности, причем обязательно такую, которой можно было бы без колебаний присвоить знак минус» (Блувштейн Ю. Д., Добрынин А. В. Основания криминологии: опыт логико-философского исследования. Минск, 1990. С. 146–147).

²⁵ Там же. С. 98–99.

²⁶ Р. Рорти тем самым провозгласил конец эпистемологии, так как последняя покоится на теории познания как отражения (отсюда его знаменитое выражение: «Философия — зеркало природы»). Эпистемология же — это «попытка увидеть в закономерностях обоснования в рамках нормального дискурса больше, чем просто такие закономерности. Это попытка увидеть их зацепленными на нечто, требующее моральных

постмодернистской философии США — это то, «во что лучше верить», но не «точная репрезентация реальности». ²⁷ А. С. Александров — известный теоретик уголовного процесса — полагает, что «рассуждения об “объективности”, “строгости”, как и вообще “научности” в широком смысле, являются не более чем риторическим прикрытием определенной стратегии автора текста на создание определенного смысла. Не может быть беспристрастного способа обследования социальных явлений, а тем более — их объяснения. Думаю, что нет и не может быть одной теории, единого языка, с помощью которого можно было бы сформулировать единственный, объективно истинный смысл. Рациональное мышление, на каких бы посылах оно ни базировалось (исторический материализм или естественная школа права), не может претендовать на постижение истины, поскольку научная деятельность социально ситуативна и контекстуальна (контекст действующей уголовно-процессуальной науки). Она включает внутренние торги относительно того, что считать доказательством и фактами, политические схватки относительно актуальности, нужности да и самого содержания и качества прав. Научная деятельность — это искусное применение текстуальных и нетекстуальных средств по производству артефактов. Это риторика». ²⁸

Вышеизложенное ставит под сомнение многие казавшиеся ранее само собой разумеющимися постулаты классической юридической науки, и прежде всего объективность права. Снятие дихотомии *объективное/ субъективное* убеждает в том, что объективность права существует вместе с субъективностью и посредством нее — через юридически значимые действия и правосознание конкретных, отдельно взятых индивидов. Следовательно, норма права, как и система права, невозможна вне правоотношений и правосознания. Вышеизложенное также проблематизирует объективные показатели (измерения) правопорядка, законности, эффективности права и отдельных правовых институтов, общественной опасности правонарушений. Вполне вероятен отказ от конструкции состава правонарушения в пользу объективного вменения, если практически единственным критерием криминализации и криминальности считается формальный критерий — противоправность: в качестве преступления квалифицируется только формальное нарушение уголовного закона. ²⁹ Одно-временно не могут не трансформироваться и принципы права вследствие изменения представлений о свободе, равенстве, справедливости.

обязательств — Реальность, Истину, Объективность, Разум» (*Рорти Р.* Философия и зеркало природы. Новосибирск, 1997. С. 285). Тем самым классическая эпистемология, по словам Э. Баумана, претендует на «Законодательный (и законодательствующий) Разум» (*Bauman Z.* Philosophical affinities of postmodern sociology // *The Sociological review.* 1990. Vol. 38 (3). P. 413).

²⁷ *Рорти Р.* Философия и зеркало природы. С. 8. — Такая позиция направлена на «продолжение разговора», в противоположность классической эпистемологии, ориентированной на поиск объективной истины и, тем самым, стремящейся «закрыть разговор по причине универсальной соизмеримости через гипостазирование некоторого привилегированного множества описаний» (Там же. С. 279).

²⁸ *Александров А. С.* Введение в судебную лингвистику. С. 38.

²⁹ Подробнее см.: *Zehr H.* Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice. Scottsdale (Pen.), 1990. P. 75–80. — По этому поводу блестяще высказался крупнейший западный криминолог Н. Крисе еще в 1981 г.: «Правовая практика — это практика упрощения; это сформированная неспособность учитывать все факторы исследуемой ситуации и умение отбирать лишь такие обстоятельства, которые имеют юридическое значение, т. е. те, которые определены как значимые первосвященниками правовой системы» (*Christie N.* Limits to Pain. Oslo, 1981. P. 57).

С позиций социальной антропологии права — одной из постклассических научно-исследовательских программ — представляется возможным предложить вариант разрешения изложенных проблем. Выход может быть найден, если удастся снять антиномию *действие/структура*, которая трансформируется в оппозицию *объективное/субъективное*. Исходным началом любого правового института (и шире — любого социального института), в том числе субъекта права, выступающего в данном случае институционализированным правовым статусом, является первичное действие (первичный произвол, согласно терминологии П. Бурдьё).³⁰ Если это действие обладает институциональным потенциалом, например в силу своей эффективности, авторитетности субъекта, его производящего, или по какой-либо другой причине, то оно хабиитуализируется (опривычивается) и начинает воспроизводиться многократными действиями других акторов (последователей). В многократном повторении такое действие седиментируется в практической жизнедеятельности и в правосознании и начинает восприниматься как естественный ход вещей, превращаясь в естественную установку. Тем самым первичное действие трансформируется в правовой институт как систематически воспроизводимая конкретными людьми юридически значимая деятельность.³¹ В отношении субъекта права первичным произволом выступает такое действие, которое придает особый статус именно этому конкретному человеку, совершающему данное действие. Если новое социальное положение, имеющее юридическое значение, признается значительной частью населения, то можно говорить об институционализации этого нового правового статуса. Особую роль в деле признания играет референтная группа, выступающая посредником между инноватором и широкими народными массами.

Таким образом, механизм формирования субъекта права может быть схематично представлен следующей цепочкой: автор, производящий первичное потенциально значимое действие, — его закрепление (институционализация) в правовом статусе — его воспроизводство конкретными действиями и ментальным образом в правосознании. Субъект права в таком случае — это одновременно правовой институт, т. е. безличностный правовой статус, закрепленный в нормах права, и его воплощение в конкретном ментальном образе и юридически значимых действиях (как традиционных, так и инновационных) персонифицированных индивидов.

Безусловно, заявленная программа является скорее рабочей гипотезой. Но только использование достижений постклассического науковедения позволит продвинуться по пути формирования концепции субъекта права, адекватной изменяющимся социокультурным условиям.

³⁰ Следует заметить, что указанный произвол всегда ограничен окружающей средой, восприимчивостью общества к инновациям, спецификой правовой культуры данного социума, конкретной политико-экономической ситуацией и т. д. В то же время любое традиционное действие, совершаемое в соответствии с ранее сложившимся образом, всегда отклоняется от него и потенциально инновационно.

³¹ С нашей точки зрения, критерием юридической значимости является наибольшая функциональная значимость определенных действий по сравнению с другими.

О СООТНОШЕНИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРАВОТВОРЧЕСТВА

М. Ю. ОСИПОВ*

Проблема соотношения правового регулирования и правотворчества — одна из наиболее актуальных в отечественной юридической науке. Необходимость изучения данной темы вызвана тем, что, как известно, правотворчество вносит определенные изменения в систему права, а само оно вызвано необходимостью внесения определенных изменений в систему правового регулирования общественных отношений. Кроме того, глубокое изучение проблемы соотношения правотворчества и правового регулирования будет способствовать построению более четкой теории права, в которой различные понятия и категории будут четко отличаться друг от друга. Кроме того, исследование данной темы позволит более четко уяснить роль правотворчества в процессе правового регулирования общественных отношений.

Необходимо отметить, что в литературе существуют различные точки зрения на соотношение правотворчества и правового регулирования. Так, С. С. Алексеев и Л. С. Явич полагают, что «правотворчество осуществляется еще до самого процесса правового регулирования и потому не включается в его механизм».¹ Другие же авторы полагают, что правотворчество является одной из составляющих правового регулирования. Например, В. М. Сырых рассматривает правотворчество как одну из составляющих частей правового регулирования, а само правовое регулирование — как единство трех взаимосвязанных компонентов: правотворчества, правореализации и применения юридической ответственности.² Подобной точки зрения придерживаются В. И. Гойман, Б. В. Дрейшев, П. Е. Недбайло, Ф. Н. Фаткуллин, Р. О. Халфина, В. А. Шабалин³ и др.

На наш взгляд, рассмотрение данной проблемы надо начинать с определения понятий «правотворчество» и «правовое регулирование».

* Осипов Михаил Юрьевич — к. ю. н., научный сотрудник НОУ ВПО «Полицейская академия».

© М. Ю. Осипов, 2009

¹ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 306; Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 204.

² Сырых В. М. Логические основания общей теории права: В 3 т. Т. 1. Элементарный состав. М., 2003. С. 150.

³ Гойман В. И. Действие права (методологический анализ). М., 1992. С. 56; Дрейшев Б. В. Правотворчество и правовое регулирование // Правоведение. 1985. № 1. С. 30; Научные основы советского правотворчества / под ред. Р. О. Халфиной. М., 1981. С. 7; Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М., 1960. С. 95; Фаткуллин Ф. Н. Проблемы общей теории социалистической правовой надстройки. Казань, 1980. С. 62; Шабалин В. А. Системный анализ механизма правового регулирования // Сов. государство и право. 1969. № 10. С. 123.

Понятие «правовое регулирование» трактуется в науке неоднозначно. Например, В. И. Гойман считает, что оно охватывает «деятельность государства, его компетентных органов, связанную с выработкой юридических установлений и определением юридических средств обеспечения их деятельности, а также деятельность непосредственных участников общественных отношений, направленную на поиск и привлечение средств юридического регулирования для согласования своего поведения с правом, его принципами, целями, назначением».⁴ В. А. Шабалин определяет правовое регулирование как «государственную деятельность по упорядочению сложной динамической совокупности общественных отношений; по приведению этих отношений в соответствие с объективными закономерностями развития».⁵ П. Е. Недбайло считает, что правовое регулирование выражается «в установлении соответствующего правила (нормы права. — М. О.), в организации и согласовании поведения людей в соответствии с ним, в оценке и разрешении фактов общественной жизни с точки зрения этого правила».⁶ Ф. Н. Фаткуллин под правовым регулированием понимал «специфическую деятельность государства, его органов и уполномоченных на то общественных организаций по упорядочению общественных отношений путем установления правовых норм, в необходимых случаях путем вынесения индивидуальных решений в соответствии с этими нормами по поводу персональных участников этих отношений».⁷

А. В. Малько определяет правовое регулирование как «осуществляемое всей системой юридических средств воздействие на общественные отношения с целью их упорядочения».⁸ А. Ф. Черданцев понимает под правовым регулированием «регулирование общественных отношений при помощи норм права и других юридических средств».⁹ Согласно точке зрения С. С. Алексеева, правовое регулирование — это «осуществляемое при помощи правовых средств (юридических норм, правоотношений, индивидуальных предписаний и т. д.) результативное, нормативно организационное воздействие на общественные отношения с целью их упорядочения, охраны, развития в соответствии с общественными потребностями».¹⁰ По мнению А. И. Бобылева правовое регулирование представляет собой «воздействие права на общественные отношения при помощи юридических средств: норм права, правоотношений, актов реализации права».¹¹ К. В. Шундигов и В. В. Субочев считают, что правовое регулирование есть целенаправленное воздействие на социальные отношения, осуществляемое при помощи правовых юридических средств.¹² В. В. Лазарев определяет правовое регулирование как «разновидность юридического

⁴ Гойман В. И. Действие права... С. 56.

⁵ Шабалин В. А. Системный анализ механизма правового регулирования. С. 123.

⁶ Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. С. 95.

⁷ Фаткуллин Ф. Н. Проблемы общей теории социалистической правовой надстройки. С. 62.

⁸ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. М., 2004. С. 24.

⁹ Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993. С. 5.

¹⁰ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. С. 305.

¹¹ Бобылев А. И. Теоретические проблемы правового регулирования // Право и политика. 2002. № 8. С. 10.

¹² Шундигов К. В. Механизм правового регулирования. Саратов, 2001. С. 54; Субочев В. В. Законные интересы как неотъемлемый компонент механизма правового регулирования // Право и политика. 2007. № 2. С. 13.

воздействия, посредством закрепленных государством общих правил поведения». ¹³ Т. В. Кашанина рассматривает правовое регулирование как «осуществляемое при помощи права и всей совокупности правовых средств воздействие на общественные отношения». ¹⁴ Ю. Г. Ткаченко считает, что правовое регулирование — это «разновидность правового воздействия, предполагающего использование специальных правовых средств, вызванное необходимостью юридической организации общественных отношений». ¹⁵ И. Я. Дюрягин называет правовым регулированием правовое организующее воздействие на общественные отношения, состоящее в обеспечении упорядоченности общественных отношений, имеющее своей целью поддержание заданного режима функционирования системы без перевода ее в новое состояние. ¹⁶ Н. И. Матузов полагает, что правовое регулирование представляет собой сознательно организованную регламентацию общественных отношений путем наделения субъектов общественных отношений правами и обязанностями, поддерживаемыми и защищаемыми государством. ¹⁷ В. М. Горшенев полагал, что правовое регулирование — это совокупность различных форм и способов воздействия государства на поведение участников общественных отношений, осуществляемого в интересах всего общества или определенного коллектива с целью подчинить поведение отдельных субъектов установленному в обществе правопорядку. ¹⁸ А. М. Витченко под правовым регулированием понимает «упорядочение общественных отношений путем подчинения воли участников этих отношений воле социалистического государства при помощи норм права с момента наступления юридического факта». ¹⁹ Л. С. Явич называет правовым регулированием «различные формы юридического воздействия государства на поведение субъектов общественных отношений». ²⁰ М. Ф. Орзих определяет правовое регулирование как «определение границ волевого поведения людей, подчинение воли субъекта нормам права». ²¹ Е. А. Лукашева рассматривает правовое регулирование как «все виды воздействия права на сознание и поведение людей: воспитательное, ценностно-мотивационное, специфически юридическое». ²²

И. Быстрижна и М. Лакатош полагали, что правовое регулирование представляет собой все формы влияния права на общество, на поведение людей, т. е. руководящие общественными процессами при помощи

¹³ Лазарев В. В. Сфера и пределы правового регулирования // Правоведение. 1980. № 5. С. 64–65.

¹⁴ Кашанина Т. В. Соотношение централизованного и децентрализованного правового регулирования // Правоведение. 1991. № 4. С. 54.

¹⁵ Ткаченко Ю. Г. Методологические вопросы теории правоотношений. М., 1980. С. 35.

¹⁶ Дюрягин И. Я. Право и управление. М., 1981. С. 84–85.

¹⁷ Матузов Н. И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы исследования субъективного права. Саратов, 1972. С. 63–65.

¹⁸ Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования. М., 1972. С. 19–21.

¹⁹ Витченко А. М. Механизм правового регулирования социалистических общественных отношений, его понятие и структура // Вопросы теории государства и права. Сб. статей. Вып. 1 / под ред. М. И. Байтина. Саратов, 1968. С. 70.

²⁰ Явич Л. С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. М., 1961. С. 26.

²¹ Орзих М. Ф. Право и личность. Киев; Одесса, 1977. С. 56.

²² Лукашева Е. А. Социалистическое правосознание и законность. М., 1973. С. 16.

права.²³ Н. В. Витрук рассматривал правовое регулирование как «воздействие норм права на общественные отношения, упорядочение, приведение их в соответствие с объективными закономерностями развития, исходящее из условий общественной жизни и постоянно корректируемое на основе результатов такого воздействия». «Подобное воздействие на общественные отношения, — пишет Н. В. Витрук, — по существу представляет собой управление».²⁴ В. П. Казимирчук и С. В. Боботов определяли правовое регулирование как продукт определенного способа социальной организации, определяющий через юридические средства основные направления общественно полезной деятельности.²⁵ Г. К. Варданянц считает, что правовое регулирование представляет собой разновидность социального регулирования, характеризующуюся стабилизирующим воздействием на социальную систему, и в то же время разновидность социального управления, основанного на правовой формализации социальных интеракций.²⁶ С. А. Бешуков рассматривал правовое регулирование как «процесс активного правового воздействия на юридически значимые общественные отношения».²⁷ Ю. И. Новик определял правовое регулирование как «функциональную систему упорядочения социального поведения и взаимодействия людей и опосредованного целенаправленного воздействия на общественные отношения».²⁸

Оригинальные подходы к определению правового регулирования были предложены Ю. А. Тихомировым и А. В. Поляковым. Ю. А. Тихомиров определяет правовое регулирование как «механизм нормативного упорядочения, организации и деятельности субъектов права и формирования устойчивого правопорядка».²⁹ По мнению А. В. Полякова, понятие правовое регулирование рассматривается в двух значениях: в телеологическом смысле «правовое регулирование есть целенаправленное текстуальное воздействие (информационно-ценностное) на субъектов правовой коммуникации, вызывающее их ответное поведение, адекватное воздействующему тексту»; в функциональном смысле «правовое регулирование — ориентация поведения субъектов права на соответствующие нормативные установления».³⁰

Таким образом, можно выделить следующие основные подходы к определению понятия правового регулирования: 1) правовое регулирование как единство трех взаимосвязанных компонентов: правотворчества, правореализации и применения юридической ответственности;³¹ 2) как

²³ Быстрижна Е., Лакатош М. Некоторые вопросы правового регулирования в социалистическом обществе // Сов. государство и право. 1964. № 2. С. 15.

²⁴ Витрук Н. В. Сложные динамические системы в сфере государственно-правовой надстройки // Основы применения кибернетики в правоведении. М., 1977. С. 37.

²⁵ Казимирчук В. П., Боботов С. В. Регулятивно-аксиологическая функция права // Правовая система социализма. Кн. 2. Функционирование и развитие. М., 1987. С. 20–23.

²⁶ Варданянц Г. К. К вопросу о социальной формуле правового регулирования // Вестник Московского университета. Сер. 18 «Социология и политология». 2007. № 1. С. 62.

²⁷ Бешуков С. А. Этапы правового регулирования. Автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 2004. С. 13.

²⁸ Новик Ю. И. Психологические проблемы правового регулирования. Минск, 1989. С. 50.

²⁹ Тихомиров Ю. А. Курс административного права и процесса. М., 1998. С. 398.

³⁰ Поляков А. В. Общая теория права. СПб., 2004. С. 623.

³¹ Сырых В. М. Логические основания общей теории права. Т. 1. С. 150.

специфическое юридическое воздействие на общественные отношения с целью их упорядочения, в том числе текстуальное;³² 3) как воздействие государства на поведение участников общественных отношений с целью подчинить поведение отдельных субъектов установленному в обществе правопорядку;³³ 4) как воздействие на волю людей;³⁴ 5) как синоним правового воздействия;³⁵ 6) как руководство общественными процессами при помощи права.³⁶

Существуют также разнообразные трактовки понятия «правотворчество». Так, по мнению С. С. Алексеева, правотворчество (законотворчество) — это специальная деятельность компетентных органов, завершающая процесс правообразования, в результате которого приобретает юридическую силу и вступает в действие закон.³⁷ В. В. Лазарев и Н. Л. Гранат понимают под правотворчеством «государственную деятельность, завершающую процесс формирования права, означающую возведение государственной воли в закон».³⁸ По мнению А. С. Пиголкина, правотворчество — это форма государственной деятельности, направленная на создание правовых норм, а также их совершенствование, изменение и отмену.³⁹ По мнению Ю. А. Тихомирова, правотворчество — это «процесс познания и оценки правовых потребностей общества и государства; формирование и принятие правовых актов уполномоченными субъектами в рамках соответствующих процедур».⁴⁰ А. В. Мицкевич называет правотворчеством «особую форму или вид государственной деятельности, состоящую в установлении, изменении или отмене правовых норм».⁴¹ В советское время под правотворчеством понимали «форму государственного руководства обществом, завершающую процесс формирования права и отражающую социальные факторы этого процесса в виде возведения воли классов, стоящих у власти, в общеобязательные правила поведения — правовые нормы».⁴² А. Нашиц определяла правотворчество как «деятельность по моделированию общественных отношений как единство отражения и творческого созидания правовых решений».⁴³

Таким образом, на основе анализа различных определений понятия «правотворчество» можно сделать вывод о том, что сущность правотворчества связана с созданием, изменением либо отменой правовых норм

³² Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. С. 24; Поляков А. В. Общая теория права. С. 623.

³³ Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования. М., 1972. С. 19–21.

³⁴ Орзиц М. Ф. Право и личность. С. 56.

³⁵ Лукашева Е. А. Социалистическое правосознание и законность. С. 16; Новик Ю. И. Психологические проблемы правового регулирования. С. 50–62.

³⁶ Быстрижна Е., Лакатош М. Некоторые вопросы правового регулирования в социалистическом обществе. С. 15.

³⁷ Алексеев С. С. Право: азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования М., 1999. С. 89.

³⁸ Общая теория государства и права / под ред. В. В. Лазарева. М., 1996. С. 151.

³⁹ Пиголкин А. С. Правотворчество // Проблемы общей теории государства и права / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2000. С. 307.

⁴⁰ Тихомиров Ю. А. Правотворчество // Общая теория государства и права. Академ. курс: В 3 т. Т. 2. Право. М., 2007. С. 398.

⁴¹ Правотворчество в СССР / под ред. А. В. Мицкевича. М., 1974. С. 29.

⁴² Научные основы советского правотворчества. С. 7.

⁴³ Нашиц А. Правотворчество и законодательная техника / под ред. Д. А. Керимова, А. В. Мицкевича. М., 1974. С. 77–80.

(функциональная сторона) и представляет собой деятельность государства и уполномоченных субъектов (онтологическая сторона).

Сопоставление понятий «правовое регулирование» и «правотворчество» позволяет выявить три возможные точки зрения, встречающиеся в юридической литературе:

1) если правовое регулирование является деятельностью государства, направленной на упорядочение общественных отношений, то правотворчество — одна из составляющих такой деятельности и начальное звено механизма правового регулирования,⁴⁴ либо одна из стадий процесса правового регулирования,⁴⁵ либо элемент правового регулирования;

2) если правовое регулирование рассматривается как воздействие на общественные отношения, осуществляемое при помощи правовых (юридических) средств,⁴⁶ то правотворчество не является компонентом правового регулирования, поскольку в данном случае оно связано с разработкой юридических средств, а не с их использованием, и, следовательно, необходимо согласиться с мнением С. С. Алексеева и Л. С. Явича о том, что правотворчество не включается в процесс правового регулирования, поскольку предшествует ему;⁴⁷

3) если правовое регулирование рассматривается как: а) воздействие государства на поведение участников общественных отношений с целью подчинить поведение отдельных субъектов установленному в обществе правопорядку;⁴⁸ б) воздействие на волю людей;⁴⁹ в) синоним правового воздействия;⁵⁰ г) руководство общественными процессами при помощи права,⁵¹ то правотворчество может быть, а может и не быть составляющей процесса правового регулирования, в зависимости от того, какой правовой смысл вкладывается в данные понятия.

Подобное положение вещей с неизбежностью приводит нас к выводу о том, что юриспруденция понятий и основанная на ней теория государства и права уже не позволяют отвечать на вопросы сегодняшнего дня, в частности на вопросы о соотношении понятий правового регулирования и правотворчества. Необходимы иные подходы к анализу правовой действительности, в том числе системный подход.

Основная категория системного подхода, своеобразная призма, через которую рассматриваются все явления правовой действительности, — понятие «система». В общей теории систем наибольшее распространение получило следующее определение: система — это совокупность как

⁴⁴ *Научные основы советского правотворчества*. С. 7.

⁴⁵ Данное положение разделяется многими авторами. — См., напр.: *Марксистско-ленинская общая теория государства и права*. В 4 т. Т. 4. Социалистическое право. М., 1973. С. 86; *Рукавишникова Н. В.* Метод в системе правового регулирования общественных отношений // *Правоведение*. 2003. № 1. С. 217.

⁴⁶ *Субочев В. В.* Законные интересы как неотъемлемый компонент механизма правового регулирования. С. 13; *Шундилов К В.* Механизм правового регулирования. С. 54.

⁴⁷ *Алексеев С. С.* Общая теория права. Т. 1. С. 306; *Явич Л. С.* Общая теория права. С. 204.

⁴⁸ *Горшенев В. М.* Способы и организационные формы правового регулирования. М., 1972. С. 19–21.

⁴⁹ *Орзих М. Ф.* Право и личность. С. 56.

⁵⁰ *Лукашева Е. А.* Социалистическое правосознание и законность. С. 16; *Новик Ю. И.* Психологические проблемы правового регулирования. С. 50–62.

⁵¹ *Быстрижна Е., Лакатощ М.* Некоторые вопросы правового регулирования в социалистическом обществе. С. 15.

минимум двух элементов, взаимодействующих и взаимосвязанных между собой.⁵² Следовательно, в первом приближении можно сказать, что система правового регулирования представляет собой совокупность элементов правового регулирования, взаимодействующих и взаимосвязанных между собой. Система же правотворчества представляет собой совокупность взаимодействующих и взаимосвязанных между собой правовых явлений, без которых осуществление правового регулирования оказывается невозможным.

Использование системного подхода позволяет легко выявить соотношение между правотворчеством и правовым регулированием: для этого достаточно сравнить особенности элементов правового регулирования и элементов правотворчества.

В литературе встречаются различные точки зрения относительно элементного состава правового регулирования. Так, А. И. Бобылев полагает, что «нормы права, правоотношения, акты реализации прав и обязанности являются элементами правового регулирования».⁵³ Данное рассуждение не совсем верно, поскольку базируется на отождествлении понятия правового регулирования с понятием «механизм правового регулирования» и на том основании, что нормы права, правоотношения, акты реализации прав и обязанностей являются элементами механизма правового регулирования.⁵⁴ Ю. И. Новик полагал, что к числу «необходимых составляющих правового регулирования следует отнести: право и правовую систему в целом, способы регулятивного воздействия, личность и взаимодействие (общение) в правовой сфере».⁵⁵ Недостаток концепции Ю. И. Новика состоит в том, что подобное структурирование элементов правового регулирования приводит к невозможности отграничить правовое регулирование от иных видов правового воздействия. Кроме того, отнесение к числу элементов правового регулирования «правовой системы» фактически ведет к признанию того, что понятие «правовое регулирование» является более широким понятием, чем понятие «правовая система», тогда как в действительности правовое регулирование является одной из необходимых составляющих правовой системы.⁵⁶ Все это затрудняет выделение элементов правового регулирования.

На наш взгляд, к числу элементов правового регулирования относятся: а) объект правового регулирования — то, на что направлено правовое регулирование, деятельность, поведение субъектов общественных отношений, входящих в предмет правового регулирования;⁵⁷ б) предмет

⁵² Аоф Р. Л. Системы, организации и междисциплинарные исследования // Исследования по общей теории систем. М., 1969. С. 145; Садовский В. Н. 1) Методологические проблемы исследования объектов, представляющих собой системы // Социология в СССР. Т. 1. М., 1966. С. 173; 2) Основание общей теории систем. М., 1974; Сорокин В. Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс. СПб., 2003. С. 15; С. 98; Фейджил Р. Е., Холл А. Д. Определение понятия системы // Исследования по общей теории систем. М., 1969. С. 252.

⁵³ Бобылев А. И. Теоретические проблемы правового регулирования. С. 13.

⁵⁴ Малько А. В. Механизм правового регулирования // Правоведение. 1996. № 3. С. 55.

⁵⁵ Новик Ю. И. Психологические проблемы правового регулирования. С. 50.

⁵⁶ Правовая система социализма. В 2 т. Т. 2 / отв. ред. В. Н. Кудрявцев. М., 1987. С. 4.

⁵⁷ Почему только поведение и деятельность субъектов права являются содержанием объекта правового регулирования? Почему объектом правового регулирования не могут быть разные ситуации? Ответ на данные вопросы достаточно прост. Ситуации

правового регулирования — определенный круг общезначимых, волевых, повторяющихся, устойчивых общественных отношений, порождаемых объектом правового регулирования; в) способы правового регулирования — пути нормативного воздействия на поведение, деятельность субъекта общественных отношений, входящих в предмет правового регулирования; г) метод правового регулирования, — систему способов воздействия на объект и предмет правового регулирования, позволяющих придать общественным отношениям, входящим в предмет правового регулирования, юридическую форму;⁵⁸ д) цели правового регулирования — результат, к которому стремится субъект правотворчества, осуществляя правовое регулирование общественных отношений.

К элементам правового регулирования также относятся: а) механизм правового регулирования — система юридических средств, организованная наиболее последовательным образом и направленная на упорядочение общественных отношений, входящих в предмет правового регулирования, путем придания им юридической формы;⁵⁹ б) принципы правового регулирования — обусловленные спецификой объекта и предмета правового регулирования основные начала, в соответствии с которыми осуществляется правовое регулирование.

Почему указанные явления относятся к элементам правового регулирования, ведь они различны по своей природе? Как отмечается в философской науке, «критериальным свойством элемента является его необходимое и непосредственное участие в образовании системы».⁶⁰ Поскольку правовое регулирование существовать без объекта, без предмета, без целей, без принципов, без метода, способов и типов правового регулирования, без механизма и без динамических элементов не может, следовательно, несмотря на то что эти явления разнородны, они относятся к элементам правового регулирования, а совокупность взаимодействующих и взаимосвязанных элементов является системой.⁶¹

Анализ правотворчества как системы позволяет прийти к выводу о том, что элементами правотворчества являются субъекты правотворчества, в том числе субъект правотворческой инициативы, объект и предмет правотворчества, цель правотворчества, принципы правотворчества,

не могут быть объектом правового регулирования, поскольку включают в себя множество компонентов как объективного, так и субъективного характера. Право, будучи социальным явлением, имеющим информационную природу (об информационной природе права см.: *Венгеров А. В.* Право и информация в условиях автоматизации управления. М., 1978. С. 50–52), не может непосредственно влиять на все компоненты ситуации в одинаковой мере. Непосредственно оно может влиять на поведение и деятельность субъектов права, которые наряду с сознанием являются объектом правового воздействия. Поскольку правовое регулирование — одна из составляющих правового воздействия, следовательно, объект правового регулирования не может быть шире объекта правового воздействия. Кроме того, право регулирует как поведение людей в той или иной ситуации (казуальное регулирование), так и деятельность субъекта права (абстрактное регулирование).

⁵⁸ О том, что метод правового регулирования придает общественным отношениям юридическую форму, см.: *Яковлев В. Ф.* Объективное и субъективное в методе правового регулирования // Правоведение. 1970. № 6. С. 55–60.

⁵⁹ О механизме правового регулирования как системе юридических средств см., напр.: *Малько А. В.* Механизм правового регулирования. С. 55.

⁶⁰ *Алексеев П. В., Панин А. В.* Философия. М., 2003. С. 463.

⁶¹ О том, что элементы системы могут быть разнородными, см.: *Садовский В. Н.* Основание общей теории систем. С. 136.

основания правотворчества, способы и методы правотворчества, правотворческий механизм.

В чем же отличие правотворчества от правового регулирования, и каковы критерии соотношения правотворчества и правового регулирования?

1) Субъекты. У правотворчества как у любого вида деятельности существуют субъекты, бессубъектной деятельности не бывает. Понятия же «субъект правового регулирования» не существует. В самом деле, предположим, что существует некий субъект, которого можно было бы назвать субъектом правового регулирования. Возникает вопрос: каким образом регулировались бы отношения между субъектом правового регулирования и остальными субъектами права? Если предположить, что они регулировались бы правовыми нормами, то возникает вопрос: а какой субъект регулировал бы отношения между субъектом правового регулирования и остальными субъектами права? Поиск ответа на данный вопрос уводит нас в бесконечность. Поэтому мы и исключаем возможность введения такой категории, как субъект правового регулирования.

2) Объекты. Если объектом правового регулирования является поведение и деятельность субъектов права, осуществляемая в рамках общественных отношений, входящих в предмет правового регулирования, то объектом правотворчества являются нормы права, которые возникают, изменяются и прекращаются

3) Предметы. Если предметом правового регулирования является система общезначимых, волевых, повторяющихся, устойчивых общественных отношений, которые урегулированы или должны быть урегулированы нормами права,⁶² то предметом и продуктом правотворчества являются акты правотворчества, выраженные в виде нормативно-правового акта, нормативного договора или судебного прецедента.

4) Цели. Если целью правотворчества является повышение эффективности права путем создания, изменения или отмены правовых норм, то к числу целей правового регулирования можно отнести общие цели правового регулирования, межотраслевые цели правового регулирования, цели отраслевого правового регулирования, цели институционального правового регулирования, цели индивидуального правового регулирования.⁶³

Кроме того, правотворчество отличается от правового регулирования по своим принципам. Если принципами правотворчества выступают принципы законности, обоснованности, научности, демократизма, профессионализма и компетентности,⁶⁴ то к общим принципам правового регулирования (принципам, характерным для системы правового регулирования в целом) можно отнести принципы свободы, формального равенства участников регулируемых отношений, единства и дифференциации правового регулирования, справедливости.

Кроме того, правотворчество, будучи деятельностью по созданию, изменению или отмене правовых актов, входит в объект правового регулирования и тем самым порождает правотворческие отношения.⁶⁵

⁶² О том, что в предмет правового регулирования должны входить общественные отношения, которые могут и должны быть урегулированы нормами права, см.: *Огородов Д. В.* Правовые отношения в информационной сфере. Дис. ... к. ю. н. М., 2002. С. 54; *Черданцев А. Ф.* Юридические конструкции и их роль в науке и практике // *Правоведение*. 1972. № 3. С. 13.

⁶³ *Кудрявцев В. И., Самощенко И. С., Никитинский В. Н., Глазырин В. В.* Эффективность правовых норм. М., 1980. С. 34–35.

⁶⁴ *Пиголкин А. С.* Правотворчество. С. 308.

⁶⁵ *Дрейшев Б. В.* Правотворчество и правовое регулирование. С. 32–33.

Следовательно, правотворчество входит в объект правового регулирования, поскольку под объектом правового регулирования понимается поведение, деятельность субъекта права, которая осуществляется в рамках общественных отношений, входящих в предмет правового регулирования. Отсюда следует вывод о том, что правотворчество нуждается в правовой регламентации. Значит, к числу элементов правового регулирования можно отнести регламентацию процесса правотворчества. Что же данный элемент собой представляет?

Регламентация процесса правотворчества — это процесс, направленный на определение вида органа, который уполномочен принимать акты правотворчества, органа, уполномоченного вносить проекты актов правотворчества, порядка разработки и принятия этих актов. Кроме того, этот процесс направлен на определение вида норм, которыми будут регулироваться общественные отношения, входящие в предмет правового регулирования, круга источников, в котором должны содержаться данные нормы, и пределов действия данных норм по предмету, во времени, в пространстве, по кругу лиц. Данный процесс представляется чрезвычайно важным, и игнорировать его нельзя. От вида норм, которыми будут регулироваться общественные отношения, входящие в предмет правового регулирования (императивные, диспозитивные, факультативные, рекомендательные или их сочетание), во многом зависит возможность или невозможность использования договорных норм в правовом регулировании данных общественных отношений. Если установлено, что правовое регулирование может осуществляться только на основе императивных норм, то регламентировать процесс установления норм договора нет необходимости. Если же правовое регулирование может осуществляться не только на основе императивных норм, то регламентировать порядок установления норм договора необходимо.

Далее, необходимо определить, в каких источниках права должны содержаться нормы, регулирующие общественные отношения, входящие в предмет правового регулирования. Обычно это определение формулируется следующим образом: «Законодательство, регулирующее данные общественные отношения, состоит из таких-то и таких-то нормативных актов». Данная регламентация является очень важной, поскольку определяет, какие органы могут издавать нормативно-правовые акты, регулирующие данный вид (тип) общественного отношения, входящего в предмет правового регулирования.

В случае, когда общественное отношение урегулировано несколькими правовыми нормами, относящимися к разным правовым системам, необходимо однозначно указать, норма какой правовой системы в данном случае применяется. Способ определения нормы, которая применяется в случае, когда общественное отношение осложнено иностранным элементом, именуется коллизионным способом регулирования, и данный способ относится к процессу установления юридических норм, а не к процессу регламентации правоотношения.

Одной из составляющих регламентации установления норм права является определение пределов действия источника права во времени, в пространстве и по кругу лиц.⁶⁶ Этот элемент также важен, поскольку без

⁶⁶ О том, что правовое регулирование призвано определить пределы действия нормы права в пространстве, во времени и по кругу лиц, см.: *Фаткуллин Ф. Н.* Проблемы общей теории социалистической правовой надстройки. С. 63.

него невозможно понять, действует ли данная норма права или нет. При этом необходимо определить не только пределы действия данного источника во времени, в пространстве и по кругу лиц, но также то, какой вид общественного отношения данный источник права регулирует.

К сожалению, этому вопросу уделяется очень мало внимания в российском законодательстве, что повышает вероятность издания противоречивых норм права. Нормы права, содержащиеся в разных источниках, принимаются, как правило, разными государственными органами и, вследствие этого, часто не соответствуют друг другу.

Таким образом, можно сделать вывод о наличии связи между правотворчеством и правовым регулированием, поскольку последнее осуществляется на основе норм права, являющихся результатом правотворчества; правотворчество в свою очередь является объектом правового регулирования и, следовательно, нуждается в правовой регламентации, которая предполагает наличие правотворчества. Тем самым обнаруживается существование цикла «правотворчество — правовое регулирование», который является динамическим и развивающимся во времени. В целом, правотворчество и правовое регулирование — это самостоятельные правовые явления, которые активно взаимодействуют.

СИМВОЛЫ В ПРАВЕ И ПРАВОВЫЕ СИМВОЛЫ: ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ

М. Л. ДАВЫДОВА*

Проблема правовой символики традиционно рассматривается в научной литературе в связи с общим понятием символа и той ролью, которую социальные символы играют в общественной жизни.

Символ — это некоторая знаковая структура, служащая для обозначения идеального содержания, отличного от ее непосредственного предметного бытия, открывающегося органам чувств.¹ Считается, что символы возникают в первобытном обществе, когда у людей появляется потребность координировать совместную деятельность, фиксировать и быстро, понятно передавать последующим поколениям приобретенный опыт. При таком подходе символы рассматриваются как средство преодоления первобытного невежества людей, неразвитости естественного языка, отсутствия письменной речи путем создания наглядных образов и стимулирования привычного реагирования в определенной ситуации.²

Однако социальное значение символов не сводится к подобной регулятивной роли. В противном случае преодоление человеческого невежества и развитие естественного языка неизбежно привели бы к постепенному отмиранию символов. Но это не происходит; количество и значение символов в современном мире далеко не всегда снижается пропорционально повышению уровня развития общества.³

В культурологическом плане возникновение символов можно рассматривать не только как результат, но и как одно из средств формирования первобытного человеческого общества. Переход от дочеловеческого к человеческому (т. е. культурному) состоянию означает начало *символического кодирования* мира, своеобразное удвоение реальности. В магических ритуалах первобытные люди отнюдь не только моделировали деятельность в реальном мире, но и создавали особый мир символической реальности, приподнимающей их над конечностью, существованием в качестве природных существ.⁴

В этом контексте право само по себе должно рассматриваться как важный социальный символ. К подобному выводу можно прийти, рассматривая,

* Давыдова Марина Леонидовна — к. ю. н., доцент, зав. кафедрой правовых дисциплин Волгоградского филиала АНОО ВПО «Международный славянский институт», доцент кафедры теории государства и права Волгоградского государственного университета.

© М. Л. Давыдова, 2009

¹ Пигалев А. И. Культурология. Волгоград, 1999. С. 349.

² Никитин А. В. Правовые символы. Автореф. дис. ... к. ю. н. Н. Новгород, 1999. С. 10.

³ Еще П. Д. Колмыков, рассматривая стадии развития правовых символов на разных этапах существования человечества, говорил лишь об изменении их форм, но не об уменьшении количества (Колмыков П. Д. О символизме права вообще и русского в особенности. СПб., 1839. С. 12–19).

⁴ Пигалев А. И. Культурология. С. 350.

например, вопрос о том, почему люди подчиняются правовым велениям. В советской жестко материалистической научной доктрине в качестве основного, если не единственного, средства, обеспечивающего действенность права, рассматривалось государственное принуждение. Подобной постановкой вопроса была обусловлена, в частности, дискуссия о структуре нормы права и нерушимое убеждение отечественных правоведов в том, что *каждая норма должна в составе своем иметь санкцию, иначе соответствующее правило не будет соблюдаться*. На самом же деле воздействие правовой нормы на человеческое сознание не является механическим («есть санкция — подчиняюсь, нет — игнорирую»). И в первую очередь это связано с тем, что данное воздействие опосредовано символической природой права. Соблюдение конкретной нормы обусловлено в том числе и тем, что право в целом символизирует в сознании людей такие ценности, как авторитет, власть, сила, порядок, верность традициям и т. п.

Именно с этим связано и нерегулятивное правовое воздействие на общественные отношения. Право само по себе (независимо от того, что конкретно записано в тех или иных законах) оказывает влияние на сознание людей. Информационное, психологическое, культурное, воспитательное воздействие права на жизнь общества⁵ в первую очередь обусловлено восприятием права в качестве целостного явления, обладающего неким особым смыслом и значением. В частности этим, вероятно, объясняется разграничение в нашем сознании естественного и позитивного права, или права и закона: с одной стороны, мы осознаем конкретные нормативно-установленные правила, императивы (которые могут казаться нам справедливыми или не справедливыми), с другой стороны, право в целом воспринимается нами как символ справедливости и порядка. Противоречие между этими двумя линиями восприятия и порождает представление о параллельно существующих естественном и позитивном праве.

В определенной мере и вопрос о ценности права — это вопрос о расшифровке, раскодировании его символического смысла. Только в таком контексте можно, например, говорить о свободе, равенстве и справедливости как универсальных вневременных правовых ценностях.⁶

Все сказанное позволяет рассматривать *право* в качестве особого *социального символа метаюридического плана*.

Помимо самого права, может быть выделено значительное количество связанных с ним социальных символов. Эти явления характеризуются гораздо меньшим масштабом своего действия и социальной ролью, однако общая картина действия права без них была бы неполной. В числе этих символов можно выделить как минимум три группы:

1. *Символы, закрепленные в официальных источниках права и охраняемые государством*. Именно эта группа традиционно рассматривается под наименованием «правовые символы».⁷ И именно в этом контексте можно говорить о «символических предписаниях» как особой группе нетипичных нормативно-правовых предписаний.⁸

⁵ Шундиков К. В. Механизм правового регулирования. Саратов, 2001. С. 7.

⁶ Политико-правовые ценности: история и современность / под ред. В. С. Нерсеянца. М., 2000. С. 12.

⁷ Бабаев В. К., Баранов В. М. Общая теория права: Краткая энциклопедия. Н. Новгород, 1997. С. 74; Кругликов Л. Л., Спиридонова О. Е. Юридические конструкции и символы в уголовном праве. СПб., 2005. С. 163; Никитин А. В. Правовые символы. С. 17–19.

⁸ Никитин А. В. Правовые символы. С. 13.

2. *Символы, используемые в праве.* Речь идет о тех условных образах, которые не получили юридического закрепления, но имеют к праву непосредственное отношение (например, изображение Фемиды как символ правосудия). С точки зрения позитивистского правопонимания, юридического значения подобные явления не имеют, но, символизируя собой те или иные правовые ценности, они, безусловно, выступают составным элементом правовой системы общества.

3. *Символы, которые упоминаются в законодательстве, не приобретаая при этом правового характера.* Таковыми, в частности, являются символы, использование которых запрещается действующим правом.⁹ Эта группа отторгается правовой системой в связи с тем, что выражает негативные, чуждые ей явления и ценности, однако само существование подобных символов не только признается правом, но и приобретает юридическое значение. Так, использование нацистской символики служит основанием применения юридической ответственности, т. е. влечет за собой конкретные юридические последствия.¹⁰

Четкая граница между данными группами проводится не всегда. Так, А. В. Никитин, давая жестко позитивистское определение правовых символов, в то же время говорит о таких их примерах, как изображение тюремной решетки или соединенных брачных колец.¹¹ Подобные символы, однако, не соответствуют авторскому определению, поскольку не характеризуются ни юридическим закреплением, ни тем более правовой охраной или процессуальным порядком применения.

Чтобы не ограничивать искусственно круг исследуемых проблем, целесообразно употреблять понятие «правовой символ» в нескольких значениях. В узком смысле под ним следует подразумевать символ, установленный или санкционированный действующим законодательством. Такие правовые символы могут также носить название нормативных или законодательных символов. Понятие «правовой символ» в широком смысле охватывает все символы, являющиеся частью правовой культуры данного общества, интегрированные в его правовую систему. К ним относятся не только символы, закрепленные законодательно, но и те, которые подобного закрепления не имеют, но воспринимаются людьми в качестве правовых, так как символизируют в общественном правосознании определенные правовые ценности.

Помимо этого, можно, вероятно, выделить и категорию юридически значимых символов, включающую в себя все символы, так или иначе опосредованные позитивным правом: как охраняемые им, так и запрещенные.

С теоретико-правовой точки зрения наибольший интерес традиционно вызывают нормативно установленные символы, что, однако, не умаляет значения других групп. Из числа признаков правового символа в этом узком смысле, выделяемых в литературе, самыми значимыми представляются следующие: 1) символ — это *искусственный знак*, имеющий *условную (конвенциональную) природу*, его форма чаще всего не связана сущностно с выражаемым ею содержанием;¹² 2) символ признается государством и поддерживается силой государственного

⁹ Ширманов И. А. Право против символов // <http://www.nauka.spravkanv.ru>.

¹⁰ См., напр., ст. 20.3 КоАП РФ.

¹¹ Никитин А. В. Правовые символы. С. 19.

¹² Там же. С. 17–18.

воздействия;¹³ 3) символ служит для закрепления и выражения *юридически значимого содержания*.¹⁴

Таким образом, первый признак является общим для всех символов; второй отличает *правовые* символы от *неправовых*, т. е. противоречащих праву, запрещенных им; третий позволяет отграничить *собственно правовые* (нормативные) символы от правовых символов в *широком смысле*, т. е. тех, использование которых не влечет определенных юридических последствий, хотя смысл их, безусловно, носит правовой характер.

Проблема значения правовых символов в научной литературе часто рассматривается через анализ их функций. Так, Н. Н. Вопленко выделяет три основные функции правовых символов: предупредительно-ориентационная, функция усиления регулятивного эффекта и функция экономии языковых и юридических средств.¹⁵ А. В. Никитин говорит также о функциях идентификации субъектов права, юридического факта, повышения точности, ясности, компактности правовой информации и др.¹⁶ По нашему мнению, целесообразно говорить о следующих основных функциях правовых символов.

Регулятивная функция. Правовой символ — это специфическая форма выражения правовых велений. В ситуации, когда необходимо быстро и понятно донести требование до большого числа субъектов, именно символическая форма служит для обеспечения краткости, унифицированности, доступности, экономии языковых средств и, следовательно, эффективности действия правового веления. Дорожные знаки, жесты регулировщика, звуковые и световые сигналы на водном и железнодорожном транспорте несут в себе конкретные властные предписания, обязательные для исполнения, т. е. регулируют социальные отношения.

Правоустанавливающая функция правовых символов обусловлена тем, что значительной их части придается значение юридических фактов. Даже те символы, которые не исходят от властного субъекта и не несут в себе прямого предписания, часто выступают основанием возникновения, изменения или прекращения правоотношений. Подпись, печать, выдача свидетельства о государственной регистрации, провозглашение судебного решения — все эти правовые символы влекут за собой конкретные юридические последствия, обеспечивают движение правовых отношений.

Идеологическая функция. Многие символы не содержат в себе определенных властных велений, но призваны оказать эмоциональное, психологическое воздействие на субъекта, передать «дух» права, донести до адресата правовой нормы элементы официальной государственной идеологии. Эта функция роднит правовые символы с такой разновидностью

¹³ Кругликов Л. Л., Спиридонова О. Е. Юридические конструкции и символы в уголовном праве. С. 166–167.

¹⁴ А. В. Никитин в качестве признака указывает на то, что правовой символ закрепляет *социально значимое юридическое содержание* (Никитин А. В. Правовые символы. С. 18). Следует заметить, что социальная значимость правовых символов представляет собой самостоятельную проблему. С одной стороны, социальная значимость, наряду с символами, присуща всем правовым явлениям, равно как и праву в целом. С другой стороны, по степени социальной значимости символы существенно различаются между собой, и далеко не все из них выражают ценности, актуальные для всего общества. Бланки документов, их официальные реквизиты, безусловно, имеют символическую природу, но их социальное значение проявляется гораздо менее явно, чем сугубо юридическое. Поэтому, применительно к правовым символам, закрепленным и охраняемым в законодательном порядке, правильнее говорить именно о *юридически значимом содержании*.

¹⁵ Вопленко Н. Н. Правовая символика // Правоведение. 1995. № 4–5. С. 73.

¹⁶ Никитин А. В. Правовые символы. С. 20–21.

нормативно-правовых предписаний, как правовые декларации. Именно такую роль, в первую очередь, играют официальные государственные символы, символика государственных органов и другие символы, выражающие ценности, связанные с государственной властью (судейская мантия, государственные награды и т. п.).

Информационная функция. Символы, как правило, служат средством передачи информации, как на внутригосударственном, так и на международном уровне. Понятность, общеизвестность символов позволяют использовать их в качестве чрезвычайно удобного источника информации, рассчитанной на широкий круг субъектов, разделенных языковыми и территориальными границами. При этом благодаря правовым символам данная информация не только эффективно аккумулируется и транслируется, но и приобретает официальный характер.

Ориентирующая функция, или функция социальной и политико-правовой ориентации, также обусловлена широкой распространенностью, общепринятостью тех знаков, которым придается значение правовых символов. Роль последних в данном случае заключается в том, чтобы сделать окружающий мир (в том числе и правовой) понятнее для адресатов правовых велений. Правовые символы обеспечивают *связь общей и правовой культуры*, переносят в право образы, близкие и понятные людям. Именно поэтому мир права не воспринимается общественным сознанием как обособленный, оторванный от социальной действительности. Он интегрируется в общественную жизнь, в массовую культуру и, как следствие, не воспринимается человеком как чуждый или опасный.

Идентификационная функция тесно связана с предыдущей. Действительно, с помощью правовых символов субъекты права не только могут ориентироваться в мире правовых явлений, но и получают возможность идентифицировать себя, определить собственное место в кругу этих явлений. Предъявляя паспорт или служебное удостоверение, надевая военную форму, заверяя документ печатью своей организации, субъекты самоидентифицируются в сфере права, демонстрируют собственный правовой статус.

Охранительная функция правовых символов может быть выделена с определенной долей условности. Дело в том, что сам по себе символ в абсолютном большинстве случаев юридическую ответственность не устанавливает, поэтому должен быть отнесен к числу регулятивных предписаний. Однако помимо того, что символы сами по себе охраняются государством, они достаточно часто используются в качестве свидетельства охраняемости того или иного правового явления или института. Наличие печати или пломбы на помещении не означает, что его физически невозможно открыть, но сообщает, что это повлечет за собой юридическую ответственность.

Экономическая функция позволяет рассматривать правовые символы в качестве средства экономии языковых и юридических средств.¹⁷ Использование бланков, документов, формуляров, официальных реквизитов позволяет рационализировать юридическую деятельность, добиться точности и компактности изложения информации.

Каждый правовой символ имеет собственное назначение и функциональную специализацию. Однако общий перечень функций, по нашему мнению, наилучшим образом демонстрирует ту роль, которую играют правовые символы (не только в нормативном, но и в широком их понимании) в правовой системе современного общества.

¹⁷ *Вопленко Н. Н.* Правовая символика. С. 73.

ОНТОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ПРАВА И НРАВСТВЕННОСТИ В КОНЦЕПЦИИ Е. Н. ТРУБЕЦКОГО И СОВРЕМЕННАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

Н. А. ОВЧИННИКОВА*

Многочисленные исследования представителей отечественной и зарубежной юридической науки обнаруживают устойчивое стремление рассматривать право в качестве сложного многоуровневого социокультурного феномена, познавательные резервы которого не могут ограничиваться формальным гносеологическим подходом, осуществляющимся в рамках «закрытой», узко понятой правовой теории. Мировое научное сообщество активно формирует традицию междисциплинарного комплексного исследования различных аспектов права, уделяя особое внимание познанию аксиологической природы и разработке нравственных оснований правового феномена.¹ В связи с этим несомненный



Овчинникова
Надежда Альбертовна,
аспирант кафедры теории
и истории государства и права
СПбГУ

© Н. А. Овчинникова, 2009

¹ См., напр.: Альбов А. П. Отношения права и нравственности в русской философии права конца XIX — начала XX веков. СПб., 1998; Альбов А. П., Масленников Д. В., Сальников В. П. Русская философия права: философия бытия, веры и нравственности // Русская философия права: философия веры и нравственности. СПб., 1997; Антонов М. В., Поляков А. В. Грани современной теории права, или есть ли будущее у «нормативного позитивизма»? // Правоведение. 2008. № 3; Бабенко А. Н. Проблемы обоснования ценностных критериев в праве // Государство и право. 2002. № 12. С. 93–97; Бачинин В. А. История философии и социологии права. СПб., 2001; Берман Г. Д. Вера и закон. М., 1998; Бернацкий Г. Г. Развитие представлений о природе естественного права в истории правовой мысли. Дис. ... д. ю. н. СПб., 2001; Великий А. М. Нравственный идеал и право // Правоведение. 2002. № 2. С. 187–202; Графский В. Г. 1) Право и мораль в истории: проблемы ценностного подхода // Государство и право. 1998. № 8. С. 114–119; 2) Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще не завершённый проект // Правоведение. 2000. № 3. С. 49–64; Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004; Луковская Д. И. Право и мораль в истории: проблемы ценностного подхода // Государство и право. 1998. № 8. С. 117; Малахов Е. Н. Основы философии права. М., 2005; Мальцев Г. В. 1) Понимание права: подходы и проблемы. М., 1999; 2) От юридического позитивизма к новому пониманию права. М., 1995; Поздняков Э. А. Философия государства и права. М., 1996; Поляков А. В. 1) Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход. Курс лекций. СПб., 2003; 2) Возможна ли интегральная теория права? // Государство и право на рубеже веков: проблемы теории и истории (Материалы

интерес, на наш взгляд, представляет философско-правовая концепция Е. Н. Трубецкого, существенной особенностью которой является исследование права в контексте многообразных социокультурных реалий, сквозь призму всеобщих категорий мироосмысления на онтологическом, гносеологическом и аксиологическом уровнях.

Актуальность правовых взглядов Трубецкого в значительной степени определяется тем, что разработанная им концепция по-прежнему остается одним из наиболее масштабных исследований диалектического взаимодействия права и нравственности, расширяющих границы рационально-прагматического осмысления права до необходимости обоснования его ценностной легитимации. Е. Н. Трубецкому, поставившему в центр философско-правовой проблематики отношения права и нравственности, в значительной степени удалось продвинуться в разработке единых оснований правового и нравственного начал на онтологическом уровне, показать глубину их слияния как отражение специфики бытия русского народа в контексте его духовного опыта, религиозно-нравственных традиций и особенностей национального самосознания.

Происходящие в современном российском обществе процессы модернизации правовой и политической культуры, игнорирующие традиционные культурные архетипы национального бытия, незамедлительно приводят в действие механизм социальной блокады правовых реформ, способствуют снижению уровня гражданской активности, деморализации и криминализации общества. Насильственное насаждение западных правовых ценностей «отсталым и нецивилизованным» народам подрывает основы национальной правовой и политической культуры, вызывает активное противодействие, препятствующее адаптации вводимых новшеств, в результате чего даже самый совершенный политический или правовой институт вырождается в «уродливый гибрид», не имеющий ничего общего со своим первоначальным источником.²

Эффективность осуществляемых в современной России государственно-правовых реформ, а также происходящих процессов формирования нового типа правового и политического мышления в значительной степени зависит от восстановления исторического диалога, актуализации идей русской дореволюционной политико-правовой мысли, выявления основных закономерностей ее развития. Это, несомненно, будет способствовать сохранению идентичности национальной правовой культуры, выявлению основных интенций ее развития, прежде всего исходя из собственных культурно-исторических традиций и фундаментальных ценностей российского общества, позволит избежать некритического восприятия ценностей западноевропейской цивилизации. Особого внимания заслуживает правовая концепция Е. Н. Трубецкого, существенной особен-

всероссийской конференции). М., 2001; 3) Правогенез // Правоведение. 2001. № 5. С. 216–234; 4) Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Правоведение. 2006. № 2. С. 26–43; *Сальников М. В.* Отношение права и нравственности как философская и юридическая проблема. СПб., 1989; *Соловьев Э. Ю.* Право и мораль в истории: проблемы ценностного подхода // Государство и право. 1998. № 8. С. 116; *Фуллер Л.* Мораль права. М., 2007; *Хабермас Ю.* Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2000; *Холл Дж.* Интегративная юриспруденция // Антология мировой правовой мысли. Т. III. М., 1999. С. 738–743; *Ячменев Ю. В.* Генезис философии права в России IX–XX в. Дис. ... д. ю. н. СПб., 2002.

² *Мартышин О. В.* Национальная политическая и правовая культура в контексте глобализации // Государство и право. 2005. № 4. С. 9–17.

ностью которой является стремление интегрировать лучшие достижения отечественной и зарубежной политико-правовой мысли и исследовать право не только в качестве теоретической абстракции, но и как психосоциокультурный феномен, развитие которого обусловлено традиционными имманентными для российской правовой культуры доминантами.

Смысловым центром, определяющим понятийное пространство соотношения права и нравственности, в концепции Е. Н. Трубецкого выступает онтологизированное понимание абсолютного Добра. Традиция онтологизации Добра восходит еще к античным временам, наиболее плодотворно развивается в немецкой классической философии права и впоследствии органично воспринимается русской философией права, дающей ей новый мощнейший импульс развития. Концепции представителей идеалистической русской философии права содержат определенные расхождения в трактовке сущности абсолютного Добра. Однако принципиально важным остается общее понимание Добра в конкретном единстве его диалектических моментов: 1) как абсолютной субстанциональной основы бытия и 2) как воплощенного, налично сущего Добра. Тенденция определения Добра через единство его противоположных моментов применительно к правовой проблематике наиболее отчетливо прослеживается в работах В. С. Соловьева, Б. Н. Чичерина, Б. П. Вышеславцева, И. А. Ильина, Е. Н. Трубецкого, Л. И. Петражицкого, П. И. Новгородцева. На наш взгляд, именно благодаря такой трактовке Добра представителям так называемого «возрожденного естественного права» удалось избежать односторонней интерпретации проблемы соотношения права и нравственности, характерной как для раннесхоластической юриспруденции, абстрагирующей один из моментов добра — субстанциональную основу бытия, так и для позитивизма, абстрагирующего другой момент — налично сущее бытие, что закономерно приводит к пониманию добра как результата человеческого произвола и невозможности установить связь налично сущего добра и его абсолютного источника.

Представленное Е. Н. Трубецким исследование права и нравственности отражает одну из наиболее существенных закономерностей развития русской философско-правовой мысли, традиционно рассматривающей право в качестве формы Добра. Обосновывая родство правового и нравственного начала, Е. Н. Трубецкой определяет в качестве приоритетного направления своего исследования анализ ценностного аспекта бытия права, его взаимодействия с нравственностью, разработку единых онтологических оснований указанных феноменов. Ученый уделяет особое внимание исследованию процессов «становления»³ права и нравственности, а также выявлению закономерностей их развития в историческом контексте в условиях определенной социокультурной реальности. Особое

³ Категория «становление», разработанная Г. Гегелем в «Науке логики» при объяснении диалектического метода, весьма плодотворно используемого представителями русской идеалистической философии права, на наш взгляд, наиболее точно поясняет, каким образом единые онтологические основания права и нравственности могут порождать противоречия указанных явлений, которые «снимаются» в «становлении», интегрирующем истинные моменты противоположностей. Но при этом необходимо понимать, что диалектическое взаимодействие — это не просто искусственное сведение воедино противоположностей, но разрешение противоречия в конкретном, более объемном понятии — некоей «завершенной самостоятельности», в которой каждый противоположный момент соотносится с самим собой, в чем суть самодвижения и саморазвития познания любого феномена.

внимание при этом уделяется проявляющимся в процессе «становления» противоречиям правового и нравственного начал, отражающим объективную необходимость их взаимодействия на качественно новом уровне, на котором каждая противоположность в «своем ином» узнает себя. Диалектическое взаимодействие права и нравственности в процессе «становления» раскрывает существование оснований данных феноменов, конкретизируя их содержание применительно к конкретно-историческим условиям определенного социума.

В результате исследования субстанциональных оснований права и нравственности Е. Н. Трубецкому, на наш взгляд, удалось вполне убедительно показать, что действующее право всегда имеет идеальную нравственную основу, отражающую базисные смысловые центры конкретного социума, а также подтвердить статус нравственности в качестве базовой первичной формы социальной коммуникации.

В концепции Е. Н. Трубецкого онтологическое родство права и нравственности обусловлено едиными законами бытия, определяющими в качестве основной характеристики человеческого сознания стремление к реализации добра. Поэтому мы можем говорить о наличии единого онтологического основания права и нравственности, определяющего их общие цели в процессе объективации в социуме. Это отнюдь не означает тождества указанных явлений, процесс развития которых, обусловленный различными социокультурными факторами, нередко порождает противоречия, влекущие новый виток развития правового и нравственного начала. Поэтому говорить о взаимодействии права и нравственности в условиях конкретных социокультурных реалий корректно только в диалектическом смысле, раскрывающем единство и противоположность категорий сущего и должного, которые никогда не смогут образовать тождество в эмпирической реальности, хотя человеческое сознание, обладающее способностью проникать в суть метаюридических оснований, всегда будет неутомимо стремиться приблизиться к этой цели. Взаимодействие правового и нравственного феномена — это непрерывная борьба между стремлением к сохранению существующих нравственных устоев общества, определяющих принципы и цели правового развития, и подъемом человеческого сознания на новый уровень освоения ценностных аспектов бытия.

Фундаментальным понятием правовой концепции Е. Н. Трубецкого является свободная разумная воля человека, выступающая субстанциональной основой права, определяющая его возникновение и развитие и представляющая собой системообразующее начало общества и государства. На наш взгляд, осмысление сущности свободы представляет собой одну из первоочередных задач для современной юридической науки.

Так, основатель либертарной концепции права В. С. Нерсисянц значительно внимание уделяет разработке категории свободы, развивая гегелевскую традицию и используя основные положения концепции Е. Н. Трубецкого, выражающиеся в понимании права в качестве формы выражения свободы.⁴ Либертарная концепция, безусловно, содержит мощный потенциал исследования права как формы выражения свободы, поскольку она отражает наиболее существенные закономерности развития политико-правовой мысли в исследовании этой проблемы. В то же время концепция

⁴ Нерсисянц В. С. 1) Право — математика свободы. М., 1996; 2) Право как необходимая форма равенства, свободы и справедливости // Социс. 2001. № 10. С. 3–15; 3) Философия права. М., 1997; Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. М., 2001.

В. С. Нерсесянца имеет существенный недостаток, обусловленный тем, что, разрабатывая категории права и свободы, автор ограничивается установлением внешних формальных характеристик указанных явлений, вне связи с их субстанциональными основаниями. Определяя сущность права как равную меру свободы индивидов, В. С. Нерсесянц рассматривает справедливость как внутреннее свойство и качество права, отмечая, что другого принципа и формы выражения, кроме правовых, справедливость не имеет.⁵ Ученый утверждает, что право справедливо по своему понятию, поскольку предоставляет равные юридические возможности для реализации субъективной свободы. Справедливость, по его мнению, не может быть выражена в религиозной, нравственной, политической или иной форме. Позволим себе не согласиться с данным утверждением, поскольку сама этимология термина «справедливость» — «ведать правду» — отражает религиозно-нравственные мировоззренческие основы российского общества. Отрицание неправых форм справедливости, диалектическое взаимодействие которых во многом определяет специфику становления правового феномена, ведет к низведению права до пустой абстрактной формы «равенства возможностей». Но право не может быть эффективной формой выражения свободной воли людей, если оно абстрагируется от сущности и содержания этой самой воли. Утверждаемое В. С. Нерсесянцем в качестве основной цели права безграничное расширение сферы свободы, лишённое критериев определения меры свободы, ее конкретного содержания и цели, превращает процесс реализации свободы в правовой форме в «дурную бесконечность», а право — в пустую абстракцию, изолированную от существенных характеристик свободной воли человека, не имеющую внутренних резервов для ее реализации.

Указанное затруднение успешно преодолевается в концепции Е. Н. Трубецкого, поскольку целенаправленная разработка проблемы соотношения права и свободы, ориентированная на исследование содержательных характеристик последних, закономерно выводит ученого на качественно новый уровень рассматривания сущности права, который обнаруживает онтологическое единство правового и нравственного начала. В концепции Е. Н. Трубецкого свободная воля человека, определяющая возникновение и развитие права, одновременно выступает источником нравственного начала, что проявляется в виде диалектического единства правового и нравственного сознания на онтологическом уровне.

В своем исследовании генезиса правового и нравственного начал Е. Н. Трубецкой стремится выявить специфические особенности становления и функционирования права и нравственности в российском социокультурном пространстве, изучая мировоззренческие истоки национального самосознания, религиозно-нравственные традиции русского общества. Ученый предпринимает разностороннее и полномасштабное исследование особенностей русского национального самосознания, выраженного в иконописи, храмовой архитектуре, музыке, живописи, философском и литературном творчестве.⁶ Проведенный Е. Н. Трубецким подроб-

⁵ См. об этом: *Нерсесянц В. С.* Право как необходимая форма равенства, свободы и справедливости.

⁶ *Трубецкой Е. Н.* 1) Воспоминания. София, 1921; 2) Звериное царство и грядущее возрождение России. Ростов/Д., 1919; 3) Россия в ее иконе // Русская мысль. 1918. Кн. 1–2; 4) Смысл жизни. М.; Харьков, 2000; 5) Три очерка о русской иконе. «Иное царство» и его искатели в русской народной сказке. М., 2000; 6) Умозрение в красках. М., 2003.

ный сравнительный анализ различных форм русской культуры позволил сделать вывод о приоритетности в системе ценностей русского общества духовных исканий перед удовлетворением материальных потребностей, об общей его устремленности к «иному плану бытия». Эти идеи получили плодотворное развитие в работах многих русских ученых, среди которых необходимо выделить И. А. Ильина и Н. А. Бердяева.⁷

Исследуя единые онтологические основания права и нравственности, Е. Н. Трубецкой признает необходимым допущение метафизической природы свободной воли человека, поскольку именно это предположение позволяет обосновать подлинный смысл и абсолютную ценность свободы личности, а также необходимость ее объективации в правовой форме. В качестве субстанциональной основы бытия ученый признает абсолютное Добро, как выражение воли Бога (в его православном христианском понимании). Именно божественную сферу как источник свободы, правды, справедливости Е. Н. Трубецкой рассматривает в качестве субстанциональной основы свободной воли, позволяющей раскрыть все богатство и многообразие духовной природы человека, реализовать ее мощнейший творческий потенциал.

Субстанциональной основой правового и нравственного начала выступает человеческое сознание, определяющей характеристикой которого является способность подниматься над индивидуальными психологическими переживаниями в область сверхпсихологического смысла в поиске безусловной правды о должном и сущем. «Должное» является субстанциональной основой сознания и выполняет ориентирующую функцию человеческого поведения. В качестве необходимого предположения человеческого сознания и непосредственного источника «нормы должного», определяющего онтологическое единство правового и нравственного сознания, Е. Н. Трубецкой рассматривает Абсолютное Безусловное Начало. Основным источником объективации категории «должное» выступает нравственное сознание, которое является доминирующей ценностной формой общественного сознания, находится в диалектическом взаимодействии с правовой, политической и другими его формами и в значительной мере детерминирует процесс формирования их собственных ценностных систем. Ученый особо отмечает, что обнаружение смысловых, ценностных аспектов в мире правовых явлений, критическое отношение к ним, формирование категорий сущего и должного, как правило, выступает следствием освоения личностью социальной реальности. При этом особое значение имеет то, что осмысление субъектом правовых явлений происходит не изолированно, а в соответствии с утвердившейся в обществе иерархией ценностей. Исследование закономерностей и структурных особенностей человеческого сознания приводит Е. Н. Трубецкого к установлению единых онтологических оснований права и нравственности, определяемых внутренними законами человеческого разума, который, будучи причастным объективному закону Добра, выступает универсальным носителем нормы должного и реализует ее в форме правового и нравственного сознания, в результате диалектического взаимодействия которых появляется феномен «нравственного должного в праве».

Ученый отмечает, что любой конкретный правопорядок представляет собой сложную многоуровневую иерархию авторитетов. «Ясное дело, что

⁷ Бердяев Н. А. Судьба России. М., 1997; Ильин И. А. О сущности правосознания // Ильин И. А. Собр. соч.: В 10 т. Т. 4. М., 1994.

всякое позитивное право как таковое представляется не более как одним из видов права; право, установленное внешним авторитетом, обусловлено иной высшей формой права, из коей истекают правомочия всех человеческих властей; будучи само источником и условием всякого внешнего авторитета, всякого позитивного права, это первоначальное высшее право не обусловлено никаким внешним авторитетом: оно само по себе авторитетно; оно само в себе заключает источник своей обязательной силы».⁸ В качестве такого первоначального авторитета Е. Н. Трубецкой рассматривает человеческий разум как автономный источник нравственных суждений, от имени которого действует общественная среда, государство, власть и с санкции которого устанавливается действующее законодательство.

Наиболее поверхностным и противоречивым, по мнению Е. Н. Трубецкого, является оправдание позитивного права авторитетом государственной власти. Ученый акцентирует внимание на том, что государственная власть имеет право повелевать в обществе лишь постольку, поскольку служит его благу и выражает коллективную волю, интересы и воззрения народа, от имени которого она действует, следовательно, авторитет государственной власти и право ее господства обусловлены авторитетом той общественной среды, от имени которой она выступает. Закономерно возникает вопрос: на чем основана обязанность личности подчиняться обществу? Е. Н. Трубецкой полагает, что такой основой является суд разума, посредством которого личность формирует правовое пространство общества, раскрывая недостатки законодательной практики и способствуя ее совершенствованию.

В качестве существенного свойства правосознания Е. Н. Трубецкой рассматривает формирование ценностной ориентации — устойчивого (положительного или отрицательного) отношения к чему-либо, поскольку «каждый человек в своем сознании обладает нормой должного, которой он измеряет и оценивает существующее».⁹ Ученый считает вполне очевидным то, что любое властное установление и правовое предписание получает, в конечном счете, «санкцию разума». При принятии решения о том, следовать ли правовому предписанию, включается механизм внутреннего самоопределения личности в сфере правовой реальности, происходит сопоставление правового требования с принятой в обществе системой ценностей, внутреннее обоснование и оправдание авторитета права, опознание его в качестве справедливого. Этот механизм обеспечивает стимулирование одних мотивов и блокировку других и в целом выполняет адаптационную функцию сознания по отношению к внешним правовым требованиям. Е. Н. Трубецкой полагает, что общество подчиняется законам и способствует их реализации только в том случае, если они подчинены авторитету «нравственного должного в праве», выступающего основой всякого конкретного правопорядка, залогом его стабильности и эффективности.¹⁰ Вполне очевидно, что интеграция правовых предписаний в социальную реальность зависит от степени осознания личностью необходимости правовых норм и трансформации внешних правил поведения во внутреннюю потребность всех участников правовой жизни.

Анализ политической и правовой практики современной России вполне очевидно подтверждает мысль Е. Н. Трубецкого о том, что сознательное

⁸ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права // Трубецкой Е. Н. Труды по философии права. СПб., 2001. С. 320.

⁹ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. С. 322.

¹⁰ Там же. С. 321.

игнорирование законодателем механизма адаптации правовых предписаний, искусственное навязывание внешнего принуждения в виде права, не получившего нравственной санкции сознания, создает лишь видимость правопорядка. Дело в том, что само существование правовых ценностей и знание о них не является достаточным условием их интеграции в жизнь общества.

Итак, Е. Н. Трубецкой утверждает «санкцию разума» в качестве первоначального авторитета и предельного основания обязательности законов, которое «обнимает в себе всю совокупность тех нравственных требований, в силу которых мы подчиняемся или не подчиняемся тому или другому общественному авторитету: оно заключает в себе всю совокупность нравственных норм, в коих всякий авторитет, всякая человеческая власть и всякое вообще позитивное право находит себе оправдание или осуждение».¹¹ Е. Н. Трубецкой предельно ясно демонстрирует, что основные категории нравственного сознания — добро и зло — являются универсальными критериями измерения и оценки всех человеческих действий и установлений, поэтому «нравственное должное в праве» является основой всякого конкретного правопорядка и, оценивая его как благо, служит залогом его стабильности и эффективности. С другой стороны, норма должного, в соответствии с которой человек измеряет и оценивает действующее законодательство с точки зрения возможных улучшений, служит основанием для разработки критериев совершенствования права и является необходимым условием его прогрессивного развития.

В концепции Е. Н. Трубецкого онтологическое единство права и нравственности конкретизируется следующим образом: внешняя правовая свобода предоставляется лицу в той мере, которая определяется общественным благом. Отрицание свободы других лиц является не только отрицанием права, но и противоречит требованиям добра, следовательно, задача права заключается в установлении гармонии между внешней свободой индивида и благом общества как целого в соответствии с конкретно-историческими условиями.

«Нравственное должное в праве» в концепции Е. Н. Трубецкого фактически является синонимом естественного права, которое можно определить как основанную на общепризнанных идеалах добра и справедливости систему убеждений о принципах организации государства и общества, устанавливающих пределы субъективной свободы. Эта система убеждений формируется в результате диалектического взаимодействия естественного и позитивного права, которые соотносятся как содержание и форма. В свою очередь развитие естественного права определяется диалектическим взаимодействием абсолютного и относительного моментов. Абсолютный момент выражается в признании в праве такой ценности, как внешняя свобода лица, ограниченная необходимостью обеспечения добра и справедливости в обществе. Относительный момент отражает ценностная система общества, сформировавшаяся в конкретно-исторических условиях. В концепции Е. Н. Трубецкого позитивное право представляет собой конкретно-историческую форму выражения естественного права. Содержание естественного права («нравственно-должное в праве») находится в постоянном движении и развитии, в то время как позитивное право характеризуется относительной стабильностью, и его предписания в течение некоторого времени находятся в гармонии и соответствии с требованиями

¹¹ Там же.

естественного права. Но рано или поздно, отмечает Е. Н. Трубецкой, обнаруживаются недостатки действующего законодательства, формируются новые общественные потребности и открываются реальные перспективы развития и совершенствования действующего законодательства, которое вступает в противоречие с объективно сложившимися требованиями «нравственного должного в праве». Это противоречие разрешается путем изменения законодательства, что, по наблюдению Е. Н. Трубецкого, наиболее ярко проявляется в период социальных революций.

Е. Н. Трубецкой очень точно подметил, что критическое отношение к действующему праву позволяет разработать критерии его совершенствования и определить объективные цели правового развития, поскольку каждый человек наделен свободной волей и обладает универсальной способностью измерения и оценки всего существующего с позиции должного. Поэтому личность всегда участвует в формировании правового пространства общества и в создании правовых ценностей как объекта общественного сознания. Из этого логически вытекает, что, исключив должное из понятия права, мы автоматически утрачиваем критерии его развития и совершенствования. «Словом, прогресс, развитие в праве возможны лишь постольку, поскольку над правом положительным есть высшее нравственное или естественное право, которое служит ему основой и критерием. И в самом деле, в истории права идея нравственного права играет и играла роль мощного двигателя: оно дает человеку силы подняться над его исторической средой и спасает его от рабского преклонения перед существующим».¹² Выводя «нравственное должное» из природы разума, Е. Н. Трубецкой видит основную ошибку естественно-правовой школы в том, что должное представляется как кодекс неизменных правил, существующий независимо от разнообразия исторической действительности. Ученый совершенно справедливо отмечает, что правовой идеал не в состоянии раз и навсегда установить пределы внешней свободы лица, которые изменяются в зависимости от уровня развития общества: «Ясное дело, что эта мера не должна быть одинаковой для различных уровней развития, для различных веков и народностей: то, что для одного уровня развития является добром, может быть злом для другого — низшего или высшего уровня».¹³ «Нравственное должное» не может выражаться в виде законодательных шаблонов, но в различные эпохи и для разных народов оно воплощается в специфических задачах, «и в этом заключается оправдание права позитивного».¹⁴ При этом Е. Н. Трубецкой обращает особое внимание на недопустимость противопоставления и искусственного разрыва естественного и позитивного права, поскольку это нивелирует значение действующего законодательства как эффективного социального регулятора и препятствует разработке эффективных критериев его совершенствования.¹⁵

Очень ценным является наблюдение Е. Н. Трубецкого относительно того, что вопрос о существовании естественного права имеет не столько теоретическое, сколько практическое значение: «От того, верим мы или не верим в естественное право, и от того, как мы его понимаем, зависит все наше отношение к существующему, действующему праву. Отвергнув

¹² Там же. С. 322.

¹³ Там же. С. 323.

¹⁴ Там же. С. 326.

¹⁵ См. об этом: *Трубецкой Е. Н.* Мировоззрение В. С. Соловьева. Т. II. М., 1995. С. 160.

естественное право, мы лишаем себя всякого критерия для оценки действующего права: если над правом действующим нет никакого другого высшего права, то в таком случае оно есть правда, чистый историзм должен привести нас к современному консерватизму, и вот почему зародившаяся в начале прошлого столетия историческая школа действительно послужила оплотом тех реакционных тенденций, которые явились на смену идеям французской революции. Напротив того, признание естественного права вынуждает нас критически относиться ко всему существующему, рассматривать всякую норму позитивного права с точки зрения возможных улучшений и оценивать право с точки зрения правды».¹⁶

Анализируя категорию «нравственное должное», Е. Н. Трубецкой указывает на то, что ее содержание представляется спорным и может стать предметом разногласий. Трудно не согласиться с тем, что если бы каждому была предоставлена свобода жить в соответствии со своим субъективным пониманием «нравственного должного» в праве, то вместо правопорядка мы получили бы произвол и анархию. В концепции Е. Н. Трубецкой общество выступает той самой консолидирующей силой, которая в своем взаимодействии с государством призвана решить этот спор. Именно необходимость существования некоего внешнего авторитета, способного на основе общественного волеизъявления сформулировать конкретные нормы права и гарантировать их соблюдение и исполнение всеми членами общества, оправдывает существование государственной власти и позитивного права. Однако само собой разумеется, отмечает ученый, что с точки зрения общественного сознания далеко не всякий внешний авторитет (не любое установление власти) способен адекватно выразить в данный исторический момент в правовой форме свободу в общественных отношениях. Государственная власть по своей природе является не самоцелью, а лишь средством выражения свободы в правовой форме.

Напротив, когда нравственность перестает выполнять функцию смыслового центра, вокруг которого формируется юридическое мировоззрение, а право, отказываясь от своего генетического родства с нравственным началом, произвольно определяет собственную систему ценностей, руководствуясь утилитарно понимаемой пользой и прикрываясь внешней формальной свободой, — тогда право превращается в инструмент обслуживания политических амбиций и неизбежно наступает глобальный ценностный кризис общества, следствием чего является кризис правовой и политической систем. Основополагающим началом любой правовой системы Е. Н. Трубецкой считает не государственное принуждение (рассматривая его как производный признак), а «общественный авторитет», от имени которого уполномочены действовать представители государственной власти. «Если мы обязаны повиноваться власти, то только потому и лишь постольку, поскольку она олицетворяет собой авторитет той или другой окружающей нас общественной среды».¹⁷ В обществе с высоким уровнем правосознания принудительная функция государства сведена к минимуму, здесь «всякая власть есть вид права, всякая власть обусловлена правом».¹⁸

Возвращаясь к вопросу о качестве государственной власти, Е. Н. Трубецкой обращает внимание на существование правовой идеи, или так

¹⁶ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. С. 327.

¹⁷ Там же. С. 320.

¹⁸ Там же. С. 321.

называемого высшего права, которое служит источником всякой власти и является основой правопорядка. Существование правовой идеи безусловно, а потому не может определяться каким-либо внешним авторитетом. Становление и конкретизация правовой идеи осуществляется в общественной среде в соответствии с объективными законами развития. Именно поэтому, делает вывод ученый, право не может являться результатом установлений государственной власти, в то время как существование последней всегда обусловлено правовым качеством. «Власть имеет несомненное право господствовать лишь постольку, поскольку она действительно представляет собой то общество, над которым она господствует, т. е. поскольку она служит его благу, выражает его волю».¹⁹ Сам факт признания или непризнания государственной властию фактического правоотношения в качестве такового не является источником правообразования; признание норм права в качестве общеобязательных обусловлено общественным авторитетом, имеющим своим основанием безусловный источник — санкции человеческого разума.

Согласно Е. Н. Трубецкому общественный авторитет определяет значимость и общеобязательность норм позитивного права, основными формами которого являются закон и обычай. Обычай в концепции Е. Н. Трубецкого выступает древнейшей формой права, предшествующей закону и образованию государства. Сама власть (в качестве постоянного учреждения) обязана своим образованием обычаю, т. е. постепенно выработавшейся привычке людей повиноваться предводителю, связующему людей в род или племя и господствующему в силу авторитета той общественной среды, от имени которой он действует. Закон возникает на более поздней ступени культурного развития общества и выражает потребность общественного сознания в устранении существующих в обычном праве недостатков и противоречий, а также в установлении более совершенной формы права. Обычай является самостоятельной первоначальной формой права, поскольку ему присуще существенное свойство права, выражающееся в предоставлении определенной сферы внешней свободы одним лицам (управомоченным) и ограничение сферы внешней свободы других лиц (обязанных).²⁰

Е. Н. Трубецкой делает весьма существенное замечание относительно того, что ученые, рассматривающие государство в качестве единственного источника положительного права, прибегают к фикции: обычай якобы получает обязательную силу от государства путем категорического заявления законодателя или с его молчаливого согласия. Подобный механизм санкционирования обычая внутренне противоречив и содержит в себе логический круг, поскольку сущность права в данном случае определяется внешним авторитетом (государством), которое в свою очередь представляется видом права.²¹

Закономерным результатом проведенного Е. Н. Трубецким исследования онтологического единства права и нравственности становится утверждение правового отношения в качестве архетипа человеческого поведения, обоснование детерминирующих особенностей человеческого сознания в процессе правообразования, выражающихся в стремлении к социальной коммуникации. В концепции Е. Н. Трубецкого условием

¹⁹ Там же. С. 320.

²⁰ Там же. С. 340–353.

²¹ Там же. С. 344.

правогенеза является не возникновение государства, а формирование психосоциокультурных реалий, имеющих коммуникативную направленность.

Идеям Е. Н. Трубецкого относительно психосоциокультурных условий правогенеза созвучна коммуникативная концепция права, разработанная А. В. Поляковым.²² Право здесь рассматривается как форма социального взаимодействия (коммуникации). Основным условием правогенеза выступает не возникновение государства, а формирование психосоциокультурных реалий, имеющих коммуникативную направленность, в которых объективируются правовые тексты, правовые нормы и правовые отношения, порождаемые intersubъективной деятельностью членов социума.

Актуализация творческого наследия Е. Н. Трубецкого в значительной степени определяется стремлением ученого исследовать правовой феномен в контексте многообразных психосоциокультурных реалий, сквозь призму всеобщих категорий мироосмысления на онтологическом, гносеологическом и аксиологическом уровнях. Это созвучно основным интенциям отечественной и зарубежной науки, проявляющимся в утверждении постнеклассической парадигмы правопонимания, которая преодолевает односторонние интерпретации права, присущие классическим вариантам правопонимания, и характеризуется стремлением к интеграции исследования различных аспектов правового феномена.²³

Оценивая перспективы развития рассмотренного учения о единых онтологических основаниях права и нравственности и об их взаимосвязи, в целях объективности разберем аргументацию оппонентов Е. Н. Трубецкого, которая наиболее полно и последовательно представлена в работах представителей юридического позитивизма. Последние наиболее радикально отрицают онтологический статус Абсолюта как источника Добра, реализуемого в правовой и нравственной формах, и, следовательно, считают недопустимым применение критериев «нравственного должного» в праве, рассматривая в качестве основания его возникновения субъективный чувственный опыт. Для позитивистов все, что не может быть проверено эмпирическим путем, незамедлительно получает ярлык «химер воображения», не имеющих никакого отношения к правовой реальности. Здесь вспоминается мысль классика о том, что «опытом следует считать не непосредственное созерцание, но созерцание, поднятое на уровень интеллектуального, мыслимое и поясненное, выведенное из его единичности и высказанное как необходимость».²⁴ Не следует забывать и о том, что социальные нормы, в отличие от законов природы, всегда представляют собой соглашение между людьми, являющееся результатом осмысления

²² Поляков А. В. 1) Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход; 2) Правогенез; 3) Постклассическое правоведение и идея коммуникации.

²³ См. работы: Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999; Варьяс М. Ю. Правопонимание: опыт интегративного подхода. М., 1999; Графский В. Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще не завершённый проект // Правоведение. 2000. № 3. С. 49–64; Дворкин Р. О правах всерьез; Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права. СПб., 2005. С. 55–58 (§ 3 гл. II «Интегральное правопонимание как феномен постнеклассической науки»; Поцелуев Е. Л. Интегративное понимание права // Труды МГЮА. № 10. М., 2003; Радбрух Г. Философия права. М., 2004; Фуллер Л. Мораль права. М., 2007; Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие. СПб., 2000; Холл Дж. Интегративная юриспруденция // Антология мировой правовой мысли. Т. III. М., 1999; и др.

²⁴ Гегель Г. В. Ф. Политические произведения. М., 1978. С. 158.

ценки. Поэтому сама природа социальных норм предполагает неустранимость философского (метафизического) компонента научного знания.²⁵

Абсолютизируя формальный принцип, позитивизм игнорирует ценностные аспекты бытия права, признавая ненаучными метафизическими вымышлениями вопросы о необходимости нравственного обоснования права, его справедливости, необходимости соответствия социальным ожиданиям.

Существенный пробел доказательной базы позитивизма, сводящего природу права к установлениям политической воли в определенном для данного общества порядке, заключается в том, что представители данного типа правопонимания оказываются не в состоянии объяснить, на чем основан «авторитет права» и, соответственно, в силу каких обстоятельств люди должны ощущать «связанность воли» и необходимость подчинять свою деятельность установленным политической властью правилам поведения. Наконец, в рамках такого правопонимания остается невыясненным, как возможно установление эффективного и стабильного порядка посредством простого выражения политической воли, не прошедшей процедуру легитимации в общественном сознании и, соответственно, не имеющей возможности задействовать механизм интеграции властных установлений в социокультурное бытие. Р. Дворкин в своем исследовании позитивизма очень точно сформулировал один из основных его пробелов: «Для нас является важным различие между правом и приказами гангстера, даже если они носят общий характер. Мы чувствуем, что запреты права и его санкции обязательны в том смысле, в котором не являются обязательными приказы бандита».²⁶

Г. Кельзен — видный представитель нормативизма, отстаивая «чистоту права», считал недопустимым этическое измерение права и пытался доказать псевдонаучный характер исследования ценностных аспектов бытия права.²⁷

Современный представитель аналитического позитивизма Е. В. Булыгин, развивающий идеи Г. Кельзена и Г. Харта, ограничивает исследование правового феномена логическим понятийным анализом, и поскольку этот метод не может быть применим к этической сфере, ученый признает научно несостоятельным исследование ценностного аспекта бытия права. Теория права, по мнению Е. В. Булыгина, должна ограничить область исследований правового феномена логическим анализом структуры правовой системы. Совершенно в духе Г. Харта и Г. Кельзена автор заявляет: «С теоретической точки зрения я не вижу никаких преимуществ в отрицании того, что плохой закон — это закон... Невозможно критиковать юридическую норму за то, что она несправедлива».²⁸ Следует признать, что несомненное достоинство данной концепции заключается в том, что она позволяет понять право как взаимосвязанную систему элементов и раскрыть логику их взаимодействия. В то же время ограничение исследования права рамками рационально-логических построений является основным недостатком данной концепции и позитивизма в целом, поскольку не позволяет понять и исследовать все многообразие аспектов бытия права.

²⁵ См. об этом: *Поппер К.* Открытое общество и его враги. М., 1992. Т. I. С. 99.

²⁶ *Дворкин Р.* О правах всерьез. С. 41.

²⁷ См. об этом: *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. Вып. 1. М., 1987. С. 82–98; Вып. 2. 1988. С. 97–102.

²⁸ Цит. по: *Антонов М. В., Поляков А. В.* Грани современной теории права... С. 187.

Общий недостаток позитивистского типа правопонимания заключается в сознательном игнорировании того факта, что правовой текст, создаваемый и действующий независимо от воли и сознания тех, к кому он обращен, и содержащий правила поведения, процесс создания которых осуществляется вне определенных психосоциокультурных реалий правового бытия, по сути дела является «химерой воображения законодателя», не имеющей никакого отношения к правовой реальности. Для того чтобы стать составной частью правовой коммуникации, текст закона должен быть интегрирован в социокультурную реальность и опознан участниками коммуникации как ценностно значимый (легитимный). Феномен права как объект социального мира, в отличие от действия законов природы, немислим без участников правовой коммуникации, обладающих способностью осмысления правового текста, его оценки, легитимации и интеграции в правовую жизнь общества.²⁹ Необходимо понимать, что право является не внешней принудительной силой, действующей независимо от сознания и воли человека, а выступает основной формой объективации его свободы и способом человеческого бытия. Таким образом, право неразрывно связано с внутренним духовным миром человека, его ценностным восприятием окружающей реальности. Конструирование социальной реальности осуществляется людьми путем осознанного подчинения своей деятельности этическим целям, соответствующим утвердившимся в обществе нравственным приоритетам, оказывающим доминирующее влияние на формирование мотивационной сферы личности.

Наиболее существенный недостаток позитивизма, характерный для всех его направлений, на наш взгляд, заключается в том, что, доказывая недопустимость применения нравственного критерия в праве, представители данного типа правопонимания оказываются не в состоянии логически непротиворечиво обосновать авторитет права исключительно на основе юридических критериев, а также раскрыть сущность и смысл юридической обязанности. Применительно к данной области доказательная база позитивизма представляет собой логический круг, выйти за пределы которого представляется возможным лишь при условии контрабанды метаюридических оснований из сферы должного, которыми, по сути дела, являются и «базовая норма» Г. Кельзена, и «правило признания» Г. Харта. Полагаем, что в области обоснования авторитета права и определения критериев его действительности «формализм может продолжать делать свои выводы до тех пор, пока это вообще разрешает ему пустота его принципа».³⁰

Очевидно, что основополагающие выводы концепции Е. Н. Трубецкого, касающиеся разработки единых онтологических оснований права и нравственности, созвучны общемировым тенденциям современной юридической науки и во многом дополняют и конкретизируют исследования, посвященные указанной проблематике.

Особое значение имеет тот факт, что концепция Е. Н. Трубецкого, интегрирующая лучшие достижения отечественной науки, прежде всего ориентирована на специфику отечественного социокультурного пространства и традиционных доминант национального бытия. Русская юридическая мысль со времен возникновения российского государства традиционно утверждала генетическое родство правового и нравственного начал

²⁹ Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. М., 1995. С. 13–36; Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права. С. 103.

³⁰ Гегель Г. В. Ф. Политические произведения. М., 1978. С. 193.

и стремилась реализовать это единство на практике при осуществлении социальных реформ. В 1917 г. по известным причинам эта традиция была искусственно прервана. В настоящее время можно отметить все более возрастающий интерес российских ученых к проблеме взаимодействия права и нравственности, выражающийся прежде всего в исследовании субстанциональных свойств, а не формальных (количественных) характеристик указанных явлений.

А. В. Поляков рассматривает в качестве подлинного источника человеческой свободы и основы человеческой коммуникации нравственность, тогда как право он называет ее производной формой, поскольку право как внешняя форма поведения всегда отражает ценностные ориентации общества. К необходимому социопсихологическим условиям возникновения права ученый относит акты ценностной легитимации, совершаемые участниками правоотношений.³¹ Он акцентирует внимание на том, что разрыв правового и нравственного начал приводит к утрате коммуникативных возможностей, в основе которых лежит внутреннее свободное самоопределение субъектов, в результате чего право превращается в крайне нестабильную и неэффективную систему, поддерживаемую исключительно внешними принудительными мерами.³²

Г. В. Мальцев также устанавливает генетическое родство правового и нравственного начал и отмечает, что разрушение нравственных устоев общества неминуемо влечет деградацию правового общения.³³

Право, поставленное вне рамок нравственного начала, становится самостоятельной величиной, формирует, защищает и узаконивает индивидуальный эгоизм и в принципе может закрепить в качестве закона «что угодно», отмечает А. М. Величко.³⁴ Ученый напоминает, что отечественная правовая традиция утверждает право в качестве инструмента преодоления личного эгоизма, так чтобы свобода личности была совместима со свободой общества и способствовала государственному развитию. Такая модель общественного развития является, по мнению А. М. Величко, наиболее гармоничной и совершенной, поскольку представляет собой оптимальную форму реализации свободы, раскрывает внутренний смысл права, обосновывает его необходимость в качестве регулятора общественных отношений, укрепляет авторитет государственной власти и в самой своей основе способствует преодолению социальных конфликтов.

Органическое единство правового и нравственного начал устанавливается также в исследованиях В. Г. Графского.³⁵

В современных условиях деградации нравственных основ российского социокультурного пространства и, как следствие, усугубляющегося кризиса правовой формы общения теоретическое обоснование единых онтологических оснований права и нравственности, а также установление в качестве приоритетного направления государственной политики возрождения и укрепления нравственных основ жизни общества, — это вопрос не только теории права, но насущная проблема самосохранения российского национального самосознания.

³¹ Поляков А. В. Правогенез. С. 229.

³² Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права. С. 149.

³³ Мальцев Г. В. Происхождение и ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999. С. 101.

³⁴ Величко А. М. Нравственный идеал и право. С. 195–196.

³⁵ Графский В. Г. Традиции и обновление в праве: проблемы ценностного подхода // Государство и право. 1996. № 5. С. 105–108.

ПРАВОНАРУШЕНИЕ КАК ОСНОВАНИЕ
ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

А. Е. КОРОБОВ,* Е. Б. ХОХЛОВ**

Правонарушение — юридический факт. Мысль о том, что основанием юридической ответственности является правонарушение как разновидность юридического факта, кажется общепринятой и даже банальной. Однако при внимательном ознакомлении с проблемой выясняется, что действительность не совсем совпадает с приведенным суждением.

Прежде всего, правонарушение (юридический факт) нередко рассматривается в качестве основания ответственности наряду с другими (не фактическими) факторами, такими как норма права или состав правонарушения.¹

Но даже в том случае, когда основание юридической ответственности ограничивается правонарушением, эта позиция нередко не имеет достаточной степени определенности. Например, по мнению выдающегося советского ученого-юриста Л. С. Явича юридическую ответственность нельзя рассматривать как обязанность правонарушителя на любой стадии правоохранительного правоотношения, эта обязанность наступает лишь с момента, когда установлен факт правонарушения и одна сторона (суд) получает право возложить на виновного ответственность согласно санкции юридической нормы, а другая сторона (правонарушитель) обязана претерпеть отрицательные последствия своего упречного деяния. Само же охранительное материальное правоотношение возникло раньше, из факта нарушения правопорядка.²

Таким образом, по Л. С. Явичу получается, что из правонарушения возникает, строго говоря, не юридическая ответственность — правонарушение является юридическим фактом, порождающим охранительное материальное правоотношение. Кто является сторонами этого отношения

* Коробов Александр Евгеньевич — соискатель СПбГУ.

** Хохлов Евгений Борисович — д. ю. н., профессор, зав. кафедрой трудового права и охраны труда СПбГУ.

© А. Е. Коробов, Е. Б. Хохлов, 2009

¹ Могут возразить, что норма права также является фактом. Это суждение совершенно правильно; более того, фактом является и все позитивное право, и государство, и вообще вся существующая, бывшая и даже, при определенных условиях, предполагаемая к существованию в будущем реальность. Вне всякого сомнения, эта юридико-философская проблема чрезвычайно интересна и в равной степени сложна, но нам бы не хотелось здесь ее затрагивать: мы ограничиваемся чисто догматическим ее аспектом.

² Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 232. — Сходную в целом позицию занимают И. С. Самощенко и М. Х. Фарукшин (Самощенко И. С., Фарукшин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. М., 1971. С. 67–69). Данное положение в литературе подвергается критике, на наш взгляд, обоснованной (см., напр.: Сыроватская Л. А. Ответственность по советскому трудовому праву. М., 1974. С. 13–14).

до возникновения ответственности и каково его юридическое содержание, остается неясным. Юридическим же фактом, лежащим в основании ответственности, является правомерная деятельность компетентного властного (государственного) органа, связанная с *установлением факта* правонарушения. При этом, поскольку правосудие осуществляется судом и до вынесения обвинительного приговора по уголовному делу лицо считается невиновным, выходит, что юридическая (в данном случае уголовная) ответственность наступает только после вынесения этого приговора, точнее, после вступления его в силу. Получается, что до приговора суда правонарушение отсутствует — хотя бы потому, что не установлены ни факт деяния, ни вина лица, совершившего его. Думается все же, что субъект правонарушения виновен не потому, что так решил суд, а потому, что совершил правонарушение. Суд не создает, не конструирует правонарушения, он познает объективную реальность, устанавливает и фиксирует факты, которые существуют независимо от него и имели место до начала деятельности.

Указанную непоследовательность относительно основания юридической ответственности обнаруживает ученый, придерживающийся трактовки ее как юридической субъективной обязанности. Специалисты, не являющиеся сторонниками данной точки зрения, в частности полагающие суть этого явления в государственном принуждении, попросту «обречены» на такую непоследовательность. Ведь если ответственность есть государственное принуждение, то она существует лишь тогда, когда это принуждение имело место. Значит, если было совершено правонарушение, но отсутствовало государственное принуждение, то не возникло и ответственности. А это, в свою очередь, означает, что в данном случае правонарушение не сыграло своей роли юридического факта, факт совершения правонарушения не имеет никакого юридического значения. Но и в случаях, когда государственное принуждение было реализовано, оно применяется, строго говоря, не на основании совершенного правонарушения, а потому, что состоялось решение компетентного органа, установившего факт правонарушения и назначившего наказание. Это решение, а отнюдь не факт правонарушения, является основанием юридической ответственности.

Справедливость данного вывода подтверждается логикой умозаключений И. С. Самощенко и М. Х. Фарушкина, авторов научного произведения, которое по широте обобщений может считаться классическим в своем роде. Призывая не отождествлять категорию ответственности с охранительным правоотношением в целом либо с одним из его элементов — обязанностью правонарушителя отвечать, претерпевать лишения за противоправное деяние, авторы констатируют: охранительное правоотношение порождается самим правонарушением, юридическая же ответственность возникает лишь после установления объективного факта правонарушения (его признания) компетентными органами или лицами.³ Соответственно выделяются две стадии развития правоохранительного отношения. На первой стадии устанавливается факт совершения правонарушения, в связи с чем стороны этого правоотношения обладают различными правами и обязанностями сугубо процессуального характера (отсюда следует, между прочим, что правоохранительное отношение на

³ Самощенко И. С., Фарушкин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. С. 66–67.

этой стадии является не материальным, как принято считать, а процессуальным). На второй стадии — стадии возложения и реализации юридической ответственности — основным содержанием правоохранительного отношения является осуществление ответственности правонарушителя.⁴ Авторы констатируют существенные различия между двумя указанными стадиями, что, однако, «не дает основания разрывать их»: обе стадии характеризуются внутренним единством, «так или иначе связаны с юридической ответственностью». Если первая стадия является необходимой предпосылкой ответственности, то в рамках второй происходит ее реализация.⁵ Таким образом, категория юридической ответственности вовсе исчезает: на первой стадии развития правоохранительного отношения ее еще нет, на второй — уже нет, коль скоро речь идет о назначении и реализации наказания. При таком подходе ответственность существует только на стадии ее реализации, а это означает ненужность этой категории — достаточно оперировать категорией наказания (санкции), что и предлагают делать сторонники данного подхода.⁶

В этом случае, как уже было отмечено выше, утрачивается значение правонарушения как правообразующего юридического факта. И. С. Самощенко и М. Х. Фарукшин понимают это: «Положение о том, что юридическая ответственность возникает с момента признания факта правонарушения и установления лица, его совершившего, отнюдь не противоречит правильному положению о том, что единственным в принципе его основанием в советском обществе является совершение правонарушения». Приведенное утверждение никак не укладывается в логическую схему авторов и, более того, тут же ими и обесценивается: «...из этого положения лишь следует, что основанием ответственности конкретного лица является не просто правонарушение, а *установленное* правонарушение с его стороны. Пока наличие в деянии *конкретного* лица *конкретного* правонарушения не установлено, ответственность этого лица невозможна»⁷ (в цитатах здесь и далее курсив наш. — А. К., Е. Х.). Отсюда как раз и следует, что реальным основанием юридической ответственности является не правонарушение, а акт признания наличия этого правонарушения компетентным органом (лицом), точнее, момент начала реализации установленного для лица наказания.

Отметим попутно, что данный спор имеет не только теоретическое значение. Коль скоро основанием ответственности является не правонарушение, а признание его наличия в установленном порядке, на первое место выходит не факт правонарушения, а необходимость соблюдения юридических процедур. Значение имеет факт установления правонарушения, а не его реальное наличие; если этот факт считается установленным, то юридическая ответственность возможна, вне зависимости от того, имело ли место правонарушение. Показательно и то, что, скажем, в сфере уголовного процесса, переходя к состязательному процессу, отказались от принципа объективной истины.

⁴ Иными словами, хотя этого авторы или нет, они отождествляют ответственность с наказанием: ведь о чем идет речь, когда говорят о возложении и реализации юридической ответственности, как не о возложении и реализации наказания?

⁵ Там же. С. 67–69.

⁶ И. С. Самощенко и М. Х. Фарукшин и сами подтверждают этот вывод: «Применение к правонарушителю юридических санкций, в том числе наказания, не является какой-то отдельной стадией осуществления правовой ответственности. В этом применении состоит *вся* юридическая ответственность» (курсив наш. — А. К., Е. Х.) (Там же. С. 69).

⁷ Там же.

На наш взгляд, реальным (и единственным) основанием юридической ответственности является факт правонарушения,⁸ вне зависимости от того, какие решения компетентных органов власти были приняты или не были реализованы впоследствии. Любое лицо, совершившее правонарушение, *обязано* понести наказание! Эта обязанность существует независимо от того, что полагают и что делают (или чего не делают) в связи с этим соответствующие органы власти или должностные лица. С другой стороны, она не возникает в случае отсутствия правонарушения, опять-таки вне зависимости от действий представителей власти. Именно поэтому наказание, назначенное лицу при отсутствии правонарушения, ни при каких условиях не может считаться юридической ответственностью (рассуждая в категориях И. С. Самощенко и М. Х. Фарушкина и других последователей их концепции), а является юридической ошибкой.

Признаки правонарушения. Признаки правонарушения наиболее подробно разработаны в науке уголовного права применительно к такой разновидности правонарушений, как преступления.

Так, например, В. С. Прохоров указывает: преступление — это акт поведения конкретного человека, говоря словами закона — *деяние*, осуществляемое под контролем сознания и воли субъекта, имеющего свободу принятия решения, т. е. свободу выбора между по крайней мере двумя вариантами поведения. Соответственно, за пределами деяния остаются: а) мотивы, намерения, мысли и убеждения, если они не были воплощены в поступке; б) все «действия» людей, не контролируемые их сознанием: ~~рефлекторные или судорожные движения, движения во сне, в том числе гипнотическом, перемещение человека, сбитого с ног в результате резкой и внезапной остановки транспортного средства, и т. п.;~~ в) все случаи, когда человек не осознает смысла и значения того, что он совершает, находясь в состоянии невменяемости (ст. 21 УК) или в результате отставания в психическом развитии (ч. 3 ст. 20 УК); г) все случаи, когда смысл совершаемого понятен человеку, но оно не контролируется его волей. Воля — это решимость совершить деяние. Воля парализуется в результате душевного заболевания или в результате физического принуждения, если лицо утратило возможность руководить своими действиями.⁹

Согласно общепринятым представлениям деяние проявляется в двух формах — действии и бездействии, однако в ряде случаев категория деяния охватывает не только действие и бездействие, но и последствия.¹⁰

Итак, правонарушение — это прежде всего деяние. В соответствии с общетеоретическими представлениями оно относится к категории юридических фактов — действий (в отличие от юридических фактов — событий); иными словами, это такой юридический факт, который отличается от фактов-событий по своему волевому содержанию. Действия опосредуются сознанием и волей людей, события — нет; таким образом, основанием юридической ответственности явления, относящиеся к категории событий, быть не могут.

⁸ И. С. Самощенко и М. Х. Фарушкин в дальнейшем исследовании основания юридической ответственности, будучи ограниченными рамками своей концепции, используют для обозначения факта правонарушения как основания ответственности термин «в принципе совершение правонарушения» (см., напр.: с. 73, 90, 91, 92 и др.). Понятно, что это не более чем эвфемизм.

⁹ Уголовное право России. Общая часть / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. СПб., 2006. С. 331–332.

¹⁰ Там же. С. 333.

В общетеоретической и отраслевых юридических науках широко распространено мнение, что любое правонарушение как юридический факт (основание правовой ответственности) обладает рядом необходимых признаков, в числе которых: 1) общественная опасность, 2) противоправность, 3) виновность, 4) наказуемость.

Вопрос о соотношении общественной опасности и противоправности в теории уголовного права является дискуссионным. Традиционно в науке уголовного права различались две стороны уголовно наказуемого деяния — материальная и формальная. Материальную сторону преступления составляет общественная опасность, формальную — уголовная противоправность.¹¹ И сегодня, например, В. С. Прохоров указывает: уголовная противоправность деяния означает нарушение требования уголовного закона. Каким бы общественно опасным ни был поступок человека, он не может рассматриваться в качестве преступления, пока не запрещен соответствующей нормой уголовного закона под страхом уголовного наказания. Таким образом, традиционный взгляд заключается в том, что общественную опасность и уголовную противоправность связывает отношение содержания и формы.¹²

Представление о том, что *противоправность* представляет собой неотъемлемое (сущностное) качество правонарушения, является аксиоматическим для всех без исключения отраслей юридической науки. Различия обнаруживаются в «конструировании» противоправности, причем эти различия имеют не только отраслевой характер, но и связаны, например, с видом ответственности.

Вина правонарушителя также является неотъемлемым свойством правонарушения. По общему правилу, ответственность без вины невозможна.

Проблема общественной опасности как признака правонарушения. Существенные различия наблюдаются в научных подходах к оценке такого свойства правонарушения, как *общественная опасность*. В сфере уголовного права общественная опасность, как было указано выше, является материальным признаком преступления, причем признаком *легальным*, т. е. установленным уголовным законом (ст. 14 УК РФ). Более того, не является преступлением действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного уголовным законом, но в силу малозначительности не представляющего общественной опасности (ч. 2 ст. 14 УК). «Итак, — делает вывод В. С. Прохоров, — ч. 2 ст. 14 УК РФ позволяет провести грань, отделяющую преступление от непроступных деяний, в случаях, когда внешняя форма проступка утрачивает свое уголовно-правовое содержание. Такое деяние не только лишается общественной опасности, но не может рассматриваться в качестве уголовно-противоправного... Общественная опасность — определяющее свойство преступления; то, что не общественно опасно, не обладает и уголовной противоправностью».¹³

¹¹ См., напр.: Курс советского уголовного права (Часть Общая) / отв. ред. Н. А. Беляев и М. Д. Шаргородский. Т. 1. Л., 1968. С. 156 и сл.

¹² Уголовное право России. Общая часть. С. 341, 342.

¹³ Там же. С. 360. — Думается, впрочем, что в последнем утверждении В. С. Прохоров не совсем прав. Если исходить из его же, очевидно верного, положения о том, что противоправность и общественная опасность деяния соотносятся как содержание и форма, то следует признать, что при отсутствии общественной опасности мы

Таким образом, общественная опасность деяния (реальная или, в некоторых случаях, предполагаемая законодателем) есть неотъемлемый (материальный) признак любого преступления. Деяние, не обладающее этим качеством, не может считаться преступным. Но здесь возникает весьма важная теоретическая и практическая проблема: означает ли это, что уголовно наказуемые деяния, теряя в связи с отсутствием общественной опасности качество преступлений, вообще перестают быть правонарушениями?

В отечественной юридической науке на протяжении полувека по этому поводу было сформулировано два прямо противоположных суждения. Первая позиция, пожалуй, преобладающая, заключается в признании того, что свойство общественной опасности присуще всем без исключения правонарушениям, т. е. общественная опасность есть материальная сторона не только преступления, но и любого правонарушения, не являющегося преступным деянием.¹⁴ Так, например, Л. И. Спиридонов указывает: «...с позиций социологии, правонарушение — общественно опасное деяние, покушающееся на сложившийся порядок общественных отношений».¹⁵ Такой же точки зрения придерживается Д. А. Липинский.¹⁶

Весьма однозначную и резко сформулированную точку зрения по данному вопросу излагает В. Н. Карташов.¹⁷ Он констатирует: в пользу сторонников мнения о том, что общественная опасность свойственна только преступлению, казалось бы, служит аргумент, который выразил законодатель в ч. 2 ст. 14 УК РФ. Однако существующая редакция представляется автору весьма неудачной как в теоретическом, так и в практическом аспектах, в связи с чем формулируются два взаимосвязанных аргумента. Во-первых, по логике УК только преступления причиняют (могут причинить вред), а все иные правонарушения (почему-то называемые «малозначительными» деяниями) никакого вреда не приносят. «Вместе с тем уже сам

сталкиваемся с ситуацией наличия формы без содержания — что и исключает уголовную ответственность.

¹⁴ Данная точка зрения имеет солидную историю. Например, Ц. А. Ямпольская и Е. В. Шорина, рассматривая понятие дисциплинарного проступка, определяют его как «виновное нарушение обязанностей службы и, в частности, трудовой дисциплины, которое по степени своей общественной опасности не влечет за собой преследования в уголовном порядке» (Ямпольская Ц. А., Шорина Е. В. Административно-правовые вопросы укрепления государственной дисциплины. М., 1955. С. 54). Тем самым косвенно свойство общественной опасности признается не только за преступлением, но и за другим правонарушением, в том числе дисциплинарным проступком.

¹⁵ Спиридонов Л. И. Теория государства и права. С. 263. — Общественная опасность трактуется в качестве социологического признака и Г. В. Назаренко (Назаренко Г. В. Общая теория права и государства. М., 2003. С. 102–103).

¹⁶ Липинский Д. А. Проблемы юридической ответственности. СПб., 2003. С. 78. — Строго говоря, здесь Д. А. Липинский опирается на уже сформулированное в литературе мнение, однако, поскольку, по словам автора, далее он останавливается «на наиболее спорных моментах данного понятия» и в ходе дальнейшего изложения не затрагивает этого вопроса, следует прийти к выводу, что приведенное здесь положение он считает бесспорным. См., также: Денисов Ю. А. Общая теория правонарушения и ответственности. Л., 1983. С. 18; Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 248; Козлов А. П. Понятие преступления. СПб., 2004. С. 707–710; Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961. С. 747; Хачатуров Р. Л., Ягудян Р. Г. Юридическая ответственность. Тольятти, 1995. С. 84.

¹⁷ Карташов В. Н. Противоправная деятельность: методологические подходы, нетрадиционные решения и перспективные направления исследования // Юрид. записки ЯрГУ. Вып. 12. Ярославль, 2008. С. 16–17.

факт нарушения юридического предписания есть вред (зло, грех и т. п.), поскольку игнорируются соответствующие социальные ценности, право, ставится под угрозу нормальное развитие общественных отношений и т. д.». Во-вторых, «не голое теоретизирование и формальное (легальное) закрепление его выводов, а реальная правореализующая практика показывает, что вредность и опасность многих административных, трудовых, экологических, гражданско-правовых и иных правонарушений гораздо «существеннее» вредности и опасности отдельных преступлений».

На взгляд автора, ч. 2 ст. 14 УК РФ нужно изложить в следующей редакции: «Не является преступлением запрещенное УК РФ деяние, общественная опасность и вредность которого незначительны». Введение данной новеллы на легальном уровне позволит, как представляется В. Н. Карташову, по двум важнейшим критериям (степени общественной опасности и вредности) более четко отграничивать преступления от иных правонарушений и устранил существующую коллизию в российском праве.

В современной литературе излагается и точка зрения, внешне примиряющая указанные позиции или, во всяком случае, считающая различия между ними не заслуживающими внимания. Так, например, В. В. Бутнев полагает, что данный спор носит во многом терминологический характер. «Мы, — пишет В. В. Бутнев, — не видим принципиальной разницы между общественной опасностью и общественной вредностью. Любое правонарушение не только причиняет вред конкретным субъективным правам или охраняемым законом интересам, но и посягает на сложившийся в обществе правопорядок, опосредованным путем затрагивает общественные интересы. В отраслях публичного права это проявляется наиболее ярко. В отраслях частного права на поверхности лежит нарушение интересов частных лиц, общественные интересы составляют второй план правонарушения. Таким образом, любое правонарушение общественно опасно или общественно вредно. Преступление отличается от всех правонарушений наибольшей степенью общественной опасности».¹⁸

Таким образом, В. В. Бутнев, по видимости придерживаясь некой промежуточной точки зрения, на самом деле присоединяется к первой позиции — коль скоро преступление отличается от всех других правонарушений лишь наибольшей степенью общественной опасности. Конечно, можно полагать проблему разграничения общественного вреда и общественной опасности лишь терминологической, но это является уходом от проблемы, а не ее решением.

Интересно отметить, что, например, А. В. Иванчин, отталкиваясь от аналогичной точки зрения, приходит к прямо противоположной позиции.¹⁹ «Эта дискуссия, — полагает автор, — скорее схоластическая, нежели содержательная. Если судить этимологически, буквально (общественно опасно = опасно для общества)... то следует согласиться с тем, что и неправомерные правонарушения могут быть общественно опасны (?! — вывод далеко не очевиден. — А. К., Е. Х.). В то же время сторонники этой позиции не отрицают, что преступления более общественно опасны, нежели иные правонарушения, т. е. обладают существенной вредоносностью... И этот присущий преступлениям уровень можно именовать либо общественной опасностью, либо существенным уровнем общественной опасности. Суть

¹⁸ Бутнев В. В. Понятие правонарушения: общетеоретические и отраслевые проблемы // Там же. С. 44–45.

¹⁹ Иванчин А. В. Понятие преступления в уголовном законе (проблемы совершенствования) // Там же. С. 145–147.

не меняется, все прекрасно понимают, о чем речь, разница лишь в выражениях». Но тогда зачем отказываться от общепринятой терминологии, спрашивает А. В. Иванчин. «Представляется вполне оправданным использование в уголовном законе словосочетания “общественная опасность” не как простой лексической единицы, а в качестве *термина*, отражающего *существенный уровень вредности*. Термин же “имеет полное право” обозначать специфическое понятие». К тому же, напоминает автор, понятие общественной опасности было введено в научный и законодательный лексикон именно для наименования криминального, а не какого-либо другого противоправного деяния. «Можно сказать, что уголовное право обладает исключительными правами на использование этого термина». Таким образом, в легальном определении преступления и в понятии малозначительности резонно употреблять термин «общественная опасность» как специфический признак преступления либо деяния, которое по уровню опасности соответствует преступлению (требует криминализации или формально предусмотрено Особенной частью УК, но совершенно неменяемым или малолетним), заключает А. В. Иванчин.

Таким образом, если придерживаться рассмотренного подхода, то можно утверждать, что отсутствие у деяния свойства общественной опасности в уголовно-правовом смысле еще вовсе не означает того, что оно не является общественно опасным. Деяние полностью сохраняет все качества преступления — и материальные, и формальные; иными словами, оно является и общественно опасным (материальный признак), и содержит весь необходимый набор формальных признаков (состав преступления). Тем не менее это деяние преступлением не является, оно выступает в качестве правонарушения иной «отраслевой принадлежности». Трудно сказать, каким образом такой подход способен обеспечить большую четкость в разграничении преступлений и иных правонарушений и устранять существующие коллизии в российском праве.

Итак, суть второй позиции заключается в том, что общественную опасность несет только преступление, все остальные правонарушения, будучи социально вредными, не представляют общественной опасности.²⁰

Интересно отметить, что в учебной литературе по трудовому праву об общественной опасности деяния как основания трудового правонарушения ответственности, по общему правилу, вообще ничего не говорится.²¹ Насколько можно судить, все современные ученые, специализирующиеся в данной области, обсуждают лишь формальную сторону трудовых правонарушений,

²⁰ Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 1998. С. 555; Дурманов Н. Д. Понятие преступления. М.; Л., 1948; Лейст О. Э. Санкции в советском праве. М., 1962. С. 69; Кузнецов Э. В., Сальников В. П. Наука о праве и государстве. СПб., 1999. С. 148; Самощенко И. С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. С. 53, 164; Самощенко И. С., Фарукшин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. С. 181. — Применительно к сфере трудового права такой точки зрения придерживаются А. А. Абрамова (Абрамова А. А. Дисциплина труда в СССР (правовые вопросы). М., 1969. С. 66), Л. А. Сыроватская (Сыроватская Л. А. Ответственность по советскому трудовому праву. С. 43) и др.

²¹ См., напр.: Гусов К. Н., Толкунова В. Н. Трудовое право России. М., 1997. Гл. 13–14; Маврин С. П., Филиппова М. В., Хохлов Е. Б. Трудовое право России. СПб., 2005. Гл. 14; Трудовое право России / под ред. А. М. Куренного. М., 2004 (2-е изд.: М., 2008). Гл. 12, 15; Трудовое право России / под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2007. Гл. XI (автор главы — А. В. Гребенщиков); Хрусталева Б. Ф. Ответственность в трудовых отношениях. СПб., 2000. С. 24 и сл.

даже не затрагивая вопроса о материальной стороне. Думается, что это положение далеко не случайно.

В. Н. Смирнов определяет дисциплинарный проступок как деяние, «исключающее уголовную ответственность».²² Такое определение было довольно распространенным до времени вступления в силу КЗоТ РСФСР 1971 г.²³ Оно лишь косвенно свидетельствует о позиции автора по рассматриваемой проблеме: возможно, он исключает общественную опасность дисциплинарного проступка, но вполне возможно и то, что в данном случае имеется в виду лишь формальная сторона. Такого рода определения также имеют свои причины, и сопоставление истории вопроса с современным положением вещей в трудовом праве, как представляется, дает возможность сформулировать некоторые предварительные выводы.

Следует учитывать, что уголовная ответственность за совершение отдельных дисциплинарных проступков была отменена только в 1956 г.,²⁴ поэтому проблема разграничения оснований трудового проступка (дисциплинарной) и уголовной ответственности в сфере труда была не просто актуальна — до середины 50-х годов она была вообще трудно разрешима. В самом деле, если имеет место социально-политическая система, в которой работодателем (фактическим) является государство, если при этом государство устанавливает публичную (уголовную) ответственность за дисциплинарный проступок (пусть не за каждый), — тогда невозможно стоять на позиции, согласно которой дисциплинарный проступок отличается от преступления тем, что не обладает качеством общественной опасности. Скорее все без исключения правонарушения такого рода, будучи правонарушениями перед государством, обладают этим качеством, различие же заключается в том, что некоторые из них, будучи более (т. е. *количественно*, по мере) общественно опасными, криминализируются уголовным законом в качестве преступлений.

В настоящее время, в условиях кардинально изменившейся социально-политической и экономической модели указанная проблема гораздо легче поддается разрешению. Похоже, что авторы современных работ в сфере права трудового права даже и не видят здесь какой-то проблемы.

На наш взгляд, прежде всего, не следует трактовать данный вопрос с чисто терминологических позиций. Можно, конечно, как это делает А. В. Иванчин, оперировать категориями «права первородства», но это является слабым аргументом, более того, это вообще аргументом не является. Как представляется, различие между категориями общественной опасности и общественной опасности все же имеется, и это различие *существенно*.

Начнем с очевидного. Нам кажется неосновательным противопоставлять, как это делает В. В. Бутнев, общественные и частные права и интересы и, усматривая общественную значимость как общественной опасности деяния, так и его общественной вредности, отождествлять эти две

²² *Советское трудовое право* / под ред. А. С. Пашкова, О. В. Смирнова. М., 1982. С. 308; *Трудовое право России* / под ред. А. С. Пашкова. СПб., 1993. С. 224. — См. также: Смирнов В. Н. 1) Понятие правонарушения в сфере трудовых отношений и его виды // Правоведение. 1968. № 2. С. 70; 2) Дисциплина труда в СССР. Л., 1971. С. 54, 76.

²³ См., напр.: *Советское трудовое право*. М., 1949. С. 270; *Советское трудовое право*. Л., 1966. С. 177.

²⁴ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 25 апреля 1956 г. «Об отмене судебной ответственности рабочих и служащих за самовольный уход с предприятий и из учреждений и за прогул без уважительной причины» // Ведомости ВС СССР. 1956. № 10. Ст. 203.

последние категории. Дело не только в том, что «общественные интересы составляют второй план правонарушения», но и в том, что интересы частных лиц, поскольку они защищаются правом, также являются общественно значимыми. Право как социальное явление призвано защищать все общественно значимые интересы — как частные, так и коллективные (корпоративные) и общесоциальные. Более того, в условиях правового государства и гражданского общества защита прав и законных интересов отдельной личности выходит, употребляя выражение В. В. Бутнева, на первый план. В этом смысле прав Ф. Хайек, говоря о том, что первичным (в том числе и в генетическом плане) является именно частное право; существование же публичного права оправданно, лишь поскольку оно обеспечивает, охраняет и защищает частное право.²⁵ Поэтому дело отнюдь не в том, что все правонарушения нарушают общественно значимые интересы, а потому являются в равной степени и социально вредными, и общественно опасными. То, что любое правонарушение нарушает общественно значимые интересы, как представляется, не вызывает сомнений, однако констатация данного факта сама по себе еще не дает оснований для отождествления категорий общественной опасности и общественной вредности.

Как это ни покажется парадоксальным, но практически никто не поставил вопроса о том, что представляет собой такая категория, как общественная опасность. Рассуждения не идут далее того, что все правонарушения наносят вред, общественная опасность — также вред, поэтому все правонарушения, будучи вредными, являются одновременно и общественно опасными.²⁶ Проблема, стало быть, лишь в «количестве» (степени) этого общественного вреда. Как мы видели, именно так и рассуждает В. Н. Карташов, однако именно это его рассуждение является аргументом против его предложения о введении изменений в уголовное законодательство (в самом деле, если разницы между вредом и общественной опасностью нет, то не лучше ли, следуя мысли А. В. Иванчина, оставить все как есть?).

Приведенная выше ссылка В. Н. Карташова на то, что, как показывает практика, опасность многих правонарушений гораздо больше опасности отдельных преступлений,²⁷ кажется, на первый взгляд, более весомым аргументом, но при более внимательном рассмотрении также должна быть отвергнута как неосновательная.

Обратимся снова к специалистам в области уголовного права.

Понятие (содержание) общественной опасности складывается из многих компонентов, пишет В. С. Прохоров. Прежде всего, в ее основании лежит объективное свойство причинять вред. Невинное причинение вреда не исключает общественной опасности деяния, оно также остается общественно опасным, если совершено невменяемым лицом. Деяния

²⁵ Хайек Ф. А. Право, законодательство и свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. — См., также: Козлихин И. Ю. Правовое государство. История и современность. СПб., 1993. С. 86–87, 90 и сл.

²⁶ Например, Д. А. Липинский характеризует правонарушение как деяние общественно опасное, т. е. причиняющее или могущее причинить вред обществу (Липинский Д. А. Проблемы юридической ответственности. С. 78).

²⁷ К сожалению, В. Н. Карташов не одинок в формулировании указанного аргумента. «По степени общественной опасности, например, отдельные административные правонарушения не уступают преступлениям, а иногда и превосходят их причинением гораздо большего вреда», — пишет С. В. Волкова (Проблемы теории права и государства. Курс лекций / под общ. ред. В. П. Сальникова. СПб., 1999. С. 195).

запрещаются потому, что они общественно опасны, но не становятся общественно опасными тогда, когда запрещаются.²⁸

По большей части это высказывание кажется верным; тем не менее оно требует уточнения. Дело в том, что общественная опасность — во многом оценочная категория: общество, точнее, люди, принимающие уголовный закон, *считают*, что то или иное деяние общественно опасно, — и поэтому запрещают его. Таким образом, категория общественной опасности в значительной своей части идеологизирована, а значит, субъективна: опасно (в уголовно-правовом смысле) часто не то, что *реально опасно* для общественных интересов, а то, что *считают опасным*. С другой стороны, нередко реально общественно опасные деяния не криминализируются (т. е. не оформляются юридически законом), в том числе и потому, что общество либо неверно оценивает их с этой точки зрения, либо не замечает — в силу своей инертности.

Таким образом, получается, что в ряде случаев общественная опасность определяется субъективным фактором — формализацией деяния в уголовном законе. Впрочем, нужно сказать, что жизнь все равно в конце концов производит отбор: в уголовном законодательстве появляются нормы, преследующие реально общественно опасные деяния, и «отмирают» — фактически не действуют и в конце концов отменяются — «мертвые» нормы (аналогичные ч. 1 ст. 121 УК РСФСР).

Из сказанного следует главная теоретическая ошибка В. Н. Карташова. Во-первых, он совершенно неправ, когда утверждает, что «уже сам факт нарушения юридического предписания есть вред (зло, грех и т. п.), поскольку игнорируются соответствующие социальные ценности, право, ставится под угрозу нормальное развитие общественных отношений». Здесь поменялись местами причины и следствия: не деяние является правонарушением потому, что общественно опасно, а общественно опасным деяние становится потому, что является правонарушением (ибо сам факт нарушения закона есть зло, грех). Между тем (и мы уже обращали на это внимание выше) не всякое общественно опасное деяние является преступным, как и не всякое формально преступное деяние является общественно опасным. Во-вторых, то обстоятельство, что существуют правонарушения, гораздо более общественно опасные, чем преступления, вообще аргументом выступать не может. Если не заниматься голым теоретизированием, а реально оценивать существующую практику, то следует признать правоту Л. С. Явича, который совершенно правильно в свое время отмечал как само собою разумеющееся обстоятельство то, что «грань между преступлением и проступком подвижна, как подвижна и грань между правонарушениями и иными социальными поступками, за совершение которых лица не привлекаются государством к юридической ответственности. Подвижны эти грани и потому, что меняются сами общественные отношения и характер асоциальных проявлений, и потому, что государство все же обладает долей относительной самостоятельности в решении вопроса о том, какие отношения оно берет под свою защиту и какими юридическими методами оно их защищает. Тем не менее есть, очевидно, какая-то во всей этой дифференциации объективная закономерность, необходимость, пробивающая себе дорогу через массу случайностей, как формы выражения этой необходимости», — заключает Л. С. Явич.²⁹ В самом деле, факт того,

²⁸ Уголовное право России. Общая часть. С. 334–335.

²⁹ Явич Л. С. Сущность права. Л., 1985. С. 175.

что то или иное деяние является общественно опасным, но при этом не легализовано государством в качестве преступления, говорит не о том, что все правонарушения являются общественно опасными, а о том, что, возможно, состояние общественного правосознания содержит изъяны, а качество юридической техники в обществе недостаточно высоко. Можно предположить и большее: определенный временной зазор между появлением объективно общественно опасного деяния и его криминализацией будет существовать всегда. Важно поэтому «не заниматься голым теоретизированием», а стремиться к тому, чтобы этот зазор был, по возможности, минимальным.

Сам Л. С. Явич, к сожалению, высказывается по данному поводу не очень определенно. С одной стороны, он говорит о том, что правонарушение охватывает два вида нарушений, существенно отличных друг от друга: преступления и проступки. Различие между ними в том, утверждает Л. С. Явич, опираясь на авторитет К. Маркса, что преступление есть нарушение условий существования общества, в то время как проступок находится между правомерным поведением и преступлением. Он неправилен, социально недопустим — асоциален, находится на грани нарушения условий существования самого общества как такового, но грань эту как бы не переходит (хотя при значительной степени массовидности и иных обстоятельствах может стать преступлением). С другой стороны, Л. С. Явич говорит о том, что проступок не просто неправилен, асоциален, но и опасен, вреден.³⁰

Таким образом, положительной стороной точки зрения Л. С. Явича можно считать то, что он с позиций общей теории права обосновал *существенное* различие преступлений и других правонарушений (что делается крайне редко); некоторую же ущербность этой позиции можно усмотреть в ее недостаточной *терминологической* определенности: в терминологическом плане различий между указанными двумя категориями нет, ибо, как пишет Л. С. Явич, и преступление и проступок противоправны, асоциальны, общественно опасны и общественно вредны.³¹

Итак, категория общественного вреда должна рассматриваться как более общая (родовая) категория; общественная опасность представляет собой частный случай общественного вреда. Последняя, тем не менее, является самостоятельной категорией. Как следует из самого термина, общественно опасное деяние представляет собой *опасность* для существования общества. Это деяние, которое способно реально *уничтожить* социальную систему или ее часть либо нарушить ее нормальное функционирование. Таким образом, различие между общественной опасностью и общественным вредом далеко не только терминологическое. Очевидно, что не всякое общественно вредное явление обладает таким качеством.

Например, ни один дисциплинарный проступок не представляет опасности для социально значимых интересов, хотя способен причинить им вред. В противном случае, поскольку общественная опасность, как отмечалось выше, есть объективное (материальное) свойство правонарушения, нужно было бы признать, что *любое* деяние, объективно нарушающее

³⁰ Там же. С. 174–177. — См. также: *Общая теория права*. Л., 1976. Гл. 6.

³¹ Указанной терминологической неопределенностью страдают не только рассуждения Л. С. Явича. Например, В. И. Гойман пишет: «Общественная вредность, опасность — основной объективный признак, определяющая черта правонарушения и его основополагающее объективное основание, отграничивающее правомерное от неправомерного» (*Общая теория права и государства* / под ред. В. В. Лазарева. М., 1994. С. 197).

внутренний правопорядок организации, есть деяние общественно опасное — даже в том случае, если оно не является, в силу формально-юридических причин, дисциплинарным правонарушением. Например, как известно, прогул есть, в силу ТК РФ, отсутствие работника на рабочем месте в течение известного периода. Но прогул — это обязательно *виновное* деяние, отсутствие вины работника исключает прогул как дисциплинарное правонарушение. С точки зрения сторонников критикуемой нами позиции прогул есть деяние общественно опасное. Но в таком случае общественно опасным это деяние будет являться и при отсутствии прогула как дисциплинарного проступка! Скажем, общественно опасным является невыход на работу работника в случае болезни, невозможности явки на работу вследствие транспортных проблем и т. п. Конечно, в некоторых (особых) случаях возникновение такой ситуации и в самом деле может представлять опасность для общества, но речь-то идет не об особых, а обо *всех* без исключения случаях!

Итак, преступления и проступки, в том числе дисциплинарные правонарушения, различаются между собой тем, что первые обладают качеством общественной опасности, а вторые — нет. Наличие или отсутствие этого качества является важнейшим критерием для разграничения правонарушений, в том числе и правонарушений, совершаемых в сфере труда. Н. Ф. Кузнецова совершенно правильно в свое время отмечала, что отказ от категории «общественная опасность» привел бы к ломке всех институтов Общей части уголовного права, пересмотру понятия малозначительного деяния и сделал бы невозможным (по ее выражению — «просто безобразным») разграничение преступлений и проступков.³² Можно опасаться, что именно к такого рода последствиям и приведет реализация предложения В. Н. Карташова о новой редакции ч. 2 (а не п. 2, как у автора) ст. 14 УК РФ.

Наказуемость как признак правонарушения. Относительно категории наказуемости мнения в литературе расходятся, и у нас складывается мнение, что в основе этих расхождений лежит достаточно основательная причина.

Например, В. С. Прохоров полагает, что «наказуемость деяния, установленную законом, нельзя рассматривать как субстанциональный признак — свойство преступления наряду с общественной опасностью, противоправностью и виновностью. Наказание — следствие совершения преступления». «Преступление, — продолжает автор, — не утрачивает свою природу, если оно остается нераскрытым, как и тогда, когда в соответствии с законом лицо, совершившее преступление, освобождается от уголовной ответственности или наказания».³³

Ошибочность точки зрения В. С. Прохорова кажется очевидной — в ней смешиваются наказуемость и наказание, точнее говоря, автор в ходе своих рассуждений подменяет первое вторым. Он и сам пишет: «Санкция предупреждает, угрожая наказанием. Угроза наказания не равнозначна самому наказанию за то или иное преступление, наказание — это реализованная угроза».³⁴

³² Кузнецова Н. Ф. Проект Уголовного кодекса заслуживает внимания лишь в теоретическом плане // Проблемы уголовной ответственности и ее дифференциации (в проекте Уголовного кодекса Российской Федерации). Ярославль, 1994. С. 31.

³³ Уголовное право России. Общая часть. С. 349.

³⁴ Там же.

Само собой разумеется, что наказание не может быть характеристикой преступления, т. е. деяния, юридического факта. Правонарушение и взыскание за его совершение — вне всякого сомнения, разные вещи.³⁵

Наказуемость — это не наказание; это характеристика деяния, такая же как само деяние, его противоправность и виновность. Это — сфера объективного права, элемент правовой нормы. Ее смысл: нет правонарушения, если: а) нет деяния (акта осознанного волевого поведения); б) нет противоправности этого поступка; в) этот поступок совершен без вины; г) он (в случае преступления) не представляет общественной опасности; д) он не наказуется.

Таким образом (и здесь В. С. Прохоров косвенно прав), наказуемость есть категория объективного права, это не основание, а одно из условий ответственности, и, строго говоря, она должна поэтому анализироваться наряду с категорией состава преступления (правонарушения).

Довольно сомнительна и необходимость вообще исследовать понятие и признаки правонарушения (преступления): ведь категория состава преступления есть не что иное, как легальное определение понятия преступления и его характеристика. Правда, это формально-юридическая дефиниция, поэтому давать определение понятия преступления наряду с характеристикой его состава оправданно лишь потому, что это позволяет разделять *материальную* (общественная опасность) и *формальную* (все остальное) стороны преступного деяния. Но поскольку все остальные правонарушения качеством общественной опасности не обладают, их анализ можно осуществлять исключительно с формально-юридической стороны, т. е. исследуя состав соответствующего правонарушения, что и имеет место во всех отраслевых юридических науках, за исключением, разумеется, уголовно-правовой.

³⁵ Именно такого рода контраргументы и формулируются, например, в литературе по уголовному праву. Так, Н. Ф. Кузнецова указывает, что «наказуемость деяния как угроза, возможность наказания не должна смешиваться с наказанием — наказуемостью, которая является следствием совершения преступления и потому в него не входит» (*Российское уголовное право. Курс лекций. Т. 1. Преступление* / под ред. А. И. Коробеева. Владивосток, 1999. С. 244). А. В. Иванчин добавляет: «Если угроза наказания (не само наказание) является неотъемлемым атрибутом преступления, чему противоречит указание на нее в дефиниции преступления?» (*Иванчин А. В. Понятие преступления в уголовном законе. С. 151*).

ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ОБЪЕКТА ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ НАЦИОНАЛЬНОГО И РАСОВОГО РАВНОПРАВИЯ

С. М. ОЛЕННИКОВ



Оленников Сергей Михайлович,
аспирант кафедры уголовного
права юридического факультета
СПбГУ

Статья 19 Конституции РФ, гарантирующая равенство людей независимо от их пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждения, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств, запрещает любые формы ограничения прав граждан по этим признакам. Таким образом, закрепляется определенный порядок отношений между людьми, при котором ни один из названных критериев не может являться основанием для совершения действий, ущемляющих интересы индивида.

Уголовное право, как один из основных инструментов охраны существующего общественного порядка, содержит ряд норм, предусматривающих ответственность за любые формы дискриминации. Несмотря на это, дискриминация продолжает существовать: цвет кожи, разрез глаз, этническая принадлежность могут послужить основанием для нарушения прав человека — от отказа в приеме на работу до посягательств против жизни и здоровья. Представляется, что неэффективность использования уголовно-правовых инструментов в данной сфере обусловлена, в частности, не совсем удачными формулировками уголовного закона и несогласованностью положений его норм, что в одних случаях приводит к существованию пробелов в регламентации ответственности, а в других — к конкуренции между действующими нормами.

Целью данной статьи является рассмотрение вопроса о том, что же представляет собой правовое равенство как объект преступления. Правильный ответ на этот вопрос поможет вскрыть некоторые недостатки существующих уголовно-правовых норм, предназначенных для защиты человека от дискриминации. «Главное в теории объекта преступления состоит в том, чтобы... установить четкие границы явления, охраняемого нормой права, определить, что находится внутри него и, следовательно, ограничивает сферу действия уголовно-правовой нормы данными рамками, устранить таким образом произвольное расширение сферы ее действия и в конечном счете четко определить границы действия уголовного закона в целом».¹

© С. М. Оленников, 2009

¹ Глистин В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений. Л., 1979. С. 47.

Различные исследователи, называя равноправие в качестве объекта преступлений, предусмотренных в УК РФ ст. 136 («Дискриминация») и ст. 282 («Возбуждение ненависти или вражды, а равно унижение достоинства»), а также преступлений, совершаемых по мотиву ненависти и вражды, понимают его по-разному. Это отражает современное состояние теории объекта преступления в российской уголовно-правовой науке.

Некоторые авторы объектом преступления называют конституционный принцип равноправия.² Такой подход не позволяет ясно определить, что имеют в виду исследователи: посягательство на принцип как на конституционную норму или на закрепляемые этой нормой отношения. Первый вариант по существу основан на нормативной теории, в соответствии с которой под объектом посягательства понимаются правовые нормы. С таким пониманием объекта вряд ли можно согласиться и предположить, что имеет место посягательство на закрепленные в Конституции РФ принципы.³ Надо думать, что исследователи объектом преступления все-таки считают не конституционно-правовую норму-принцип, а социальные установления, фактически существующие и ею закрепленные. Тогда эта позиция близка тем ученым, которые в качестве объекта преступления называют основы государственного управления, основы конституционного строя РФ. В этих случаях расовое и национальное равноправие рассматривается как одна из составляющих указанных основ. В большей степени такой подход имеет место при определении объекта преступления, предусмотренного ст. 282 УК РФ. Так, указывают, что в этом случае объектом являются «основы государственного управления, т. е. деятельность тех конституционных структур, которые обеспечивают соблюдение равноправия граждан, независимо от их национальности или расы».⁴ Возбуждение ненависти или вражды предлагается рассматривать как «преступление, посягающее на конституционный запрет разжигания расовой, национальной и религиозной нетерпимости (как одной из составляющих основ

² Например, Н. И. Ветров называет его объектом преступления, предусмотренного ст. 136 УК РФ (*Уголовное право / под ред. Н. И. Ветрова, Ю. И. Ляпунова. М., 2007. С. 332*), Б. В. Яценко — непосредственным объектом возбуждения ненависти либо вражды, а равно унижения человеческого достоинства (*Уголовное право России. Особенная часть / под ред. И. Э. Звечаровского. М., 2004. С. 442*). Л. Г. Шнайдер аналогичным образом определяет дополнительный объект преступлений, совершаемых по мотиву национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды (*Шнайдер Л. Г. Преступления по мотиву национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды либо кровной мести в уголовном праве Российской Федерации. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2006. С. 4*).

³ По мнению А. А. Пионтковского, появление нормативной теории объекта преступления было связано с приходом к власти буржуазии и необходимостью изучения позитивного уголовного законодательства. Критикуя эту «идеалистическую теорию», исследователь писал: «Нормативная теория права и нормативная теория объекта преступления рассматривают нормы в отрыве от тех общественных отношений, которые они выражают и регулируют. В нормативной теории объекта преступления исчезает всякое указание на реальное общественное содержание объекта преступления в буржуазном уголовном праве. В связи с этим и само преступление понимается как голое нарушение нормы, «непослушание правопорядка». Юридическая форма преступления представляется здесь криминалистам сущностью самого преступления. Они не видят и не желают видеть ни действительного социального содержания преступления, ни действительного объекта преступления — общественных отношений буржуазного общества» (*Курс советского уголовного права. Общая часть. М., 1961. С. 151*).

⁴ Кунц Е. В. Преступность на почве межнациональных и религиозных конфликтов и уголовно-правовые меры борьбы с нею. Автореф. дис. ... к. ю. н. Челябинск, 1998. С. 9.

конституционного строя)»,⁵ а применительно к преступлению, предусмотренному п. «л» ч. 2 ст. 105 УК РФ, указывается на «двухобъектный характер рассматриваемого деяния как посягательства против жизни и основ конституционного строя».⁶

Такой подход к определению объекта во многом обусловлен позицией законодателя. Исторический анализ уголовного законодательства об ответственности за посягательства на национальное и расовое равноправие показывает, что с момента своего появления эта норма находилась среди государственных преступлений. 25 февраля 1927 г. ЦИК СССР принял Положение о преступлениях государственных (контрреволюционных и особо для СССР опасных преступлениях против порядка управления),⁷ предусматривавшее уголовную ответственность за посягательства на национальное и расовое равноправие (ст. 21 «Пропаганда или агитация, направленная к возбуждению национальной или религиозной вражды или розни, а равно распространение или изготовление и хранение литературы того же характера»). В таком виде статья вошла в УК РСФСР 1926 г. (ст. 59.7).⁸ 25 декабря 1958 г. был принят Закон СССР «Об уголовной ответственности за государственные преступления».⁹ Содержавшиеся в нем нормы, относящиеся к иным государственным преступлениям, без изменений оказались включены в УК РСФСР 1961 г. В их числе — ст. 11 Закона (ст. 74 УК РСФСР) об ответственности за нарушение расового и национального равноправия: пропаганду или агитацию с целью возбуждения расовой или национальной вражды или розни, а равно прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных преимуществ граждан в зависимости от их расовой или национальной принадлежности. В действующем УК РФ ст. 282 «Возбуждение ненависти либо вражды, а равно унижение человеческого достоинства» также располагается в разделе «Преступления против государственной власти». Отнесение этого состава к преступлениям против основ конституционного строя и безопасности государства следует признать верным. Объяснением тому служит характер преступного вреда, причиняемого в данном случае: негативные отношения между нациями ставят под угрозу национальную безопасность России.

Однако признание основ конституционного строя объектом анализируемых преступлений представляется небесспорным. Во-первых, следует согласиться с В. К. Глистиным, писавшим, что советский государственный строй, советская власть, отдельные отрасли хозяйства и т. д. могут выступать в качестве предмета отношения, «если в связи с этими социальными установлениями существуют отношения между обществом и отдельными гражданами».¹⁰ По-видимому, то, что в этом случае называют объектом преступления, на самом деле есть предмет существующих в обществе отношений. Во-вторых, с позиции ныне действующего законодательства общественные отношения, обеспечивающие национальное и расовое равноправие в контексте объекта преступления, неверно рассматривать

⁵ Мартынова Т. В. Конфликтность межэтнических отношений как фактор, детерминирующий преступность (по материалам Краснодарского края). Дис. ... к. ю. н. Краснодар, 2005. С. 60.

⁶ Кочои С. М. Расизм: уголовно-правовое противодействие. М., 2007. С. 28.

⁷ СЗ СССР. 1927. № 12. Ст. 123.

⁸ СУ РСФСР. 1926. № 80. Ст. 600.

⁹ Ведомости ВС СССР. 1959. № 1. Ст. 6.

¹⁰ Глистин В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений. С. 56.

только в качестве одной из основ конституционного строя. В отличие от советского уголовного законодательства УК РФ 1996 г. предусматривает ответственность за дискриминацию и за возбуждение национальной и расовой ненависти или вражды отдельными статьями. И если ст. 282 УК РФ помещена в разделе о государственных преступлениях (и вполне оправданно определение ее объекта через основы конституционного строя), то ст. 136 располагается в разделе о преступлениях против личности, а значит, равноправие выступает здесь как самостоятельный объект преступления.

В связи с этим заслуживает внимания позиция А. Г. Хлебушкина, который, определяя объект посягательства при экстремизме, указывает, помимо основ конституционного строя, отдельно на конституционные основы межличностных отношений, выводя их из содержания ст. 3, 13, 19 и 29 Конституции. Под конституционными основами межличностных отношений автор понимает общественные отношения, формирующиеся и существующие в соответствии с нормами Конституции РФ, содержащими общие требования о равенстве граждан, недопустимости разжигания гражданской ненависти и вражды, а также о запрете любых форм ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности.¹¹

Некоторые авторы в качестве объекта анализируемых преступлений предлагают рассматривать непосредственно конституционные права граждан.¹² Частично указанный подход «легализован» главой 19 УК РФ «Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина». Включив главу с таким названием, законодатель дал основание трактовать объект предусмотренных в ней преступлений (в том числе нарушений равноправия) как какие-либо права человека. Еще дореволюционному периоду развития науки уголовного права известны трактовки объекта преступления как «субъективного права». Если нормативная теория объекта придавала большее значение «юридическому элементу» направленности преступного посягательства, то данный подход основывался на определении преступления как посягательства на чье-либо право, т. е. в большей степени ориентировался на содержательную, фактическую его сторону.¹³ Такой подход является ошибочным, поскольку

¹¹ Хлебушкин А. Г. Экстремизм: уголовно-правовой и уголовно-политический анализ. Саратов, 2007. С. 22.

¹² Например, Ю. А. Красиков, комментируя ст. 136 УК РФ, пишет: «Объект данного преступления — конституционное право гражданина быть равным среди равных, вне зависимости от пола, расы, национальности, языка, происхождения, от имущественного или общественного положения» (*Уголовное право России*. В 2 т. / под ред. А. Н. Игнатова, Ю. А. Красикова. Т. 2. Особенная часть. М., 2005. С. 156). А. Б. Мельниченко и С. Н. Радачинский утверждают: «Непосредственным объектом преступлений против конституционных прав и свобод является конкретное конституционное право или свобода человека и гражданина, на которое посягает то или иное преступление» (*Мельниченко А. Б., Радачинский С. Н. Уголовное право. Особенная часть*. Ростов/Д., 2002. С. 92–93). В качестве объекта преступления, предусмотренного ст. 282 УК РФ, также называются «честь и достоинство граждан, их конституционные права и свободы, которые они могут использовать и защищать вне зависимости от их национальной или расовой принадлежности либо отношения к религии» (*Дьяков С. В. Государственные преступления (против основ конституционного строя и безопасности государства) и государственная преступность*. М., 1999. С. 51).

¹³ Например, В. Д. Спасович рассматривал преступление в качестве посягательства на чье-либо право, «столь существенное, что государство, считая это право одним

вред, причиненный преступлением, не исчерпывается посягательством на отдельные права или интересы индивида. Преступный вред при совершении посягательства на национальное и расовое равноправие не исчерпывается только последствиями в виде, например, причинения вреда здоровью человека другой расы или национальности. Последствия гораздо глубже: вся этническая группа перестают чувствовать себя в безопасности. В Докладе Уполномоченного по правам человека в РФ за 2005 г. отмечалось: «Приезжие из ближнего и дальнего зарубежья, а также граждане России с «неславянской» внешностью все реже чувствуют себя в безопасности на улицах крупных российских городов, где они могут в любой момент подвергнуться оскорблениям или насилию со стороны экстремистов, а зачастую стать жертвой произвола сотрудников правоохранительных органов».¹⁴ Таким образом, нарушается определенный порядок взаимоотношений между людьми в обществе, а не только субъективные права человека, против которого направлено посягательство. Это относится ко всем деяниям, предусмотренным уголовным законодательством.¹⁵

Наконец, еще один подход предполагает определение непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 136 УК РФ, как отношения по поводу соблюдения равноправия граждан во всех сферах социальной жизни.¹⁶ Именно трактовка объекта преступления как общественного отношения представляется наиболее предпочтительной.

Такое понимание объекта преступления предложено в советский период развития науки уголовного права, что нашло отражение в уголовном законодательстве советского периода, давшем материальное определение преступления и поставившем задачу охраны существующих социалистических отношений. «Каждое преступление посягает на охраняемые уголовным законом социалистические общественные отношения, и именно в силу этого такое посягательство является преступным. Сущность преступного посягательства на охраняемые уголовным законом социалистические общественные отношения (объект преступления) заключается в их нарушении, т. е. в причинении им ущерба. Ущерб общественным отношениям — последствие каждого преступления, его необходимый социальный результат».¹⁷

Нормальное существование человека в современном обществе немислимо без вступления его в многочисленные связи с другими индивидами. Посредством взаимодействия друг с другом люди удовлетворяют свои потребности, действуют в своих интересах. Зачастую личные интересы многих людей совпадают, таким образом, интересы становятся общественными, что обуславливает заинтересованность всего человеческого

из необходимых условий общежития, при недостаточности других средств охранительных, ограждает ненарушимость его наказанием» (Спасович В. Д. Учебник уголовного права. Часть Общая. СПб., 1863. С. 84).

¹⁴ Российская газета. 2006. 21 июня.

¹⁵ Следует согласиться с мнением А. И. Бойцова, который отмечает, что «уголовный закон охраняет не жизнь конкретного человека и не вещи сами по себе, а отношения между людьми, основанные на признании неприкосновенности жизни или собственности. Именно в указании на таким образом понимаемый объект находит свое отражение социально-разрушительная сущность приведенных в УК деяний» (Бойцов А. И. Преступления против собственности. СПб., 2002. С. 22)

¹⁶ См., напр.: Уголовное право России / под ред. И. Э. Звечаровского. С. 141 (автор главы — Н. Г. Иванов).

¹⁷ Прохоров В. С. Преступление и ответственность. Л., 1984. С. 29.

общезития в определенном поведении каждого человека. Между людьми устанавливаются устойчивые связи, предполагающие взаимовыгодное взаимодействие. Заинтересованное в сохранении таких отношений, общество на определенном этапе «нормирует» их. Тогда поведение становится «нормативным», соответствующим определенной норме. На протяжении всей истории человечества ему сопутствует и нарушающее норму поведение, в целях недопущения которого действует механизм ответственности. Фактическим основанием для возникновения последней является деструктивное воздействие на сложившийся порядок, его нарушение либо угроза такого нарушения.

Предметом общественного отношения, обеспечивающего национальное и расовое равноправие, является само это равноправие как нематериальное благо. *Национальное и расовое равноправие представляет собой обеспеченную законом возможность приобретения, реализации и защиты своих прав независимо от принадлежности к определенной нации или расе.*

Для субъектов общественных отношений равноправие выражается в обеспеченной законом возможности пользоваться равными со всеми правами, независимо от национальности, расы и других признаков. Здесь важно обратить внимание на следующее. Во-первых, равноправие не означает равенства в приобретенных правах, поскольку фактическое различие между индивидами предполагает их различную социальную активность, разные люди вступают в разные отношения и приобретают различные права. «Фактическое равенство — несправедливо и даже невозможно: нельзя, например, уравнивать в правах человека образованного и неуча, ученого и безграмотного. Равенство всех людей перед законом имеет характер чисто формальный».¹⁸

Во-вторых, специфика такого предмета общественных отношений, как равноправие, состоит в том, что оно предполагает не только равенство в использовании приобретенных прав, но и равенство в возможности их приобретения. Поэтому Конституция РФ, гарантируя равенство прав и свобод независимо от каких-либо обстоятельств (ст. 19), предусматривает для каждого, например, и право иметь имущество в собственности (вступить в правоотношение), и право владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами (ст. 35). Другими словами, нарушение равноправия будет иметь место не только в случае воспрепятствования осуществлению какого-либо права лицу по признаку, например, национальности в уже возникшем правоотношении, но и в случае непризнания за этим лицом права на вступление в это правоотношение. В связи с этим возможна ситуация «выключения» из сферы отношений лиц по какому-либо признаку путем лишения их правоспособности. Последняя, хоть и возникает в момент рождения, но приобретается не от природы, а в силу закона, т. е. представляет собой общественно-юридическое свойство, определенную юридическую возможность.¹⁹

Равноправие и правоспособность теснейшим образом связаны. Признание различных индивидов формально равными — это признание их равной правоспособности, возможности приобрести те или иные права на соответствующие блага, конкретные объекты и т. д.²⁰ В учебной литературе

¹⁸ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1917. С. 156.

¹⁹ Гражданское право. В 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2000. С. 134.

²⁰ Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 2002. С. 165, 167.

по гражданскому праву особо отмечается, что понятия правоспособности и дееспособности связаны исключительно с человеческими индивидуумами и именно от обладания ими зависит, признается ли гражданин субъектом гражданско-правовых отношений или нет, причем объем и содержание этих категорий определяются законом.²¹ Последнее обстоятельство чрезвычайно важно, так как указывает на возможность нарушения равноправия путем лишения кого-либо правоспособности лишь посредством принятия нормативного акта.

Рассмотренная специфика равноправия позволяет более детально проанализировать предмет общественных отношений, которые выступают в качестве объекта преступлений, направленных на нарушение национального и расового равноправия. Есть основания полагать, что эти общественные отношения могут иметь своим предметом нематериальное благо, принимающее две формы: 1) возможность приобретения каких-либо прав путем вступления в соответствующие отношения независимо от расы или национальности; 2) обеспеченная законом возможность использования в уже возникшем отношении имеющихся прав независимо от расы или национальности. Рассмотрим их последовательно.

1. В первом случае посягательство на равноправие осуществляется посредством лишения, по признаку национальности или расы, возможности проявлять себя в отдельных сферах общественной жизни ввиду отсутствия у человека полноправности, правоспособности. Здесь деяние направлено непосредственно на общественные отношения, обеспечивающие национальное и расовое равноправие. Для некоторых периодов развития права и государства характерно полное отсутствие правоспособности у отдельных категорий лиц (в этом случае человек представляет собой лишь объект права). Такая форма посягательства на равноправие предполагает специфическую разновидность действия как элемента объективной стороны дискриминации в виде, например, принятия нормативно-«правового» акта, ограничивающего в правах членов определенной этнической группы. Специфичным становятся и субъект преступления — это могут быть должностные лица, уполномоченные принимать решения, имеющие обязательную силу как для определенного, так и для неопределенного круга лиц. Свообразными являются и последствия деяния. Г. П. Новоселов, рассуждая о механизме причинения вреда при совершении преступления, аргументирует тезис о невозможности наступления последствий в правовой сфере. «Сущность преступного вреда, — пишет он, — состоит в лишении кого-либо не юридической, а фактической возможности законного удовлетворения своих потребностей».²² Однако сам же автор справедливо отмечает, что возможность воздействия на юридическую силу норм права исключена только в том случае, если виновный сам их не создает. Применительно к анализируемой форме нарушения равноправия имеет место именно такая ситуация, и сущность вреда будет заключаться в лишении юридической возможности вступить в правоотношения.

Любой нормативный акт не будет являться правовым, если он устанавливает различия в правовом статусе лиц по признаку их национальности или расы. Такой акт может быть законным по форме, но неправовым по содержанию. Здесь закон и право не совпадают. Следует согласиться

²¹ *Гражданское право*. В 3 т. 6-е изд., перераб. и доп. Т. 1. / отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2004. С. 112.

²² *Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления*. М., 2001. С. 57.

с В. С. Нерсисянцем, по мнению которого принцип формального равенства выражает специфику и отличительную особенность правового способа регулирования общественных отношений.²³

В статье 2 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г. указывается, что каждое государство — участник Конвенции должно принимать эффективные меры для пересмотра политики правительства в национальном и местном масштабе, а также для исправления, отмены или аннулирования любых законов и постановлений, ведущих к возникновению или увековечению расовой дискриминации всюду, где она существует.

В истории можно отыскать множество примеров такой формы нарушения равноправия. В римском праве не все люди признавались субъектами прав, и хотя круг правоспособных людей и объем правоспособности отдельных групп населения последовательно расширялись в ходе истории римского государства, однако признание правоспособности каждого человека, хотя бы только в области частноправовых отношений, так и не стало принципом римского права. Этого не допускал рабовладельческий характер римского государства, неизбежно превращавший правоспособность в привилегию определенных слоев населения.²⁴ В древнейшие времена полная правоспособность во всех областях отношений политических, семейных и имущественных признавалась только за римскими гражданами. Свободный чужеземец не имел не только политических прав, но и правоспособности в сфере частного права: он не признавался субъектом ни семейных, ни имущественных прав и обязанностей. Более того, чужеземец рассматривался в принципе как враг (*hostis*), имущество которого могло быть в любой момент захвачено римским гражданином, а сам он обращен в рабство.²⁵ Категории зависимого населения существовали и в феодальном обществе. В таких условиях законодательство служило инструментом исключения отдельных групп населения из определенных сфер общественной жизни (например, политической) и установления неравенства. Конечно, оценку такому правотворчеству необходимо давать с учетом условий конкретного исторического периода, поскольку право лишь отражало существовавшие общественные и экономические отношения. Законодательство периода буржуазных революций шагнуло далеко вперед в деле закрепления равноправия. Французская Конституция 1791 г. устанавливала: «Отныне исчезнут всякие привилегии, дарованные отдельным частям нации и отдельным лицам, не будут иметь места исключения из общего правового порядка, установленного для всех французов».²⁶ Провозглашение принципа равноправия стало одним из основных достижений буржуазных революций. Тем не менее законодательство, нарушающее национальное и расовое равноправие, действовало и в дальнейшем, особенно в связи с появлением колониальной системы.

В настоящее время в соответствии с нормами международного и внутригосударственного права раса и национальность не могут служить основанием для умаления каких-либо прав. Принятие нормативного акта, содержащего подобные нормы, стало бы посягательством на равноправие.

²³ Проблемы общей теории права и государства. С. 167.

²⁴ Римское частное право / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 2006. С. 52.

²⁵ Там же. С. 53–54.

²⁶ См.: Документы истории Великой Французской буржуазной революции. В 2 т. Т. 1. М., 1990.

Усилившееся в последнее время в России, особенно в мегаполисах (Москва, Санкт-Петербурге), социальное напряжение, вызванное наличием приезжего населения, диктует необходимость внимательного критического рассмотрения различного рода инициатив, направленных на ограничение прав некоренного населения. Достаточно вспомнить предвыборные обращения представителей партии «Родина», использовавших агитационный видеоматериал «Очистим Москву от мусора», признанный судом агитацией, возбуждающей социальную и национальную ненависть и вражду.²⁷ Еще раньше, в 2004 г., в Москве дважды предпринималась попытка реанимировать старый законопроект одного из депутатов городской Думы, направленный на ограничение въезда в Москву.²⁸

2. В другом варианте равноправие нарушается опосредованно — через причинение вреда иному общественному отношению, субъектом которого является лицо определенной расы или национальности. Так, возможен запрет на приобретение в собственность определенного имущества для лиц той или иной национальности. Это будет нарушением равноправия, совершенным, так сказать, «непосредственно». То же нарушение равноправия может быть осуществлено через посягательство на отношения собственности («опосредованно»), когда, например, похищается или уничтожается имущество лица по причине его принадлежности к определенной этнической группе. Такое нарушение равноправия людей может иметь место в самых разных случаях: при посягательстве на жизнь и здоровье, в сфере имущественных и трудовых отношений и т. д. Таким образом, в этом случае общественное отношение по поводу соблюдения равноправия граждан не существует отдельно от других отношений. Здесь равноправие — это не только и не столько субъективное право, «право на равенство», сколько предпосылка нормального осуществления всех иных прав человека, что и дало основание возвести его в ранг общеправового принципа.

Получается, что ограничение любого права человека (от права на труд до права на жизнь) по признаку национальности, расы и есть нарушение равноправия. Понимаемое таким образом равноправие, если его рассматривать как объект посягательства, близко к понятию «условия нормального функционирования общественных установлений», введенному Б. С. Никифоровым. Он рассматривал эти условия как групповой объект посягательств. «Если общим объектом всех преступлений, совершаемых в СССР, является нормальное функционирование или, что в нашем понимании то же, возможность нормального функционирования советского

²⁷ *Определение Верховного Суда РФ от 2 декабря 2005 г. № 5-Г05-134 (официально не опубликовано; доступно в СПС «КонсультантПлюс»).*

²⁸ Законопроект предусматривал ограничение въезда граждан на территории, «где в результате размещения граждан, прибывающих из других регионов, возникает угроза существенного нарушения сложившегося этнодемографического баланса в связи с изменениями в национальном составе населения, что проявляется в значительном, более чем на 10 процентов, снижении доли в общей численности населения представителей хотя бы одного из тех народов, численность каждого из которых составляет не менее одной трети численности всего населения» и «угроза значительного ухудшения национального самочувствия, ослабления или утраты национальных духовных, культурных, религиозных и иных традиционных национальных ценностей представителей хотя бы одного из тех народов, численность каждого из которых составляет не менее одной трети численности всего населения» (Кожевникова Г. Радикальный национализм в России: проявления и противодействие. Обзор событий 2004 г. // <http://xeno.sova-center.ru/29481C8/4DCF65B> (2009. 19 авг.)).

социалистического общества, то групповым объектом следует считать нормальное функционирование или возможность нормального функционирования отдельных социальных установлений в различных плоскостях их общественного существования. Это — личность в ее физическом, политическом, трудовом, имущественном и т. д. существовании, нормальное функционирование государственного аппарата, социалистического хозяйства, правосудия, вооруженных сил».²⁹

Действительно, равноправие и есть условие нормального функционирования целого ряда отношений: собственности, трудовых отношений, отношений, обеспечивающих неприкосновенность личности, ее жизни и здоровья. Равное право каждого на труд реализуется, если работодатель при приеме на работу не требует регистрации в определенном районе; равное право на свободу экономической деятельности реализуется, если должностное лицо не учитывает национальность при регистрации индивидуального предпринимателя; равное право на неприкосновенность жилища соблюдается, если никого не выселяют из дома по религиозным убеждениям; наконец, равное право каждого на жизнь соблюдается, если никого не лишают ее в зависимости от цвета кожи. Значит, *нарушение равноправия есть в данном случае нарушение какого-либо права человека.*

С точки зрения анализа объекта посягательства здесь имеет место появление второго общественного отношения, через которое нарушается равноправие. В связи с этим появляется необходимость конструирования двухобъектного состава преступления. Уголовному праву известны такие составы, в которых имеют место два объекта посягательства: основной и дополнительный. Дополнительный объект — это тот, которому вред причиняется наряду с основным. Исследователи отмечают, что «дополнительный объект противопоставляется основному только потому, что именно основной объект, по мнению законодателя, определяет принадлежность преступления к определенному роду или виду».³⁰ По мнению Г. П. Новоселова, «в большинстве составов многообъектных преступлений при определении основного объекта решающее значение имеет не столько сравнительная ценность причиняемого вреда, сколько то, насколько он дает возможность вычленить четкую юридическую дефиницию данного состава преступления... Не сравнительная ценность объектов, а их конструктивная значимость для построения состава обычно служит в качестве решающего соображения для признания того или иного объекта основным или дополнительным».³¹ Поэтому отношения, обеспечивающие равноправие, в уголовно-правовых нормах могут выступать как в качестве основного, так и в качестве дополнительного объекта. Посягательство на национальное и расовое равноправие может быть криминализировано следующим образом:

1) общая норма, запрещающая нарушение равенства прав и свобод человека и гражданина, и квалифицирующие ее признаки, указывающие на дополнительные объекты («причинившее имущественный ущерб», «повлекшее тяжкие последствия», «с применением насилия, (не)опасного для жизни и здоровья» и др.);

²⁹ Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. М., 1960. С. 114.

³⁰ Уголовное право России. Общая часть / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. СПб., 2006. С. 396–397 (автор главы — В. С. Прохоров).

³¹ Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления. С. 64–65.

2) общая норма, запрещающая нарушение равноправия, и квалифицирующие признаки в отдельных посягательствах (против собственности, против личности) в виде: «совершение преступления в отношении лица по признаку расы или национальности».

Обязательность наличия общей нормы обусловлена в первую очередь необходимостью криминализации нарушения равноправия в первой его форме. Кроме того, общая норма устанавливает уголовную ответственность за такую дискриминацию, которая осуществлена через посягательство на общественные отношения, не имеющие самостоятельной уголовно-правовой охраны. Такая норма содержится в ст. 136 УК РФ. В действующей редакции имеется лишь один квалифицирующий признак, предусматривающий повышенную ответственность за дискриминацию, совершенную лицом с использованием служебного положения. Такой признак важен скорее для квалификации нарушения равноправия в виде принятия нормативного акта или какого-либо другого решения, ущемляющего в правах представителей определенных этнических групп. Поэтому с точки зрения охраны равноправия необходимо наличие дополнительного объекта в составах иных преступлений (против личности, собственности, общественной безопасности и общественного порядка).

По-видимому, на такой дополнительный объект указывает мотив национальной, расовой ненависти или вражды. По мнению исследователей, например, убийство, совершенное по мотиву расовой, национальной, религиозной ненависти, есть «одна из разновидностей нарушения равноправия граждан в зависимости от расы, национальности или отношения к религии, но, несомненно, более опасная по сравнению с другими».³² Однако этот способ охраны национального и расового равноправия представляется не совсем удачным. Во-первых, указанный мотив квалифицирует лишь некоторые составы преступлений против жизни и здоровья, а также против общественного порядка. Законодатель проигнорировал возможность нарушения равноправия, например, через посягательство на отношения собственности.³³ Во-вторых, само по себе введение дополнительного объекта с помощью мотива преступления ставит возможность квалификации посягательств на равноправие в зависимость от указанной в законе упречной мотивации действий. Однако, как показывает практика, субъективная сторона посягательств на национальное и расовое равноправие

³² Уголовное право России / под ред. И. Э. Звечаровского. С. 53 (автор главы — Н. Г. Иванов).

³³ Мотив национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды в соответствии с УК Армении, например, повышает ответственность не только в составах преступлений против личности, но и в случае умышленного уничтожения или повреждения чужого имущества (ч. 2 ст. 185) (*Уголовный кодекс Республики Армения* / науч. ред. и предисл. Е. Р. Азаряна. СПб., 2004). Французские законодатели дополнили ст. 311-4 («Кража») и 312-2 («Вымогательство») квалифицирующим признаком: «...если деяние совершено в связи с реальной или предполагаемой принадлежностью или непринадлежностью потерпевшего к этнической группе, нации, расе, а также его вероисповеданием или сексуальной ориентацией» (цит. по: *Бурковская В. А.* Россия и Европа: некоторые тенденции развития законодательства, направленного на борьбу с экстремизмом и терроризмом // *Российский ежегодник уголовного права.* 2007. № 2 / под ред. Б. В. Волженкина. СПб., 2008. С. 66). В США преступления на почве ненависти также признаются как насильственные преступления, связанные с посягательством на личность, так и преступления против собственности (*Антипов Д. Н.* Законы США о преступлениях на почве ненависти (*Hate Crime Laws*) как модель криминализации общественно опасных форм экстремизма // *Международное уголовное право и международная юстиция.* 2008. № 1. С. 28).

не исчерпывается мотивами ненависти и вражды. В отношении лиц по признаку принадлежности к какой-либо этнической группе совершаются хулиганские, корыстно-насильственные действия, акты сексуального насилия.³⁴ Возможно, в целях создания более эффективной системы норм, охраняющих равноправие, следует в качестве квалифицирующего признака в составах преступлений против жизни и здоровья, собственности, общественной безопасности и общественного порядка предусмотреть: «совершение преступления в отношении лица по признаку национальности, расы, отношения к религии и т. д.», сместив акцент с мотива, как признака субъективной стороны, на обстоятельство, характеризующее личность потерпевшего.

Итак, действующее уголовное законодательство предусматривает ряд норм, направленных на охрану национального и расового равноправия. Плюрализм мнений, имеющий место в уголовно-правовой доктрине по вопросу об объекте преступления, обуславливает различное понимание равноправия как объекта уголовно-правовой охраны. Наиболее предпочтительным представляется понимание объекта анализируемых посягательств как общественных отношений, связанных с обеспечением возможности каждого человека приобретать и осуществлять права независимо от национальности и расы. Равноправие тесно связано с правоспособностью и со свободой индивида. Указанные общественные отношения могут быть нарушены непосредственно — через ограничение правоспособности в целом или отдельных ее элементов у определенных национальных и расовых групп или их представителей посредством принятия нормативных актов, а также опосредованно — через посягательства на какие-либо общественные отношения в связи с тем, что их участником является лицо определенной расы или национальности. Различные способы причинения вреда объекту преступления обуславливают специфику объективной стороны дискриминации, ее субъективных признаков и должны быть учтены при конструировании уголовно-правовых норм.

³⁴ См. напр.: Кибальник А. Борьба с экстремизмом и противоречивость уголовной политики // Уголовное право. 2008. № 2. С. 128; Ратинов А. Р., Кроз М. В., Ратинова Н. А. Ответственность за разжигание вражды и ненависти. Психолого-правовая характеристика. М., 2005. С. 90; Хлебушкин А. Г. Экстремизм: уголовно-правовой и уголовно-политический анализ. С. 59.

ИСПАНСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ 1812 Г. И ДЕКАБРИСТЫ

Т. А. АЛЕКСЕЕВА



Алексеева Татьяна Анатольевна,
к. ю. н., доцент,
заместитель директора
Санкт-Петербургского филиала
Государственного университета —
Высшей школы экономики

В 1812 г. в Кадисе, на юге Пиренейского полуострова, в условиях войны испанского народа против наполеоновской Франции представительный орган принял Конституцию, получившую известность как Кадисская.¹ Принятие данного Основного закона продемонстрировало мощный протест испанского народа против вторжения армии Наполеона и навязанных им реформ государственности и правовой системы; сама Конституция стала ярким и влиятельным актом в политической и правовой истории Европы и Америки первой половины XIX в.

Влияние Кадисской конституции на конституционализм Российской империи до сих пор не стало предметом специального глубокого историко-правового исследования ни в Испании, ни в России, хотя специалисты и обращали внимание на эту проблему. Так, анализируя роль и значение данного акта, испанский историк права Х. Феррандо Бадиа отмечал, что Россия была первым государством, которое признало Кадисские кортесы и их главное творение. Ссылаясь на работу Х. Лопес, опубликованную в Бельгии, он лишь упомянул о влиянии Кадисского акта на российских декабристов.² Исключением является статья Исабел де Мадарьяга, впервые опубликованная на испанском языке в 1966 г., а затем на английском языке в 1973-м.³

В работах российских историков, созданных до Октябрьской революции 1917 г., неоднократно обращалось внимание на значимость зарубежного, в том числе испанского, конституционного опыта для подготовки декабристами их конституционных проектов.⁴ В советский и постсоветский

© Т. А. Алексеева, 2009

¹ Текст Конституции 1812 г. в переводе автора: Алексеева Т. А. Законодательство испанской революции 1808–1814 гг. СПб., 1996. С. 116–143.

² Ferrando Badia J. Vicisitudes e influencias de la Constitucion de 1812 // Revista de Estudios políticos. 1962. № 126. P. 187.

³ Madariaga I. Spain and Decembrists // European Studies Review III, 2 (April 1973). P. 141–156.

⁴ Корнилов А. А. Курс истории России XIX в. Ч. 1. М., 1918; Рожков Н. И. Декабристы // Русское прошлое: исторические сборники / под ред. С. Ф. Платонова, А. Е. Преснякова, Ю. Гессена. Пг., 1923; Семевский В. И. Политические и общественные идеи декабристов. СПб., 1909. — Следует отметить, что еще в монографиях А. Н. Пыпина «Общественное движение в России при Александре I» (СПб., 1908) и В. И. Семевского

периоды эта традиция в целом получила дальнейшее развитие. Однако исследователи (историки, литературоведы, юристы) стремились прежде всего обратить внимание на национальные корни документов, подготовленных декабристами, впрочем, всячески подчеркивая хорошее знание ими конституционного права многих государств.⁵ В отдельных публикациях историков и литературоведов делался акцент на отношение к испанским событиям 1808–1814 гг. и 1820–1823 гг. передовых кругов русского общества, а также на значение Конституции 1812 г. и иных актов Кадисских кортесов для формирования политических позиций декабристов. К таким работам, в частности, относятся: монографии Н. М. Дружинина, М. П. Алексеева, статьи Н. В. Минаевой, С. Н. Романовой, Э. А. Павлюченко, А. Н. Медушевского.⁶

Отношение российской общества к национально-освободительной войне испанского народа против наполеоновской Франции. В соответствии с франко-испанским договором, заключенным в Фонтенбло 27 октября 1807 г., войска наполеоновской Франции вступили на территорию Испании для завоевания Португалии. Однако впоследствии они не покинули территории Пиренейского полуострова, а их количественный состав стал возрастать. Восстание в Мадриде 2 мая 1808 г. стало сигналом к началу национально-освободительной войны испанского народа против наполеоновской Франции. Не признав иностранную власть⁷ и «дарованную» ею Байонскую конституцию, испанцы учредили национальные органы власти — местные хунты (*juntas*), центральную хунту (*junta central*), кортесы (*cortes*).⁸ 19 марта 1812 г. учредительные кортесы, заседавшие в Кадисе, объявили и ввели в действие Кадисскую конституцию.⁹ Борьба испанского народа встретила поддержку в российском обществе. Весной 1808 г.

«Политические и общественные идеи декабристов» содержались сравнения текстов, созданных членами тайных обществ, с конституциями иностранных государств, прежде всего французскими, для того чтобы продемонстрировать использование зарубежного опыта авторами конституционных проектов.

⁵ Додолев М. А. 1) Россия и Испания: 1808–1823. М., 1984. С. 55; 2) Россия и борьба испанского народа за независимость (1808–1814) // Вопросы истории. 1972. № 11. С. 44; Орлик О. В. 1) Декабристы и европейское освободительное движение. М., 1975. С. 19; 2) Передовая Россия и революционная Франция М., 1973. С. 60, 62, 68, 82; Нечкина М. В. Движение декабристов. В 2 т. Т. 1. М., 1955. С. 377.

⁶ Дружинин Н. М. Декабрист Н. Муравьев. М., 1933; Алексеев М. П. Очерки истории русско-испанских литературных отношений XVI–XIX вв. Л., 1964; Минаева Н. В. К вопросу об идейных связях движения декабристов и испанской революции // Ученые записки Московского государственного педагогического института. 1967. Вып. 186. С. 63–76; Романова С. Н. Д. Завалишин и Мануэль Кальдерон де ла Барка // Исторические записки. М., 1975. Т. 96. С. 338–346; Павлюченко Э. А. Вступительная статья к публикации писем декабриста Н. Муравьева // Муравьев Н. М. Письма декабриста 1813–1826. М., 2000. С. 3–41; Медушевский А. Н. Конституционные проекты в России // Конституционные проекты в России XVII — начала XX в. / под ред. С. Бертолисси, А. Н. Сахарова. М., 2000. С. 120–125.

⁷ 19 марта 1808 г. Карлос IV де Бурбон отрекся от престола в пользу сына Фернандо VII Бурбона, в мае 1808 г. последний был вынужден отречься в пользу отца, а он, в свою очередь, — в пользу Наполеона, который в июне 1808 г. объявил королем Испании своего брата Жозефа (Хосе). Национально-освободительная война испанского народа шла под лозунгом возвращения на престол «любимого» и «желанного» короля Фернандо (Фердинанда) VII.

⁸ Кортесы — историческое название испанского парламента.

⁹ См. подробнее: Алексеева Т. А. Политическая конституция испанской монархии // Правоведение. 2002. № 2. С. 175–186.

в Петербурге и Москве заговорили о том, что в Испании произошла «большая революция» и война в этой стране «дорого обойдется французам». ¹⁰ В статье, опубликованной в «Вестнике Европы», поэт В. А. Жуковский с восторгом писал: «Император французов нашел в испанцах врагов смелых и способных ему противостоять». ¹¹

После того, как 24 июня 1812 г. армия Наполеона вступила на территорию нашего Отечества, некоторые представители российского общества стали рассматривать войну 1812 г. как продолжение борьбы испанского народа и были убеждены, что Наполеон найдет в России «новую Испанию». ¹² 8 июля 1812 г. в Великих Луках Николай Румянцев и Сеа Бермудес подписали союзный договор между Россией и Испанией. Стороны заявили о «твердом намерении вести мужественно войну против императора французов, общего их неприятеля», и обещали содействовать «всему тому, что может быть полезным для той или другой стороны» (ст. 2). Кроме того, согласно договору император Александр I признал «законными генеральные и чрезвычайные кортесы», заседавшие в Кадисе, а также Конституцию, ими «принятую и утвержденную» (ст. 3). Кадисские кортесы ратифицировали договор между Россией и Испанией своим декретом 2 сентября 1812 г., ¹³ а позднее в честь победы императора России над Наполеоном предписали провести торжества с мессой и салютом (декрет 16 февраля 1813 г.). ¹⁴ Так Александр I стал первым европейским монархом, юридически признавшим первую национальную Конституцию Испании. 17 октября 1812 г. император подписал манифест о заключении российско-испанского договора, официально объявив причины, не позволившие заключить его ранее, и заверил, что он и «прежде не упускал из виду должного уважения правительству и народу, показавшим себя столь мужественными и твердыми». ¹⁵

В печати стали появляться сообщения о том, что в Испании в марте 1812 г. кортесы — национальный представительный орган — приняли «Конституцию испанской монархии», которую, как правило, в России называли Государственным уставом. В 1812 г. в Петербурге был издан текст испанской конституции, переведенной на французский язык. ¹⁶ В 1813 г. «Сын Отечества» и «Вестник Европы» опубликовали фрагменты из текста Основного закона, переведенные на русский язык. Авторы публикаций подчеркивали, что испанцы заложили «твердое основание для своего Отечества», создав закон, «ограничивающий права законного государя и охраняющий безопасность каждого испанца». ¹⁷ В то же время в правительственных изданиях Кадисскую конституцию представляли, ссылаясь на иные ее положения: «личность короля священна и неприкосновенна», «король не несет никакой ответственности» и «именуется католическим величеством». Подобная интерпретация содержания Основного закона

¹⁰ Додолев М. А. Россия и Испания: 1808–1823. С. 55.

¹¹ Вестник Европы. 1808. № 44. С. 149.

¹² Додолев М. А. Россия и Испания: 1808–1823. С. 64–65.

¹³ Текст договора приводится по: *Coleccion de los decretos y ordenes de las Cortes de Cadiz*: En 6 vol. Vol. III. Madrid, 1813. P. 67–69.

¹⁴ Ibid. P. 209–210.

¹⁵ Горяинов С. 1812 год. Документы Государственного С.-Петербургского главного архива. СПб., 1912. С. 23.

¹⁶ *Constitution politique de la monarchie espagnole publiee a Cadix le 19 Mars 1812*. St. Petersbourg, 1812.

¹⁷ Вестник Европы. 1813. № 13. С. 48; 1814. № 14. С. 130.

могла вызвать некоторые симпатии и у приверженцев абсолютной монархии.¹⁸

Общеизвестно, что Отечественная война 1812 г., а затем и заграничные походы российской армии 1813–1814 гг., позволившие военным познакомиться с социально-политическими условиями жизни других народов, имели большое воспитательное и просветительское значение для будущих декабристов. «...Мы, освободители других, стоим под ненавистным игом», — делился своим выводом с другом, генералом М. Орловым, М. Дмитриев-Мамонов.¹⁹

Восстановление прежних политических порядков в европейских странах после Венского конгресса привело, как справедливо отметила акад. М. Нечкина, к тому, что «интересы народов и монархов резко разошлись или, точнее, обнаружилось глубокое и ранее существовавшее противоречие».²⁰ Реставрация абсолютизма в Испании после возвращения Фернандо VII Бурбона в мае 1814 г. вызвала беспокойство в России. «Дикий произвол власти, фанатизм инквизиции, общая продажность, нищета народа — все это казалось особенно вопиющим после только что героически перенесенной борьбы против Наполеона»,²¹ — так писал о восприятии современниками последствий восстановления на испанском престоле короля Фернандо VII академик Е. В. Тарле. В программном документе общества «Орден русских рыцарей» в конце 1815 — начале 1816 г. был сформулирован в связи с событиями в Испании следующий тезис: «Спасти тиранов — это значит подготовить себе, сковать себе еще более тяжелые кандалы».²²

Желая изменить существующий государственный строй, российские офицеры основали первое тайное общество — Союз спасения (1816 г., Петербург), переименованное в 1817 г. в «Общество истинных и верных сынов Отечества», а после его роспуска — Союз благоденствия (1818 г., Москва). Надеясь на скорый революционный переворот, члены общества изучали сочинения западноевропейских и русских мыслителей, политэкономии, древнюю и новую историю, конституции отдельных стран Европы и США, результаты Французской революции.²³

Отношение российского общества к революционным событиям в Испании в 1820–1823 гг. Вторая волна обостренного интереса к испанским событиям в России была обусловлена революцией, начавшейся в Кадисе 1 января 1820 г. Там были сосредоточены войска, которые решительно выступили против их отправки в Америку для того, чтобы участвовать в подавлении выступлений в испанских колониях против метрополии. Полковник Риго, учитывая настроения солдат и офицеров, провозгласил в первый день 1820 г. Кадисскую конституцию, освободил из-под ареста своего соратника генерала Кирогу, ставшего лидером революционного движения. Поскольку революционный порыв охватил Испанию, 9 марта 1820 г. Фернандо VII присягнул Конституции 1812 г. В соответствии с его

¹⁸ Додолев М. А. Россия и Испания: 1808–1823. С. 70–71.

¹⁹ Семевский В. И. Политические и общественные идеи декабристов. СПб., 1909. С. 404.

²⁰ Нечкина М. В. Декабристы во всемирно-историческом процессе // Вопросы истории. 1975. № 12. С. 10.

²¹ Тарле Е. В. Военная революция на западе Европы и декабристы // Тарле Е. В. Соч.: В 12 т. Т. 5. М., 1958. С. 12.

²² Нечкина М. В. Движение декабристов. Т. 1. С. 137.

²³ Графский В. Г. История политических и правовых учений. М., 2005. С. 399–400.

декретом в июле 1820 г. были созданы кортесы и восстановлена в действии Конституция 1812 г. В Испании началось «конституционное трехлетие». Многие образованные люди в России приветствовали революцию, вскоре вдохновившую на активные выступления патриотов в Неаполе, Пьемонте, Португалии. Н. М. Карамзин отреагировал на данные события следующим образом: «История Испании очень любопытна. Боюсь только фраз и крови. Конституция кортесов есть чистая демократия или что-то близкое к ней. Если они устроят государство, то обещаюсь идти пешком в Мадрид и на дорогу возьму Дон Кихота».²⁴ Известен интерес А. С. Пушкина к событиям в Испании.²⁵ Будущий декабрист Н. И. Тургенев 24 марта 1820 г. отметил в своем дневнике: «Вчера получил здесь известие, что король гишпанский объявил конституцию Кортесов. Слава тебе, славная армия гишпанская! Слава гишпанскому народу! Во второй раз Испания доказывает, что значит дух народный, что значит любовь к отечеству».²⁶ Портреты Риего и Кироги в день восстания 14 декабря 1825 г. были выставлены в витринах некоторых магазинов Санкт-Петербурга.

Осведомленность будущих декабристов о революционном выступлении 1820 г. в Испании отмечала М. Нечкина, считая ее «самой широкой»: в протоколах допросов и в мемуарной литературе «часто звучат их жаркие слова об Испании». П. И. Пестель, Н. И. Тургенев, К. Ф. Рылеев, П. Г. Каховский, А. А. Бестужев, братья А. П. и П. П. Беляевы, В. Л. Давыдов, Д. И. Завалишин и некоторых другие декабристы проявляли большой интерес к революции 1820 г.: «Все они с большим усердием собирают о ней информацию, многократно обдумывают вопрос, учитывают ее опыт. Источниками информации были не только журнальная и газетная пресса, но и личные контакты... Участники Испанской революции 1820 г. офицер дон Хуан Ван-Гален, попавший после революции в Россию через Англию и оказавшийся на военной службе в войсках А. И. Ермолова, познакомился там с декабристами и их друзьями (А. И. Якубовичем, В. К. Кюхельбекером, А. С. Грибоедовым) еще до восстания 14 декабря 1825 г.», — пишет крупнейший специалист по истории движения декабристов.²⁷

Однако И. Мадарьяга считала, что положение дел на Пиренейском полуострове все-таки не было хорошо известно декабристам. Ее аргументы весьма убедительны: никто из декабристов не бывал в Испании, возможно, кроме братьев Муравьевых-Апостолов, отец которых был послом России в Испании до 1805 г. Единственный из декабристов моряк Д. И. Завалишин знал испанский язык и бывал в испанской Калифорнии.²⁸ До отъезда из Петербурга в 1821 г. он подружился с секретарем испанской миссии М. Кальдероном де ла Баркой, прибывшим в Россию после победы революции в Испании.²⁹ Д. И. Завалишин впоследствии давал показания об испанском дипломате: «Насчет же Испании считал конституцию необходимостью. Впрочем, не одобрял и отзывался невыгодно весьма как о Риего, так и о Кироге... Но считал необходимостью изменить Конституцию

²⁴ Цит. по: Додолев М. А. Россия и Испания: 1808–1823. С. 198.

²⁵ Багно В. Е. Пушкин и Кальдерон // Багно В. Е. Россия и Испания: общая граница. СПб., 2006. С. 242.

²⁶ Тургенев Н. И. Дневники и письма за 1816–1824 гг. Пг., 1921. С. 225–227.

²⁷ Нечкина М. В. Декабристы во всемирно-историческом процессе. С. 10.

²⁸ Madariaga I. Spain and Decembrists. P. 146.

²⁹ Романова С. Н. Д. И. Завалишин и Мануэль Кальдерон де ла Барка: к вопросу о революционных связях декабристов (По материалам III отделения) // Исторические записки. М., 1975. Т. 96. С. 338–346.

«адикскую и сделать две палаты».³⁰ Также он пояснял: «Кальдерон, как я прежде говорил, считал для своего отечества Конституцию как необходимость для примирения всех партий; он желал такой конституции (или лучше сказать довольствовался), какова во Франции или в Баварии. Я же в это время мечтал о сильнейшем ограничении исполнительной власти (доказывая, впрочем, в моих разговорах с ним одну только монархию)».³¹

В отечественной литературе также отмечалось, что представление декабристов об испанской истории было достаточно поверхностным. Недостатки и не всегда точная осведомленность скрывали промахи и недостатки делегатов, заседавших в Кадисе. Налицо были борцы за свободу, которые удались довести дело до конца, спасти Родину, подарить ей либеральный устав. В своих симпатиях будущие декабристы колебаться не могли. В Испании они видели то, о чем могли мечтать для России», — писал исследователь декабристского движения Д. Петров.³²

Действительно, относительно «мирный» характер испанской революции, которая произошла без народного восстания, путем военного выступления, казался весьма привлекательным в России. «Революционная волна 1820 г. была встречена с энтузиазмом молодыми русскими офицерами, уже готовыми в душе к делу освобождения».³³ Повторное провозглашение Конституции 1812 г. и присяга ей королем в условиях революции представлялись будущим декабристам идеальным способом введения конституционного правления. В том же году, находясь под сильным впечатлением от испанских событий 1820 г., члены тайного общества стали разрабатывать тактику «военной революции», совершаемой лишь революционными войсками во главе с их командирами, без активного участия иных групп населения. Будучи военными, они полагали, что это позволит быстро и организованно совершить переворот и провести необходимые социально-политические преобразования. Так, М. Бестужев-Рюмин утверждал: «Наша революция будет подобна революции испанской — она не будет стоить ни единой капли крови, ибо совершится одной армией, без участия народа».³⁴

Н. Муравьев критиковал радикально настроенных коллег, прежде всего служивших на юге и ставших впоследствии членами Южного тайного общества, требовавших немедленной подготовки военного восстания, решительно утверждая: «Мы начинаем безусловно с пропаганды».³⁵ Во время следствия он также пояснял: «Я полагал: 1-е. Распространить между всеми состояниями людей множество экземпляров моей Конституции, лишь только она будет мною окончена. 2-е. Произвести возмущение в войске и обнародовать оную. 3-е. По мере успехов военных во всех занятых губерниях и областях приступить к собранию избирателей, выбору тысяцких, судей, местных правлений, учреждению областных палат, а в случае великих успехов и Народного веча. 4-е. Если бы тогда императорская фамилия не приняла Конституции, то как крайнее средство я предлагал изгнание оной и предложение республиканского правления».³⁶

³⁰ Там же. С. 340.

³¹ Там же.

³² Петров Д. Россия и Николай I в стихотворениях Экспронады и Россетти. СПб., 1909. С. 51–52.

³³ Нечкина М. В. Декабристы. М., 1933. С. 39.

³⁴ Цит. по: Горбачевский И. И. Записки. Письма. М., 1963. С. 23.

³⁵ Восстание декабристов. Документы / под ред. М. В. Нечкиной. Т. 11. М., 1954. С. 72.

³⁶ Восстание декабристов. Материалы / под ред. М. Н. Покровского. Т. 1. М., 1925. С. 325.

Осознавая необходимость ведения разъяснительной работы, прежде всего среди солдат, декабристы нашли в Испании заинтересовавший их прием политической агитации. И. Минаева справедливо отмечала, что во время национально-освободительной войны против наполеоновской Франции «в стране, воспитанной в традициях клерикализма, одной из доступных для народа форм призыва к борьбе с иноземным захватчиком стали легко распространяющиеся краткие наставления — агитации, составленные в стиле священного писания».³⁷ Еще в 1812 г. в России был напечатан «Гражданский Катехизис или краткое обозрение должностей испанца с показанием, в чем состоит свобода и кто враги его».³⁸ Путем обращения к религиозным чувствам народа декабристы решили вести политическую агитацию, объясняя, в частности, что такое конституция и конституционно-монархическая форма правления.

В конце весны 1820 г. Александр I, опасаясь, что влияние южно-европейских волнений может проникнуть и в Россию (а восстание Семеновского полка в октябре 1820 г. подтвердило обоснованность его опасений), продемонстрировал враждебное отношение к испанской революции. Немедленно приближенные заметили «анархию» и «дух мятежа» в Испании, сходство испанской революции с французской, «чужовищность» Конституции 1812 г.³⁹ Позднее Александр I принял участие в конгрессах Священного союза, отношение к которому, по воспоминаниям декабриста Д. И. Завалишина, стало вопросом, «вокруг которого вращалась борьба общественного мнения», при этом «одни от него только и ожидали спасения; другие, напротив, видели в нем именно главную причину зла».⁴⁰

После роспуска Союза благоденствия в январе 1821 г. на его основе в марте 1821 г. возникли Южное общество на Украине и Северное общество в Петербурге. Разработка конституционных проектов и плана военного восстания стала основным содержанием деятельности тайных обществ. В систематизированном виде декабристские программы преобразований были позднее сформулированы в двух документах: в «Русской правде» П. Пестеля и Конституции Н. Муравьева.

Интервенция французских войск в Испанию весной 1823 г. была непопулярна среди значительной части российского общества. «Несчастливая Испания! В ней опять водворяются права святой, благодетельной инквизиции, и изнеможенный народ согбенно тащит бревна соорудить костер для своего сожжения», — восклицал в своем письме П. Г. Каховский.⁴¹ А. Поджио свидетельствовал на допросе о разговоре с М. Муравьевым-Апостолом, которому он сообщил о казни Риего: «Говорю: погиб человек, хотя тот самый, который уничтожил инквизицию и пытки, избавил много заточенных, тех самых, провозгласивших в 1812 г. Конституцию... Матвей Мур(авьев) мне говорит: Риего сам виноват, должен был основать республику и никак не верить присяге тирана...».⁴²

Поражение испанской революции в 1823 г., окончание «конституционно-го трехлетия» стало предметом обсуждения на совещании декабристов —

³⁷ Минаева И. В. Декабристы и испанские революции // Исторические записки. 1967. Вып. 186. С. 72.

³⁸ Сын Отечества. 1812. Ч. 1. С. 58–66.

³⁹ Додолев М. Н. Россия и Испания: 1808–1823. С. 207.

⁴⁰ Записки декабриста Д. И. Завалишина. СПб., 1906. С. 50.

⁴¹ Избранные социально-политические и философские произведения декабристов. В 3 т. / общ. ред. и вступ. статья И. Я. Щипанова. Т. 1. М., 1951. С. 505.

⁴² Восстание декабристов: Документы. Т. 11. С. 73.

членов Южного общества в Каменке в 1823 г. П. Пестель, проанализировав результаты южно-европейских революций, высказался следующим образом: «Происшествия в Неаполе, Гишпании и Португалии имели тогда по моим понятиям, неоспоримые доказательства в непрочности монархических конституций и полные достаточные причины к недоверчивости к истинному согласию монархов на конституции, ими принимаемые. Сии последние соображения укрепили меня весьма сильно в республиканском и революционном образе мыслей». Известно, что обсуждалась декабристами и тема цареубийства.⁴³ С. Муравьев-Апостол во время следствия дал показания о возникших спорах, вспоминая что «на означенных совещаниях в Каменке было действительно говорено о Испании, но не в подтверждение необходимости истребления всей царской фамилии, а в доказательство необходимости введения конституционного порядка в России посредством Временного Правления, ибо рассуждаемо было, что испанцы не в том сделали ошибку, что сохранили жизнь королю и всей королевской фамилии, а в том лишь, что они королю верили введение опровергнутой им однажды конституции».⁴⁴ Таким образом, декабристы, анализируя испанский опыт, были далеки от мысли о целесообразности его прямого копирования.

Кадисская конституция и конституционные проекты декабристов. Текст Кадисской конституции был известен декабристам. Н. И. Тургенев и Н. Муравьев имели ее издания. С. Муравьев-Апостол осенью 1823 г. на собрании Южного тайного общества в Каменке высказывал свое мнение о Конституции 1812 г.⁴⁵ Один из лидеров Северного общества К. Рылеев дал следующие показания во время следствия: «...Пестель, вероятно, желая выведать меня: в два упомянутые часа был и гражданином Северо-Американской республики, Наполеонистом, и террористом, то защитником Английской Конституции, то поборником Испанской... Спустя некоторое время, он согласился со мною, что Устав Английский уже устарел... Потом много говорил он в похвалу испанского Государственного устава».⁴⁶

Особый интерес декабристов к Испании и Кадисской конституции, очевидно, был обусловлен несколькими обстоятельствами. Прежде всего, она привлекала их внимание вследствие замечательной истории ее принятия национальным представительным органом в условиях патриотического подъема во время национально-освободительной войны против наполеоновских войск, оккупировавших значительную часть территории страны. Испанская Конституция 1812 г. вызывала интерес еще и потому, что была разработана и принята в стране с социально-экономическими и политическими реалиями, весьма похожими на российские.

Непросто обнаружить следы влияния испанского конституционализма на «Русскую Правду» П. Пестеля,⁴⁷ программный документ Южного тайного общества, прежде всего потому, что в результате государственного переворота, установления диктатуры и уничтожения императорской семьи предполагалось установить республиканскую форму правления. Россия провозглашалась унитарным государством, так же как и Испания по Основному закону 1812 г. Подобно Кадисскому законодателю, П. Пестель

⁴³ Нечкина М. В. Декабристы во всемирно-историческом процессе. С. 15.

⁴⁴ Восстание декабристов. Материалы. Т. 4. М., 1927. С. 350.

⁴⁵ *Madariaga I. Spain and Decembrists.* P. 144.

⁴⁶ Восстание декабристов. Материалы. Т. 1. С. 178.

⁴⁷ Русская правда // Восстание декабристов. Документы. Т. 7. М., 1958. С. 113–167; Конституционные проекты в России. XVIII — начало XX в. М., 2000. С. 478–564.

не признавал свободы веротерпимости и объявлял одну религию — православию — в качестве государственной. И. В. Минаева обнаружила сходство Верховного собора по «Русской правде» П. Пестеля с постоянной депутацией кортесов по Кадисской конституции. Хотя автор обращает внимание на то, что компетенция первого «несравнимо шире» компетенции второго, оба квалифицируются ею как органы «блюстительной» власти, гаранта соблюдения демократической базы Основного закона.⁴⁸ В части оценки значения постоянной депутации позволим себе не вполне согласиться с мнением декабристоведа. В соответствии с Кадисской конституцией она формируется перед закрытием сессии кортесов в составе семи депутатов (ст. 157) и действует до следующей сессии кортесов (ст. 159). Поэтому испанский историк М. Артола справедливо рассматривает ее как гарантию продолжения деятельности кортесов, непродолжительных по своей природе.⁴⁹

Следует отметить, что все декабристы были противниками самодержавия, что нашло отражение в их представлениях об идеальном конституционном правлении. Вместе с тем согласимся с современным исследователем декабристского движения В. С. Парсамовым, считающим, что одна из основ различия конституционных воззрений Н. Муравьева и П. Пестеля — представление о предназначении государства: для П. Пестеля оно определяется благоденствием общества в целом, для Н. Муравьева — свободой индивидуума.⁵⁰ Очевидно, что последнему была близка позиция испанских учредителей: целью правительства, по Кадисской конституции, является счастье нации, отождествляемое с благополучием индивидов, ее составляющих (ст. 13). А. Б. Рогинский, автор биографии декабриста Н. Муравьева, указал на то, что он делал в своем проекте акцент на права личности и старался исключить вмешательство государства в частную жизнь граждан,⁵¹ подобно тому как Кадисские кортесы видели свою задачу в установлении законов государственного строя, которые гарантировали бы испанцам равное право на свободу, безопасность, собственность.

Влияние Кадисской конституции на конституционный проект Н. Муравьева. Политико-правовые идеалы Северного тайного общества нашли свое отражение в конституционном проекте Н. Муравьева. До нас дошло три его варианта: 1) «первый вариант» — текст, переписанный декабристом С. Трубецким и обнаруженный при обыске среди документов последнего;⁵² 2) «второй вариант» — документ, хранившийся в портфеле декабриста И. Пущина, как предполагается, переписанный рукой К. Рылеева;⁵³ 3) «третий вариант» — написанный самим Н. Муравьевым, уже находящимся под арестом в Петропавловской крепости во время следствия.⁵⁴ Наиболее

⁴⁸ Минаева И. В. К вопросу об идейных связях движения декабристов и испанской революции. С. 70–71.

⁴⁹ Artola M. Partidos y programas politicos. 1808–1936. En 2 vol. Vol. 1. Madrid, 1974. P. 178.

⁵⁰ Парсамов В. С. Декабристы и французский либерализм. М., 2001. С. 144.

⁵¹ Рогинский А. Б. Муравьев Никита Михайлович // Русские писатели 1800–1917. Биографический словарь. М., 1999. Т. 4. С. 161.

⁵² Дружинин Н. М. 1) Декабрист Н. Муравьев. С. 303–320; 2) Революционное движение в России в XIX в. М., 1985. С. 253–267.

⁵³ Дружинин Н. М. 1) Декабрист Н. Муравьев. С. 321–346; 2) Революционное движение в России в XIX в. С. 268–288.

⁵⁴ Дружинин Н. М. 1) Декабрист Н. Муравьев. С. 356–366; 2) Революционное движение в России в XIX в. С. 295–304.

полным и систематизированным представляется второй вариант проекта Н. Муравьева, состоявший из 13 глав.

Непосредственное использование Кадисской конституции в качестве юридического источника документа, созданного декабристом, мы обнаруживаем в главе I (состоявшей в «первом варианте» из трех статей, во «втором» — из двух, в «третьем» варианте деление на статьи отсутствовало). Формулировка ст. 1⁵⁵ представляет собой перевод ст. 2 Конституции 1812 г., в котором выражение «испанская нация» естественно заменяется словосочетанием «русский народ»: «Русский народ, свободный и независимый, не есть и не может быть принадлежностью никакого лица и никакого семейства». Примечательно, что в «первом варианте» на полях автором была сделана пометка: «Из Испанской конституции, не должно быть и предположения принадлежности».⁵⁶ Редакция ст. 2 проекта декабриста явно испытала влияние ст. 3 Кадисского акта. Сравнивая ст. 2 текста Н. Муравьева («источником верховной власти является народ, которому принадлежит исключительное право делать основные постановления для самого себя») со ст. 3 Кадисского акта («суверенитет по существу принадлежит нации, и поэтому исключительно ей принадлежит право устанавливать свои основные законы»), мы также обнаруживаем сходство формулировок, при этом Н. Муравьев последователен в использовании терминологии, заменяя термин «нация» словом «народ», «законы» — более понятным соотечественникам словом «постановления». Таким образом, принципы суверенитета русского народа и верховенства конституции, ставшие в проекте Н. Муравьева основой и обоснованием радикальных преобразований общественной и политической жизни, были закреплены на «испанский манер». Н. Дружинин считает, что именно в Конституции 1812 г. были найдены подходящие для Н. Муравьева заостренные формулировки.⁵⁷

Очевидно, Н. Муравьеву были близки такие характерные черты Кадисской конституции, как религиозность и национальный характер. В его проекте также нашли отражение религиозные убеждения большинства населения России и почтительное отношение к священникам и православной церкви, которые являются, по мнению декабриста, основами общества и должны получить надлежащую поддержку со стороны государства. Символично, что в ст. 12 «первого варианта» закреплено: черное и белое духовенство пользуется правами граждан, в зависимости от соответствия определенным условиям может быть избирателями или избранными (данная статья во «втором проекте» отсутствует). Следует отметить, что по Кадисской конституции депутатами могут быть только светские лица и представители «белого духовенства» (ст. 91).

Либералы в Кадисских кортесах обосновывали глубокие политико-правовые преобразования возвращением к историческим традициям — возрождением конституции, якобы имевшейся в отдельных средневековых пиренейских королевствах.⁵⁸ Не имея возможности отыскать что-либо подобное в прошлом Российской империи, Н. Муравьев использовал традиционное «русское одеяние»: он упорно избегал заимствования

⁵⁵ Ссылки на статьи приводятся по «второму варианту» проекта Конституции.

⁵⁶ Дружинин Н. М. 1) Декабрист Н. Муравьев. С. 304 (прим.); 2) Революционное движение в России в XIX в. С. 254.

⁵⁷ Дружинин Н. М. Декабрист Н. Муравьев. С. 181.

⁵⁸ *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comision de Constitucion el proyecto de ella // Sevilla Andres D. Constituciones y otras leyes y proyectos politicos de Espana. En 2 vol. Vol. 1. Madrid, 1969. P. 115–160.*

иностранных государственно-правовых терминов, тщательно перевел их на русский язык: губернатор — правитель, прокурор — блюститель и т. д. (отметим и приверженность испанцев к традиционно сложившимся названиям). В этом пристрастии к русской форме проявляется национальная идея проекта. Более того, учитывая российские традиции и уровень общественного правосознания, Н. Муравьев дал своей Конституции конспиративное название («первый вариант»): «Предположение для начертания устава положительного образования, когда Его Императорскому Величеству благоугодно будет с помощью Всевышнего учредить Славяно-Росскую Империю». Этим выразительным названием декабрист также отразил свой отказ от насильственного переворота и стремление ввести Конституцию мирным путем — посредством объявления ее императором.

Как и Кадисские учредители, Н. Муравьев пристальное внимание уделил определению круга тех лиц, которые в совокупности образуют субъект суверенитета. Подобно тому как кортесы выделяли из «испанцев» «граждан» (ст. 5 и 18 Кадисской конституции), декабрист различает «русских» и «граждан», отказавшись от термина «подданный». К числу «русских» Н. Муравьевым были отнесены все «коренные жители России» (ст. 11). Термин «русский» представляется антонимом слова «иностранец», чей статус особо оговаривается в проекте документа. «Русские» — все население, пользующееся личными и имущественными правами и находящееся под охраной Российских законов. Гражданство определено декабристом как «право участвовать в общественном управлении» в установленном порядке (ст. 3), граждане наделены активным и пассивным избирательным правом и могут проявить себя в политической жизни. Все эти положения обнаруживают сходство с рядом норм Конституции 1812 г. (ст. 23, 35, 55 и др.). Дефиниция в ст. 4: граждане — суть те жители Российского государства, которым предоставлены права гражданства, — видимо, была сформулирована не без влияния текста Кадисской конституции (ст. 18).

Критерии выделения «граждан» из числа «русских» имеют явно французское происхождение. Комментируя положения главы II «О гражданах», Н. Дружинин обратил внимание на то, что Н. Муравьев явно «воспользовался соответствующими нормами» конституций Франции 1791 и 1795 гг., но внес в них частичные поправки из Основного закона Испании, присоединив также «самостоятельные и очень важные дополнения». ⁵⁹ Действительно, декабрист ввел несколько цензов (ст. 5 (ст. 6 «первого варианта»)), которым должен отвечать «русский», проживающий в пределах государства, для того чтобы быть причисленным к разряду «граждан», в том числе ценз грамотности: «Через 20 лет после введения Конституции не может быть признан гражданином тот, кто не обучен русской грамоте» (ст. 8 (ст. 10 «первого варианта»)). Очевидно, этот ценз был введен под влиянием формулировки п. 6 ст. 25 Конституции 1812 г., предписавшей, что «гражданских прав также лишаются с 1830 г. лица, не умеющие читать и писать».

Во «втором варианте» проекта (и это отличает его от «первого варианта») Н. Муравьев отказался от имущественного ценза как от обязательного условия для признания «русского» «гражданином», для избрания депутатом нижней палаты Народного веча и представительных органов субъектов федерации, что сближает русский проект с Кадисской конституцией и отдаляет его от французского образца. Членом высшего законодательного органа страны мог стать и неимущий гражданин, если ему

⁵⁹ Дружинин Н. М. Декабрист Н. Муравьев. С. 182.

свойственны необходимые авторитет и достоинство. Так обстоит дело с пассивным избирательным правом. Но правом быть избирателем может пользоваться только тот, кто обладает имуществом определенной стоимости. (В «третьем варианте» избирательный ценз был снижен, но остался обязательным для избирателей.)

Так же как и по Кадисской конституции, гражданство может быть даровано и иностранцу, проживающему семь лет подряд в России и под клятвой отказавшемуся от прежнего гражданства. В «первом варианте» проекта (п. 7 ст. 6) имелось указание и на наличие у претендента собственности в виде недвижимости стоимостью не менее 500 руб. серебром.

Основания утраты гражданства и ограничения в гражданских правах на определенное время (ст. 9 (ст. 11 «первого варианта»)) также напоминают формулировку ст. 24 Кадисской конституции. Так, гражданство утрачивается в случаях получения гражданства иностранного государства, нахождения на службе другого правительства или принятия от него должности, вынесения приговора, налагающего позорящее наказание и влекущего лишение прав гражданина. Во «втором варианте» было введено еще одно основание: принятие гражданином подарка, пенсии, знака отличия, титула или звания от иностранного государства (п. 4 ст. 9).

Подобно либералам в кортесах, Н. Муравьев уделяет внимание закреплению прав и свобод «русских». В специальной главе III «О состоянии, личных правах и обязанностях русских» содержится их перечень (ст. 14–15, 21, 23 и др.). Очевидно, заимствуя положения Конституции 1812 г. (ст. 287, 290, 292–293), Н. Муравьев достойное место отводит гарантиям неприкосновенности личности от необоснованных арестов (ст. 19).

Как и Кадисский законодатель (ст. 7–9), декабрист закрепил три конституционные обязанности русских: исполнять законы, повиноваться властям, быть всегда готовым к защите Родины (ст. 12).

Некоторое влияние Конституции 1812 г. можно обнаружить и при оформлении территориального устройства России. Это замечание может показаться удивительным, поскольку известно заимствование в этой части из Конституции США. Примечательно, что К. Рылеев склонял Н. Муравьева «сделать в написанной Конституции некоторые изменения, ориентироваться на Основной закон США». ⁶⁰ В «первом варианте» Конституции (ст. 3) территориальное устройство России определялось следующим образом: «Правление России есть уставное и союзное», во «втором варианте» эта дефиниция отсутствовала. В каждой последующей редакции Н. Муравьев все более ограничивал федеративные права «держав», составляющих Россию. ⁶¹

В то же время документ Н. Муравьева не отражает национальные особенности Российской империи. «Державы» оказываются, как справедливо отмечал исследователь Г. Габов, лишь административно-территориальными единицами, они подобны провинциям по Конституции 1812 г., а не штатам США. ⁶² В проекте Н. Муравьева державы и области тщательно перечислены, так же как это было сделано Кадисским законодателем в отношении «земель», находящихся в «обоих полушариях» (ст. 10). Однако у декабриста этот перечень — не простое перечисление уже сложившихся исторических областей, как это было в Испании в 1812 г., а результат

⁶⁰ *Восстание декабристов. Документы. Т. 1.* С. 175.

⁶¹ *Дружинин Н. М. Декабрист Н. Муравьев.* С 172–173.

⁶² *Габов Г. Общественно-политические и философские взгляды декабристов.* М., 1954. С. 157.

волевого разделения страны. Единообразно и детально оформляется внутреннее устройство «держав», напоминающее стройное административно-территориальное деление испанской монархии. В тексте закреплён и принцип выборности государственных органов в державах и иных территориальных единицах, что также сближает проект декабриста с Кадисской конституцией.

Идейной основой юридического оформления государственности Н. Муравьевым стали идеи Просвещения, прежде всего принцип разделения властей с выделением трех ветвей — законодательной, исполнительной и судебной. Он реализован автором проекта как основа организации не только системы высших государственных органов, но и органов власти «держав» (ст. 53). Система центральных государственных органов, тщательно разработанная Н. Муравьевым, представлена следующим образом: законодательная власть вверяется Народному вечу, состоящему из Верховной Думы и Палаты Представителей (ст. 59). Содержание глав VII «О Палате Представителей, о числе и выборе Представителей» и VIII «О Думе Верховной» в значительной степени вдохновлено опытом США. Однако в главе IX можно обнаружить и возможное использование Конституции 1812 г. (ст. 106, 113, 126) в качестве образца для подражания, прежде всего при закреплении основ организации деятельности органа законодательной власти. Как и в Кадисской конституции, определен день открытия ежегодной сессии (ст. 78), право палат самостоятельно проверять мандаты своих членов (ст. 79), заседания обеих палат объявляются публичными, но по предложению императора или по требованию определенного в Конституции числа их членов обе палаты могут заседать при закрытых дверях (ст. 81), им запрещено проводить дебаты и голосование в присутствии императора (ст. 99). Члены палат получают вознаграждение за свою депутатскую деятельность, а также оплату за время проезда для участия в их работе (ст. 83). Депутатская неприкосновенность, признанная Кадисским законодателем (ст. 128), оформляется и в российском документе (ст. 84). Н. Муравьев также закрепил недопустимость совмещения деятельности в законодательном органе и занятия государственной должностью (ст. 85), что рассматривалось в качестве гарантии разделения властей в Конституции 1812 г. (ст. 129).

На автора конституционного проекта, очевидно, произвели должное впечатление и положения Кадисской конституции (ст. 133–135) о законотворческом процессе: видимо, не без ее влияния сформулированы положения о законотворческом процессе в России — всякий проект закона проходит три чтения в каждой палате. После каждого чтения предусмотрены обсуждения, а между каждым чтением должно пройти не менее трех дней (ст. 88). Признание за императором права санкционировать законы с применением отлагательного вето заимствовано Н. Муравьевым прежде всего из Конституции США, на которую в этой части ориентировался и Кадисский законодатель.

Исполнительная власть, подобно тому как это было предусмотрено Кадисским актом (ст. 16), во всей полноте вручается императору (ст. 101.2). Уважение к монарху выразилось в заимствовании положения о недопустимости привлечения императора к ответственности (ст. 114), известного Французской конституции 1791 г. и Кадисской конституции (ст. 168).

В проекте Основного закона закреплён и единственно возможный титул монарха: «Его Императорское Величество» (п. 21 ст. 101?); подобное положение имелось в Конституции 1812 г. (ст. 167). Как и в испанском акте (ст. 173), в конституционном проекте Н. Муравьева предусмотрена

клятва, приносимая монархом Народному вечу при вступлении на престол (п. 23 ст. 101). Императору ежегодно отпускается точно установленное жалованье (ст. 102) — так заимствовано правило о дотации, введенное Кадисской конституцией (ст. 213). Очевидно, вдохновленный примером последней (п. 2 ст. 172), Н. Муравьев установил запрет монарху выезжать за пределы Отечества при отсутствии важных причин под угрозой признания этого действия отречением от престола (ст. 105).

Полномочия императора (ст. 101) напоминают те, что предусматривались Кадисским законодателем (ст. 171). Во всех трех проектах Н. Муравьева назывались четыре министра, назначаемые императором: финансов, сухопутных вооруженных сил, военно-морских сил и иностранных дел; Кадисские учредители аналогичным образом закрепили названия ведомств, возглавляемых министрами (ст. 222). В проекте декабриста, как и в испанской Конституции, уделено внимание установлению возраста совершеннолетия императора (18 лет), положениям о временном правителе (в испанской терминологии — регенте), осуществляющем временное управление страной в случае неспособности к этому монарха (ст. 107–111).

В «третьем варианте» конституционного проекта пристальное внимание Н. Муравьев уделил основам организации судопроизводства, главные из которых — отделение судебной власти от всех других и недопустимость осуществления судьями и судами какой бы то ни было деятельности, кроме правосудия. Это положение было закреплено и в Конституции 1812 г. (ст. 17, 242). Судопроизводству посвящено семь обширных разделов в проекте, написанном Н. Муравьевым в Петропавловской крепости.

*
* * *

Восстание декабристов на Сенатской площади 14 декабря 1825 г. было разогнано. Выступление Черниговского полка, расквартированного недалеко от Киева, начавшееся 29 декабря 1825 г., 3 января 1826 г. также завершилось для членов тайного общества. После этих событий началось следствие по делу декабристов. Среди пяти казненных был и автор «Русской правды» П. Пестель; Н. Муравьев в числе 88 товарищей был отправлен на каторгу.

Движение декабристов всегда привлекало внимание историков и юристов не только потому, что оно привело к одному из самых знаменательных событий нашей истории — первому политическому выступлению против абсолютизма, но и потому, что способствовало разработке конституционных проектов в России. Примечательно, что в деле интеллектуальной подготовки российского общества к восприятию конституционных идей немалую роль сыграли события в Испании — война 1808–1814 гг. и «революционное трехлетие» 1820–1823 гг., а также Кадисская конституция и ее повторное провозглашение в 1820 г. Неудивительно, что Основной закон Испании стал предметом интереса декабристов, а Н. Муравьев использовал его в качестве юридического источника при разработке собственного проекта Конституции. При этом декабрист учитывал провозглашенные принципы и содержание отдельных статей Испанской конституции, облекая их в собственные выражения, или даже дословно заимствовал некоторые формулировки.

НАЛОГОВЫЕ ПРОЦЕДУРЫ КАК СОСТАВЛЯЮЩИЕ НАЛОГОВОГО ПРОЦЕССА

О. А. НОГИНА



Ногина Оксана Аркадьевна,
к. ю. н., доцент,
кафедра государственного
и административного права
юридического факультета СПбГУ

Правовая регламентация процедур является неотъемлемым элементом любого процесса государственного управления. Правовая природа процедурной деятельности государственных органов определяется характером общественных отношений в соответствующей сфере государственного управления. Поэтому для всестороннего раскрытия сущности налоговых процедур необходимо проанализировать природу складывающихся в настоящее время налоговых отношений.

Бурное развитие и становление системы налогообложения началось в России с началом радикальных экономических реформ, когда государство отказалось от прямых изъятий внутреннего валового продукта, производимого на основе государственной монополии, ввело систему обязательных платежей (налогов и сборов) в качестве основного источника для финансового обеспечения реализации своих задач и функций. Центральное место в систе-

ме налоговых отношений заняли отношения, имеющие имущественный характер и непосредственно связанные с осуществлением налоговых платежей обязанными лицами. Однако существование данных имущественных отношений самих по себе без управляющего воздействия на них со стороны государства является невозможным. Для обеспечения надлежащего исполнения своих обязанностей по уплате налоговых платежей налогоплательщики и другие обязанные лица вынуждены вступать в отношения, лишенные непосредственно имущественного характера. В частности, отношения, связанные с учетом налогоплательщиков, проведением налоговыми органами контрольных проверок, имеют выраженную административно-правовую природу, поскольку возникают в сфере управленческой, а точнее — контрольной деятельности органов исполнительной власти и лишены непосредственного денежного распределительного содержания.¹ Наличие подобного рода организационных налоговых отношений определяется, в том числе, интересом государства, связанным

© О. А. Ногина, 2009

¹ Кустова М. В., Ногина О. А., Шевелева Н. А. Налоговое право России. М., 2001. С. 13 (автор главы — М. В. Кустова).

с обеспечением получения своевременно и в полном объеме предназначенных ему налоговых платежей. Таким образом, управленческая деятельность налоговых органов становится неотъемлемым элементом механизма налогообложения, обеспечивающим эффективность его функционирования.

Отношения, возникающие в ходе управленческой деятельности в налоговой сфере — организационные налоговые отношения, — являясь составной частью налоговых отношений, обладают особыми признаками, что обуславливает относительную специфику их правового регулирования и позволяет выделить соответствующую совокупность правовых норм внутри налогового права в самостоятельный правовой институт налогового процесса.

По нашему мнению, *основная цель* государства при установлении правового регулирования процессуальной деятельности налоговых органов состоит, прежде всего, в постоянном выявлении и изъятии в бюджетную систему недоимок по налогам и сборам, а также в предотвращении совершения нарушений налогового законодательства, о чем свидетельствуют предоставленные налоговым органам широкие полномочия по принудительному взысканию, применению способов обеспечения, осуществлению налогового контроля и привлечению к ответственности. Своевременное формирование налоговых доходов бюджетов — вот основная задача, которая стоит перед налоговыми органами.

В настоящее время в условиях бурного развития правового инструментария налоговых процедур, разнообразных форм и методов их осуществления представление о налоговом процессе исключительно как о совокупности законодательно установленных приемов, способов и порядка реализации контрольных полномочий хотя и соответствует сущности отдельных производств налогового процесса, но не охватывает всей сложной природы этой правовой категории.

При анализе природы налогового процесса необходимо учитывать тот **факт**, что налогоплательщик, обладая имуществом на праве собственности или другом вещном праве, всегда стремится защитить свой частный имущественный интерес от налоговых изъятий. При этом желание налогоплательщика уменьшить размер налоговых платежей затрагивает имущественный интерес другой стороны налоговых правоотношений — государства. В такой ситуации государство, защищая публичные интересы в налоговых отношениях, вынуждено выработать специальный механизм своего взаимодействия с каждым конкретным налогоплательщиком или обязанным лицом, который бы обеспечил надлежащее исполнение последними обязанности по уплате налогов и сборов и иных обязанностей, предусмотренных налоговым законодательством.

Очевидно, что для охраны своих имущественных интересов в налоговой сфере государство должно: во-первых, создать специальный государственный орган или органы и наделить их соответствующими властными полномочиями по отношению к лицам, обязанным уплачивать налоги и сборы; во-вторых, законодательным путем установить порядок, формы, методы и процедуры осуществления деятельности созданных уполномоченных органов, а также виды воздействия данных органов на поведение обязанных лиц, обеспечивающие в совокупности не только надлежащее поведение налогоплательщиков, но и поступление налоговых платежей в соответствующий бюджет. При этом государство путем законодательного регулирования системы взаимоотношений уполномоченных органов и налогоплательщиков (а также иных обязанных лиц) должно обеспечить

определенный баланс публичного и частного интереса, учитывая конституционные ограничения на вмешательство в экономическую деятельность субъекта налоговых правоотношений в условиях рыночной экономики.

Создавая особый организационно-правовой механизм управления в сфере взимания налоговых платежей, охватывающий не только налоговые, но и частично административные отношения, государство в рамках этого механизма осуществляет правовое регулирование указанных отношений, создает систему уполномоченных органов, которые осуществляют от имени государства деятельность в сфере налоговых отношений, обеспечивает эту деятельность как с правовой, так и с организационной стороны, создает условия для эффективного взаимодействия уполномоченных органов как между собой, так и с «обязанными» лицами во всех сферах налоговых отношений, и т. д. В свою очередь строго регламентированная правовыми нормами деятельность специально уполномоченных государственных органов во всех сферах налоговых отношений (в том числе при осуществлении взыскания недоимок и пеней, применении способов обеспечения исполнения налоговой обязанности, проведении налоговых проверок, привлечении к ответственности за совершение налоговых правонарушений и т. д.) выступает основой для формирования в рамках организационно-правового механизма налогового процесса, составной частью которого является налоговый контроль, представляющий собой лишь один из видов деятельности налоговых органов. При этом правовую форму осуществления контрольной деятельности, на наш взгляд, можно признать процессуальной.

Указанные В. М. Горшеневым, П. И. Кононовым и рядом других авторов признаки юридического процесса вполне можно обнаружить в структуре деятельности налоговых органов, на что совершенно справедливо указывает И. И. Кучеров.² *Во-первых*, нет сомнений в том, что деятельность налоговых органов является постадийной правоприменительной деятельностью, основанной на применении норм налогового законодательства, включая выбор и анализ применяемой нормы, которые позволяют давать юридическую квалификацию действиям проверяемых лиц. *Во-вторых*, механизмы взыскания задолженности, налогового контроля, привлечения к ответственности реализуются исключительно посредством деятельности уполномоченных государственных органов — налоговых органов. *В-третьих*, налоговые процедуры проводятся в отношении конкретных лиц, т. е. законодательно определен круг участников процессуальных налоговых отношений, их процессуальные права и обязанности (определены «процессуальные роли»). *В-четвертых*, налоговый процесс в целом и налоговый контроль как его составляющая в частности завершаются в конечном итоге установлением конкретного юридического результата и принятием соответствующих правоприменительных актов, т. е. фактически и юридически осуществляется исследование деятельности и квалификация действий налогоплательщика (налогового агента, плательщика сбора и иных лиц) и, в большинстве случаев, по результатам контрольных действий руководителем налогового органа принимаются индивидуальные правоприменительные акты в виде, решений, актов, требований об уплате налогов и др., причем, как и для традиционных юридических процессов, существенное значение имеет соблюдение технических требований к оформлению

² Кучеров И. И., Судаков О. Ю., Орешкин И. А. Налоговый контроль и ответственность за нарушения законодательства о налогах и сборах. М., 2001. С. 97.

соответствующих документов. В-пятых, налоговое законодательство устанавливает последовательность, сроки и порядок осуществления отдельных налоговых процедур, а также возможные формы и методы их осуществления. При этом нарушение указанного порядка, сроков и условий проведения налоговых процедур может повлечь правовые последствия в виде отмены принятых по результатам контроля решений налоговых органов либо применения мер ответственности к лицам, не исполняющим свои процессуальные обязанности надлежащим образом (например, взыскание штрафа по ст. 129 Налогового кодекса РФ (далее — НК РФ) за дачу заведомо ложного заключения или перевода и др.). В-шестых, в рамках кодифицированного акта — Налогового кодекса — можно выделить целую систему процессуальных правовых норм, регламентирующих те или иные налоговые процедуры.

Таким образом, **налоговый процесс** можно определить как *урегулированную процессуальными налоговыми нормами деятельность государственных уполномоченных органов, направленную на формирование налоговых доходов бюджетной системы и обеспечение надлежащего поведения лиц по исполнению ими своих обязанностей как участников налоговых отношений, состоящую в исследовании обстоятельств и решении индивидуально-конкретных дел в сфере налогообложения.*³

Существование налогового процесса в рамках налогового права предполагает наличие в его структуре относительно обособленных составляющих — налоговых производств, которые, в свою очередь, представляют собой совокупность отдельных налоговых процедур. Вопрос о видах налоговых производств является чрезвычайно сложным и неисследованным. В юридической литературе в понятие «налоговое производство» вкладывается различный правовой смысл. Например, налоговое производство определяют как установленную законодательством совокупность приемов, способов и методик, определяющих порядок исполнения юридических обязательств налогоплательщиков и иных лиц по исчислению и уплате (внесению) налога в бюджет или внебюджетный фонд, т. е. как установленный налоговым законодательством порядок исполнения налогового обязательства. Другой подход, более близкий к классическому пониманию юридического производства, предложен И. И. Кучеровым, О. Ю. Судаковым и И. А. Орешкиным, которые определяют налоговое производство как установленный актами законодательства о налогах и сборах процессуальный порядок деятельности органов налогового администрирования, других контролирующих и правоохранительных органов во взаимоотношениях с физическими и юридическими лицами по поводу исполнения ими налоговых или агентских обязанностей.⁴ Однако указанные авторы не рассматривают налоговое производство как составную часть налогового процесса, скорее, наоборот: они делят налоговое производство на несколько относительно самостоятельных производств.⁵ Заметим, что еще в советское время был решен вопрос о соотношении категорий административного процесса и административного производства. В настоящее время устоявшейся является точка зрения, согласно которой «процесс» и «производство» соотносятся как общее и особенное: производство —

³ Ногина О. А. Налоговый контроль: вопросы теории. СПб., 2002. С. 50.

⁴ Кучеров И. И., Судаков О. Ю., Орешкин И. А. Налоговый контроль и ответственность за нарушения законодательства о налогах и сборах. С. 95.

⁵ Там же. С. 95–96.

часть процесса, а процесс есть система производств.⁶ Таким образом, налоговое производство как часть налогового процесса — это урегулированный нормами налогового законодательства порядок совершения процессуальных действий уполномоченными государственными органами, обеспечивающий законное и объективное установление оснований для осуществления налоговых изъятий и разрешение индивидуальных дел организаций и физических лиц в сфере налоговых отношений, объединенных общностью предмета.

Придерживаясь ставшего уже традиционным для административного права положения о том, что процесс есть система производств, охарактеризуем отдельные налоговые производства, которые могут быть признаны самостоятельными составляющими налогового процесса.

Несомненно, что основными составляющими налогового процесса будут являться налоговый контроль и производство по привлечению к ответственности за совершение налоговых правонарушений, которое представляет собой юрисдикционную составляющую налогового процесса. Спорным представляется вопрос о включении в состав налогового процесса производства по рассмотрению жалоб налогоплательщиков и иных обязанных лиц. Несмотря на регламентацию этого производства Налоговым кодексом РФ, по существу оно носит характер административного производства и не обладает какими-либо специфическими налоговыми признаками, за исключением существа обжалуемых действий и решений. Поэтому имеет право на существование и подход, включающий данное производство в состав административных, а не налоговых процедур.

На наш взгляд, едва ли следует включать в состав налогового процесса процедуру принятия законодательных актов, регулирующих вопросы налогообложения, поскольку такая деятельность относится скорее к законодательному процессу, чем к налоговому. Кроме того, в состав налогового процесса вряд ли можно включать порядок добровольного исполнения налогоплательщиками, налоговыми агентами или иными лицами своих налоговых обязанностей, поскольку в этом случае отсутствует главный субъект процесса — уполномоченный орган. Что же касается принудительного порядка взыскания налоговой задолженности и принудительного обеспечения исполнения обязанности по уплате налогов (имеется в виду только приостановление операций по счетам и арест имущества), то, по нашему мнению, как регламентированная налоговыми нормами и осуществляемая в установленном порядке деятельность уполномоченных государственных органов, осуществляемая наряду с проведением мероприятий налогового контроля, они могут быть включены в состав налогового процесса в качестве самостоятельного производства.

Таким образом, можно предложить следующую интерпретацию состава налогового процесса:⁷

⁶ Бахрах Д. Н. Административное право России. М., 2000. С. 307; Сорокин В. Д. Семь лекций по административному праву. Административный процесс и административно-процессуальное право. СПб., 1998. С. 30.

⁷ И. И. Кучеров, О. Ю. Судаков и И. А. Орешкин также выделяют несколько самостоятельных производств (Кучеров И. И., Судаков О. Ю., Орешкин И. А. Налоговый контроль и ответственность за нарушения законодательства о налогах и сборах. С. 96). Однако, на наш взгляд, часть из них нуждается в уточнении, а производство по рассмотрению жалоб организаций и физических лиц на действия (бездействие) налоговых органов имеет явно выраженную административную природу и, несмотря на ст. 2 НК РФ, вряд ли можно признать, что оно осуществляется именно в рамках налоговых отношений.

Налоговый процесс = производство по принудительному исполнению и обеспечению обязанности по уплате налогов и сборов⁸ + производство по изменению срока исполнения обязанности по уплате налога (сбора, пени) + производство по зачету (возврату) излишне уплаченных сумм + производство по учету налогоплательщиков + контрольное налоговое производство + производство по делам о налоговых правонарушениях.

В современных научных исследованиях встречается различное понимание соотношения понятий «налоговый процесс» и «налоговые процедуры». С одной стороны, отмечается, что налоговый процесс охватывает лишь часть налоговых процедур, связанных с опосредованием охранительных налоговых отношений, т. е. отношений, складывающихся в процессе осуществления налогового контроля, обжалования актов (действий, бездействия) налоговых органов и привлечения к ответственности за совершение налоговых правонарушений.⁹ С данной точки зрения налоговый процесс представляется одной из разновидностей налоговых процедур и касается регламентирования достаточно узкой сферы отношений.¹⁰ С другой стороны, утверждается, что налоговые процедуры являются составляющими налогового процесса, поскольку регламентируют осуществление уполномоченными органами конкретных действий.¹¹ Существует также «компромиссная» точка зрения, предполагающая понимание налогового процесса в широком и в узком смысле.

По нашему мнению, при рассмотрении налогового процесса в контексте деятельности государственных органов по обеспечению налоговых изъятий у организаций и физических лиц в бюджетную систему, понятием налогового процесса будут охватываться все юридически значимые действия налоговых органов по достижению указанной цели. Последовательно совершаемые действия налоговых органов, регламентированные НК РФ, в рамках отдельных производств налогового процесса будут представлять собой **налоговые процедуры**, направленные на реализацию конкретных властных полномочий налоговых органов и на достижение конкретного юридически значимого результата при исследовании вопросов, связанных с исполнением налоговых обязанностей организациями и физическими лицами. Таким образом, *во-первых*, обязательным участником налоговой процедуры является представитель уполномоченного налогового органа, *во-вторых*, в ее рамках реализуются не любые права и обязанности, а властные полномочия, *в-третьих*, налоговая процедура всегда закрепляется в нормативном правовом акте как модель деятельности налоговых органов, *в-четвертых*, она направлена на возникновение конкретных правовых последствий либо имеет иное юридическое значение, *в-пятых*, действия,

Скорее всего, производство по жалобам налогоплательщиков или налоговых агентов является разновидностью общего административного производства по жалобам граждан и организаций, выделяемого в составе административного процесса.

⁸ Охватывает деятельность уполномоченных органов по принудительному взысканию недоимок и пеней, а также по применению таких способов обеспечения, как начисление пеней, приостановление операций по счетам и арест имущества.

⁹ *Налоговые процедуры* / под ред. А. Н. Козырина. М., 2008. С. 15–17; *Староверова О. В., Эриашвили Н. Д.* Налоговый процесс / под ред. Н. М. Коршунова. М., 2004. С. 190.

¹⁰ *Винницкий Д. В.* Российское налоговое право: проблемы теории и практики. СПб., 2003. С. 308.

¹¹ *Иванова В. Н.* Соотношение правовых категорий «налоговый процесс» и «налоговое производство» и особенности их реализации в Налоговом кодексе РФ // Юрист. 2001. № 2. С. 67.

совершаемые в рамках процедуры, имеют определенную продолжительность, последовательность и юридико-организационную взаимосвязь.

Именно поэтому, на наш взгляд, не следует относить к налоговым процедурам деятельность самих обязанных лиц (налогоплательщиков, налоговых агентов, банков и др.) по добровольному исполнению ими своих налоговых обязанностей.¹²

Таким образом, наиболее обоснованным представляется понимание **налоговых процедур** как законодательно установленного порядка реализации конкретных властных полномочий налоговых органов, направленных на достижение конкретного юридически значимого результата, являющегося составной частью отдельных производств налогового процесса.

Остановимся более подробно на контрольных налоговых процедурах, образующих контрольное налоговое производство.

Конституционным Судом РФ был отмечен тот факт, что проведение налоговых проверок всегда в определенной степени является «вторжением» в хозяйственную деятельность проверяемых организаций.¹³ В ходе реализации налоговыми органами своих контрольных полномочий возникает непосредственное столкновение интересов представителя государства — должностного лица налогового органа, осуществляющего контрольное действие, и должностных лиц организации-налогоплательщика (или индивидуального предпринимателя). Для установления сбалансированности интересов обеих сторон необходимо было ввести четкую правовую регламентацию их прав и обязанностей, а также последовательность их действий, что и было сделано в НК РФ. До введения Налогового кодекса в действие последовательность и сроки совершения контрольных налоговых процедур не регламентировались на законодательном уровне, что нередко приводило к негативным последствиям. В настоящее время соответствующим контрольным налоговым правоотношениям, возникающим при проведении налогового контроля, придана процессуальная форма, которая в значительной степени является гарантией соблюдения законности при непосредственном совершении контрольных действий уполномоченными лицами.

Должностные лица налоговых органов в зависимости от вида проводимой контрольной процедуры совершают определенные действия, предписанные им законодателем, по установлению правильности и своевременности расчетов проверяемого лица по уплате налогов и сборов. При этом эффективность совершаемых действий всегда будет связана с правильным выбором методов осуществления контроля, с результативностью и действенностью применяемых мер по воздействию на поведение проверяемого лица, а также с правильностью юридической квалификации их действий (бездействия). Неправильное применение норм налогового законодательства в ходе контрольной деятельности налоговыми органами может привести не только к отказу в удовлетворении их требований, но и к возмещению ущерба налогоплательщику со стороны государства.

Несомненно, что налоговый процесс, составной частью которого является контрольное налоговое производство, реализуется в ходе деятельности специально уполномоченных в сфере налоговых отношений

¹² *Налоговые процедуры*. С. 16.

¹³ *Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июля 2004 г. № 14-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений части второй статьи 89 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А. Д. Егорова и Н. В. Чуева» // СЗ РФ. 2004. № 30. Ст. 3214.*

налоговых органов. Однако налоговое законодательство вводит еще целый ряд государственных органов и лиц (регистрирующих органов, нотариусов и др.), которые играют существенную роль в контрольной деятельности налоговых органов, содействуя своевременному проведению контрольных мероприятий. Кроме того, важное значение для осуществления контрольной деятельности приобретает обмен соответствующей информацией между различными государственными органами (ст. 82 НК РФ). Активную позицию по защите своих прав в ходе осуществления учета в налоговом органе или налоговых проверок занимают налогоплательщики, налоговые агенты и другие лица, деятельность которых подлежит проверке. Более того, механизм налогового контроля начинает действовать еще до возникновения у конкретного налогоплательщика обязанности по уплате налога,¹⁴ и происходит это посредством процедуры постановки налогоплательщика на учет в налоговом органе, являющейся составной частью процедур налогового контроля.

Необходимо отметить и тот факт, что деятельность налоговых органов не сводится исключительно к осуществлению процедур и мероприятий налогового контроля в рамках налогового процесса, она гораздо шире и многообразней. Системный подход к исследованию деятельности налоговых органов включает в себя анализ нормативно-правовой базы, правового статуса органов, осуществляющих процессуальную деятельность, правовую регламентацию порядка, форм, методов, документального оформления результатов и др. В свою очередь, структурирование налогового контроля и выделение в нем отдельных законодательно регулируемых элементов является, по нашему мнению, наиболее перспективным для осмысления понятий налогового процесса, налогового контроля и налоговых процедур в целом.

Налоговый контроль можно определить как *составную часть формируемого государством организационно-правового механизма управления, представляющую собой особый вид деятельности специально уполномоченных государственных органов, в результате которой обеспечивается установленное нормами налогового права исполнение обязанностей лиц в сфере налогообложения, исследование и выявление оснований для осуществления принудительных налоговых изъятий (недоимок и пеней) бюджетную систему, а также установление оснований для применения мер ответственности за совершение налоговых правонарушений.*¹⁵

В составе налогового контроля можно выделить следующие основные его элементы: субъект налогового контроля (уполномоченный контролирующий орган); объект контроля; формы и методы (методики) контроля; документы налогового контроля, процедуры (мероприятия) налогового контроля и порядок их осуществления. Ввиду того, что система элементов налогового контроля постоянно совершенствуется, усложняется и наполняется новыми свойствами, с течением времени в качестве самостоятельных могут выделиться и иные элементы налогового контроля. Весь перечисленный комплекс элементов налогового контроля является предметом правового регулирования.

Поскольку налоговый контроль представляет собой законодательно регламентированную деятельность налоговых органов, его внешним выражением является осуществление налоговыми органами в установленном

¹⁴ Пункт 2 ст. 83 НК РФ.

¹⁵ Ногина О. А. Налоговый контроль: вопросы теории. С. 38.

порядке ряда конкретных налоговых процедур с применением особых методов их осуществления, а также с фиксацией конкретного правового результата каждой контрольной процедуры. В этом смысле налоговые процедуры есть не что иное, как форма контрольной деятельности налоговых органов.

Методы и формы контрольной деятельности в сфере налогообложения приобрели юридическую значимость и нашли свое закрепление в налоговом законодательстве. Сегодня неправильный выбор тех или иных форм, приемов и способов осуществления налогового контроля, а также несоблюдение регламентированного законодательными актами порядка осуществления контрольной деятельности может привести к значительным правовым последствиям, например к отмене решений, принятых на основании результатов налогового контроля, полученных неправомерным образом, к признанию недействительными ненормативных актов контролирующих органов, к взысканию ущерба, причиненного в результате неправомерных действий уполномоченных лиц, и т. д.

Деятельность налоговых и других уполномоченных органов вводится в соответствии с НК РФ в рамки правовой процессуальной формы. Впервые в законодательной практике регламентируются инструментарий и формы налогового контроля, определены понятие и содержание налоговых проверок, их специфические особенности применительно к различным задачам и объектам налогового контроля, все действия налоговых органов должны соответствовать предписаниям правовых норм. Таким образом, исследование форм и методов осуществления налогового контроля приобретает особое правовое значение.

Правовая форма контрольной деятельности в сфере налогообложения является одной из гарантий соблюдения баланса интересов налогоплательщиков и иных обязанных лиц, с одной стороны, и государства в лице своих уполномоченных органов — с другой. Поэтому любая конкретная форма контрольной деятельности налоговых органов всегда будет иметь правовой характер и являться частью правовой формы налогового контроля в целом. Внутреннее содержание конкретных процедур налогового контроля, которое находит свое внешнее выражение в виде форм налогового контроля, определяется:

- 1) спецификой налоговых норм, являющихся юридической базой для осуществления налогового контроля;
- 2) спецификой содержания субъективных прав и обязанностей участников контрольных налоговых отношений;
- 3) самой фактической деятельностью субъектов по осуществлению своих прав и обязанностей.

Форма налогового контроля как внешнее выражение конкретного содержания отражается прежде всего в совершении конкретных действий по применению тех или иных приемов и способов для установления фактов объективной действительности, а также в документах налогового контроля, закрепляющих его результаты.

Организация контрольной деятельности в целом предполагает *организационное единство ряда контрольных процедур, являющихся совокупностью действий, объединенных общей конкретной целью* (например, проведение налоговых проверок, исследование помещений, предметов, документов и т. д.), которые представляют собой не что иное, как конкретное **мероприятие налогового контроля**.

Таким образом, **форму налогового контроля** можно определить как *регламентированный нормами налогового законодательства способ*

организации, осуществления и формального закрепления результатов мероприятий налогового контроля, представляющих собой единую совокупность действий уполномоченных органов по выполнению конкретной задачи налогового контроля.

В настоящее время в ст. 82 НК РФ устанавливаются следующие формы проведения налогового контроля (а соответственно, и налоговые процедуры):

- налоговые проверки;
- получение объяснений налогоплательщиков, налоговых агентов и плательщиков сборов;
- проверки данных учета и отчетности;
- осмотр и обследование помещений и территорий, используемых для извлечения дохода (прибыли);
- другие формы (например, истребование документов).

Таким образом, в настоящее время в качестве самостоятельных налоговых процедур можно рассматривать лишь те, которые установлены налоговым законодательством. Применение не предусмотренных Налоговым кодексом форм налогового контроля может привести к нарушению прав налогоплательщиков и иных обязанных лиц и к признанию незаконными действий соответствующих уполномоченных органов.

Выше уже было отмечено, что содержание контрольной деятельности соответственно, конкретная форма контроля во многом определяются приемами, применяемыми уполномоченными контролирующими органами, т. е. форма существует в неразрывном единстве с методами контрольной деятельности. Сама реализация контрольной деятельности происходит лишь путем применения уполномоченными органами соответствующих методов контроля. Более того, развитие самой контрольной деятельности полностью зависит от развития приемов и способов ее осуществления и всецело им подчиняется.

«Метод» обычно понимается как способ (или совокупность способов) практического осуществления или познания изучаемых явлений. Кроме того, он может рассматриваться как совокупность свойственных человеку эмпирических приемов познания окружающей действительности.

В отличие от форм налогового контроля, которые напрямую устанавливаются Налоговым кодексом, методы налогового контроля присутствуют в налоговом законодательстве в неявной форме, т. е. без их законодательно установленного перечня. В юридической и экономической литературе выделяют такие методы налогового контроля, как формальная, логическая и арифметическая проверка документов, юридическая оценка хозяйственных операций, отраженных в документах; встречная проверка; экономический анализ (для документального налогового контроля); учет налогоплательщиков; исследование документов; получение объяснений (допрос свидетелей); осмотр помещений (территорий) и предметов; инвентаризация; экспертиза и др. Отмечается, что методы налогового контроля, будучи зафиксированными в налоговом законодательстве, имеют, таким образом, правовой характер, что обеспечивает законность действий персонала налоговых органов в ходе их практического применения.¹⁶ В качестве методов при этом указываются действия, право осуществления которых предоставлено налоговым органам ст. 31 НК РФ, в частности истребование документов, выемка документов и предметов; осмотр (обследование)

¹⁶ *Налоговое расследование* / под общ. ред. Ю. Ф. Кваши. М., 2000. С. 59.

помещений и территорий; инвентаризация принадлежащего налогоплательщикам имущества; экспертиза; опрос свидетелей, получение объяснений и т. д. Однако И. А. Белобжецкий в свое время подчеркивал, что некоторые авторы относят к методическим приемам контроля чтение документов, письменный запрос, получение письменных объяснений и справок, опечатывание дел и документов, изъятие подлинных документов, хотя «этот перечень включает отдельные виды контрольных действий, способы оформления ревизионных материалов или обеспечения сохранности документов ревизуемого предприятия, а не методические приемы контроля (приемы исследования)».¹⁷ Действительно, при отнесении того или иного приема к методу контроля необходимо помнить, что он должен представлять собой способ изучения какого-либо предмета или явления.

Учитывая общенаучное понимание категории метода как совокупности приемов практического осуществления или познания изучаемых явлений, **метод налогового контроля** можно определить как *совокупность приемов, применяемых уполномоченными органами для установления объективных данных о полноте и своевременности уплаты налогов и сборов в соответствующий бюджет или внебюджетный фонд, а также об исполнении возложенных на лиц иных налоговых обязанностей*. Таким образом, при помощи методов налогового контроля происходит реальное изучение состояния объектов и предметов налогового контроля.

Базируясь на предложенных различными авторами концепциях методов финансового и налогового контроля, на наш взгляд, следует говорить о сложившейся многоуровневой системе методов налогового контроля, которая включает в себя:

1) общенаучные методы, такие как анализ и синтез, индукция, дедукция, аналогия, моделирование, статистические методы, логический метод, сравнительный метод и другие методы, которые применяются при осуществлении любого вида деятельности;

2) специальные методы исследования, такие как проверка документов, экономический анализ, исследование предметов и документов, осмотр помещений (территорий) и предметов, инвентаризация, экспертиза и т. д., применение которых характерно для определенных видов деятельности, таких как контрольная деятельность;

3) методы воздействия на поведение проверяемых лиц в ходе осуществления налогового контроля, такие как убеждение, поощрение, принуждение и др.

Формы и методы налогового контроля существуют в неразрывном, органичном единстве, поэтому, как ни парадоксально, при осуществлении контрольной деятельности в правовой форме налоговой проверки уполномоченные органы применяют проверку документов как прием или способ изучения реального состояния расчетов по налогам с бюджетом. При этом проверка документов будет являться лишь одним из целого комплекса методов налогового контроля, применяемых налоговыми органами при проведении своей контрольной деятельности в форме налоговых проверок. Таким образом, в рамках одной правовой формы организации контрольной деятельности могут применяться различные методы контроля, в некоторых случаях совпадающие по наименованию с самой установленной налоговым законодательством формой контроля.

¹⁷ Белобжецкий И. А. Финансовый контроль и новый хозяйственный механизм. М., 1989. С. 41.

Закрепление форм и методов осуществления налогового контроля на должном законодательном уровне имеет важное значение для защиты и сохранения баланса интересов обязанных лиц и уполномоченных органов. Тем не менее эффективность отдельных мероприятий во многом будет зависеть от последовательности и сочетания применяемых при их проведении методов налогового контроля. Поэтому налоговые органы разрабатывают различного рода методические рекомендации, содержащие указания по наиболее эффективному осуществлению тех или иных конкретных контрольных мероприятий.

В последнее время в области правового регулирования методов и форм контрольной деятельности появилась новая правовая форма регламентации контроля — регламенты контрольной деятельности. Регламенты контрольной деятельности устанавливают, как правило, основные единые принципы и требования к проведению контроля соответствующими органами. Очень часто регламенты определяют требования к профессиональной квалификации инспекторов, правовому и документальному обеспечению проверок, оформлению результатов (доказательств), действиям контролирующих органов.

Важной составляющей налоговых процедур является регламентация последовательности и сроков действий налоговых органов при осуществлении контроля за соблюдением обязанностями лицами налогового законодательства. Правовая регламентация налоговых процедур, в частности, предусматривает: *во-первых*, определение состава участников соответствующей налоговой процедуры (налоговые органы и обязанные лица); *во-вторых*, последовательность совершения тех или иных действий участниками налоговой процедуры (например, сначала — вручение налоговыми органами требования о предоставлении документов, затем — представление налогоплательщиком надлежащим образом заверенных копий или направление в налоговый орган уведомления об изменении срока предоставления документов, что, в свою очередь, требует принятия решения налоговым органом об отказе или о предоставлении отсрочки в предоставлении документов); *в-третьих*, сроки совершения действий участниками налоговой процедуры (например: налоговый орган обязан осуществить камеральную налоговую проверку в течение 3 месяцев со дня предоставления налоговой декларации; другой пример: налогоплательщик обязан предоставить копии документов в налоговый орган в течение 10 дней с момента вручения требования о предоставлении документов); *в-четвертых*, фиксацию результата соответствующей налоговой процедуры в документальном виде (например, по результатам выемки документов составляется протокол выемки с описью изъятых документов).

Результаты контрольной деятельности налоговых органов должны быть зафиксированы в документальном виде, после чего результаты налогового контроля приобретают свое формально-юридическое значение. Документы налогового контроля выполняют фиксационную, информационную, правоустанавливающую и доказательственную функции.¹⁸ Как совершенно справедливо отмечали в свое время В. М. Горшенев и И. Б. Шахов, официальное документальное закрепление добываемых результатов является неотъемлемым компонентом любого контрольного производства, отражающим его формально-юридический аспект. Оно осуществляется

¹⁸ Для сравнения: В. М. Горшенев и И. Б. Шахов выделяют фиксационную, информационную и динамическую функции (Горшенев В. М., Шахов И. Б. Контроль как правовая форма деятельности. М., 1987. С. 137).

исключительно при помощи строго установленной системы официальных правовых документов, характеризующихся прежде всего тем, что они предусматриваются в конкретных законодательных актах».¹⁹

Действительно, Налоговым кодексом закреплена целая система различных видов правовых документов, официально закрепляющих результаты контрольной деятельности налоговых органов. При этом целый ряд таких документов должен быть объективирован в специально установленной форме и принят с соблюдением установленного порядка. Некоторые из таких документов являются правоустанавливающими документами и подтверждают те или иные факты, имеющие юридическое значение (например, свидетельство о постановке на учет в налоговом органе — факт учета организации в качестве налогоплательщика; особый характер акта выездной налоговой проверки как правоприменительного акта подчеркивал Конституционный Суд РФ).²⁰ В установленном законодательством случаях предъявление свидетельства о постановке на учет в налоговом органе является одним из условий осуществления в отношении налогоплательщика определенных юридических действий. Так, согласно ст. 86 НК РФ банки открывают счета организациям только при предъявлении ими свидетельства о постановке на учет в налоговом органе, в противном случае банк несет ответственность в соответствии со ст. 132 НК РФ. Кроме того, документы, оформляющие результаты налогового контроля, при рассмотрении судебных споров приобретают статус письменных судебных доказательств и, следовательно, должны соответствовать требованиям, предъявляемым к подобному рода документам. Результаты отдельных налоговых процедур могут быть зафиксированы в различных документах: актах, протоколах, экспертных заключениях, фото- и кинодокументах и др.

Все документы налогового контроля должны быть составлены на основе соблюдения предъявляемых к ним требований.²¹ Документ должен: 1) быть принят на основе и во исполнение норм налогового законодательства, т. е. иметь подзаконный характер; 2) быть принят налоговым (таможенным) органом в пределах предоставленных ему полномочий; 3) иметь установленную форму и быть принят в порядке, предусмотренном налоговым законодательством; 4) содержать властные индивидуально-конкретные предписания, обращенные к определенным юридическим или физическим лицам; 5) вызывать возникновение, изменение или прекращение определенных налоговых правоотношений; 6) содержать факты и сведения о деяниях (действии или бездействии) обязанных лиц, а также их правовую оценку; 7) в случае необходимости принятия мер принудительного характера — содержать указание на конкретные виды действий уполномоченных органов, которые должны быть совершены. Помимо этого, содержание документов налогового контроля должно соответствовать требованиям объективности, обоснованности, полноты, комплексности, четкости, лаконичности, доступности и системности изложения. Нарушение требований и порядка составления документов, предусмотренных Налоговым кодексом, может привести к недопустимости их использования в качестве судебных доказательств, свидетельствующих о совершении тех или иных действий или о наличии тех или иных фактов.

¹⁹ Там же. С. 134.

²⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2005 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 113 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Г. А. Поляковой и запросом Федерального арбитражного суда Московского округа» // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 2). Ст. 3200.

²¹ См. также: Горшенев В. М., Шахов И. Б. Контроль как правовая форма деятельности. С. 136.

ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ ОБ ИМУЩЕСТВЕННЫХ НАЛОГОВЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ В СИСТЕМЕ НАЛОГОВЫХ ПРОЦЕДУР

М. В. КУСТОВА*

Производство по делам о налоговых правонарушениях представляет собой ряд последовательных процессуальных действий, направленных на реализацию ответственности по налоговому законодательству. Эффективность указанного производства зависит от его адекватности природе соответствующих правонарушений. Представляется, что во многом именно недостаточным учетом со стороны законодателя природы различных видов налоговых правонарушений вызваны многочисленные проблемы правового регулирования производства по делам о налоговых правонарушениях, которые пока не удалось полностью снять даже после внесения существенных изменений в Налоговый кодекс РФ.

Моделирование регулируемых налоговым законодательством отношений направлено на обеспечение исполнения каждым конституционной обязанности по уплате законно установленных налогов и сборов, что обуславливает центральное место налоговых отношений, имеющих публичную имущественную природу. Вместе с тем механизм реализации имущественных налоговых обязанностей настолько сложен, что предопределяет развернутое регулирование многочисленных организационных отношений, обслуживающих процесс осуществления налоговых изъятий у физических лиц и организаций. Поэтому очевидно, что правонарушения, совершаемые в налоговой сфере, могут посягать как на имущественный (финансовый) интерес публичного субъекта, так и на установленный порядок управления. А это, в свою очередь, предопределяет решение законодателя об установлении, наряду с ответственностью участников налоговых отношений за нарушение установленного порядка управления в налоговой сфере, также ответственности за неисполнение ими финансовых обязательств перед публичным субъектом или же за неправомерные деяния, повлекшие такое неисполнение.

Гарантируя наиболее полное возмещение потерь казны от допущенного нарушения и его экономическую неоправданность для нарушителя, налоговые санкции за имущественные налоговые правонарушения устанавливаются, исходя из размера подлежащей исполнению публичной имущественной обязанности. Речь идет в первую очередь о таких нарушениях, как неуплата или неполная уплата налога (ст. 122 НК РФ) либо невыполнение налоговым агентом обязанности по удержанию и (или) перечислению

* Кустова Маргарита Валерьевна — к. ю. н., доцент, кафедра государственного и административного права юридического факультета СПбГУ.

© М. В. Кустова, 2009

налогов (ст. 123 НК РФ), размер налогового штрафа за которые установлен в процентах от неуплаченной (либо не удержанной и (или) не перечисленной) суммы налога. Например, в соответствии со ст. 123 НК РФ неправомерное неперечисление сумм налога, подлежащего перечислению налоговым агентом, влечет взыскание штрафа в размере 20 % от суммы, подлежащей перечислению.

Специфика ответственности за указанные выше нарушения, на наш взгляд, заключается не столько в имущественном характере, сколько в непосредственной направленности ее мер на компенсацию и предотвращение финансовых потерь государства в организуемых им распределительно-денежных отношениях. Именно поэтому применение штрафной санкции в таких случаях предваряется выявлением факта причинения государству имущественного ущерба в рамках строго регламентированных налоговых процедур и сопряжено с предъявлением к нарушителю соответствующих имущественных претензий в форме требования об уплате сумм недоимки и пеней.

Специфический характер последствий нарушения имущественных налоговых обязанностей, влекущих недопоступление налоговых доходов в бюджеты бюджетной системы РФ, не позволяет в каждом конкретном случае с достаточной точностью определить размер понесенных государством финансовых потерь, включая размер как реального ущерба, так и упущенной выгоды. В этих условиях становится оправданным формализованный подход законодателя к решению данной проблемы и установление таких границ дополнительных имущественных изъятий у нарушителей, которые, имея характер соразмерной нарушению кары, в то же время позволили бы гарантировать компенсацию финансовых потерь государства в полном объеме. Поэтому предусмотренные налоговым законодательством штрафные санкции за указанные налоговые нарушения имеют, на наш взгляд, не только карательную, но и в значительной степени компенсационную природу, обеспечивая возмещение ущерба, причиненного властной стороне в публичных имущественных отношениях. Не случайно суммы налоговых штрафов, исчисляемых исходя из сумм налогов (сборов), зачисляются в соответствии с подп. 1 п. 2 ст. 46 БК РФ в бюджеты бюджетной системы РФ по нормативам, установленным применительно к самим налогам (сборам).

Существенным представляется то, что выводы относительно восстановительной направленности ответственности за налоговые правонарушения можно найти и в актах Конституционного Суда РФ. Так, в п. 3.1 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 14 июля 2005 г. № 9-П¹ по делу о проверке конституционности положений ст. 113 НК РФ обращается внимание на то, что за правонарушения, предусмотренные ст. 119, п. 3 ст. 120, ст. 122 и 123 НК РФ, т. е. непосредственно связанные с недополучением государством налогов и сборов либо создающие непосредственную угрозу такого недополучения, налоговые санкции определяются в процентном отношении от суммы неуплаченного (подлежащего уплате) налога. В связи с этим Конституционный Суд высказывает мнение о том, что ответственность за совершение налоговых правонарушений, предусмотренных НК РФ, носит имущественный характер, а ее введение направлено на восполнение ущерба казны от налогового правонарушения. Поэтому применение мер ответственности за совершение налогового

¹ СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3200.

правонарушения основано на выявлении в строгой процессуальной форме размера причиненного государству финансового ущерба.

Все это предопределяет вывод о необходимости обеспечения согласованности производства по делам об имущественных налоговых правонарушениях с налоговыми процедурами выявления и изъятия недоимок по налогам. Именно поэтому вызывал серьезные возражения подход законодателя, отраженный в первоначальной редакции НК РФ, где процедуры производства по делам о налоговых правонарушениях разграничивались в зависимости не от объекта, а от субъекта нарушения. Соответственно, ст. 101 НК РФ регламентировала производство по делу о налоговом правонарушении, совершенном налогоплательщиком, плательщиком сборов или налоговым агентом, а ст. 101.1 НК РФ — иными лицами.

Впрочем, и тогда смысл такого разграничения усматривался в стремлении учесть имеющуюся в большинстве случаев взаимосвязь решения налогового органа о привлечении к ответственности налогоплательщика, плательщика сборов или налогового агента с результатами налоговой проверки соответствующего субъекта. Не случайно производство по делу о налоговом правонарушении указанных лиц уже изначально отождествлялось ст. 101 НК РФ с вынесением решения по результатам рассмотрения материалов проверки. Однако подобное разграничение нельзя было признать обоснованным, поскольку выявление ряда налоговых правонарушений, совершенных налогоплательщиками, плательщиками сборов или налоговыми агентами, не всегда может быть увязано с результатами налоговых проверок. Например, несоблюдение порядка владения, пользования и (или) распоряжения арестованным имуществом (ст. 125 НК РФ) возможно лишь после наложения соответствующего ареста, который согласно ст. 77 НК РФ признается способом обеспечения исполнения решения о взыскании налога, а следовательно, имеет место, как правило, после налоговой проверки организации.

С 1 января 2007 г. Налоговый кодекс РФ закрепил новый подход к разграничению производства по делам о налоговых правонарушениях, исходя из взаимосвязи выявления правонарушений с проведением налоговых проверок. В соответствии со ст. 100.1 НК РФ дела о правонарушениях, выявленных в ходе камеральной или выездной налоговой проверки, рассматриваются в порядке, предусмотренном ст. 101 НК РФ. Если же налоговые правонарушения выявлены в ходе иных мероприятий налогового контроля, то они должны рассматриваться в порядке, предусмотренном ст. 101.4 НК РФ. А поскольку проведение налоговых проверок допускается Налоговым кодексом только в отношении налогоплательщиков, плательщиков сборов и налоговых агентов, то именно в отношении этих субъектов возможно осуществление производства в порядке ст. 101 НК РФ. Причем, в силу прямого указания ст. 100.1 НК РФ, производство по делам о правонарушениях, предусмотренных статьями 120, 122, 123 НК РФ, может осуществляться исключительно в порядке ст. 101 НК РФ. Речь идет о грубом нарушении правил учета доходов и (или) расходов и (или) объектов налогообложения (ст. 120 НК), неуплате или неполной уплате сумм налога (сбора) (ст. 122 НК), а также невыполнении налоговым агентом обязанности по удержанию и (или) перечислению налогов (ст. 123 НК).

В порядке ст. 104.1 НК РФ может осуществляться производство как в отношении налогоплательщиков, плательщиков сборов и налоговых агентов, так и в отношении любых иных субъектов налоговых правонарушений, включая банки, лиц, обязанных представлять в налоговые органы информацию, необходимую для осуществления налогового контроля, свидетелей, экспертов, переводчиков.

Таким образом, с 1 января 2007 г. самостоятельное место в Налоговом кодексе РФ отводится производству по делам о тех правонарушениях, для выявления которых необходимо проведение выездной или камеральной налоговой проверки и субъектами которых могут поэтому выступать только налогоплательщики, плательщики сборов и налоговые агенты. Представляется, что такой подход позволяет в известной мере усмотреть стремление законодателя к закреплению особого порядка производства прежде всего по делам об имущественных налоговых правонарушениях, влекущих недопоступление налогов и сборов в бюджетную систему РФ. Именно для их выявления требуется проведение камеральных либо выездных налоговых проверок, позволяющих также определить размер неисполненных в результате соответствующих нарушений налоговых обязательств перед публичным субъектом и рассчитать сумму подлежащей взысканию налоговой санкции.

Регламентируя процедуру привлечения участников налоговых отношений к публичной имущественной ответственности, призванной обеспечить восстановление имущественной сферы публичного субъекта, понесшей потери в результате допущенного нарушения, законодатель не может проигнорировать вытекающие из Конституции РФ требования обеспечения в ее рамках разумного баланса публичного и частного интересов. Именно поэтому производство по таким делам характеризуется в сравнении с производством по делам о налоговых правонарушениях, посягающих на установленный порядок управления в налоговой сфере, как более высоким уровнем гарантий защиты имущественных прав привлекаемого к ответственности лица, так и возможностью применения мер, обеспечивающих публичный имущественный интерес.

В частности, лицу, привлекаемому к ответственности по ст. 101 НК РФ, предоставляется право подать апелляционную жалобу на вынесенное в отношении него решение о привлечении к ответственности за налоговое правонарушение в течение 10 дней со дня вручения решения, до истечения которых это решение признается не вступившим в законную силу. В отличие от него решение, принятое по результатам рассмотрения акта, составленного по итогам иных мероприятий налогового контроля, по смыслу положений ст. 101.4 НК РФ вступает в законную силу немедленно. В целях обеспечения возможности исполнения решения, вынесенного в порядке ст. 101 НК РФ, руководитель (заместитель руководителя) налогового органа вправе принять соответствующие обеспечительные меры (например, запрет на отчуждение имущества налогоплательщика без согласия налогового органа), если есть достаточные основания полагать, что их непринятие может затруднить или сделать невозможным его дальнейшее исполнение. Очевидно, что это положение обеспечивает имущественные интересы публичного субъекта.

Специфика ответственности за имущественные налоговые правонарушения, выражающаяся в обусловленности размера налагаемых налоговых санкций размером финансовых потерь публичного субъекта от допущенного нарушения, предопределяет также особенности производства по этой категории дел, позволяющие обеспечить наиболее полное и всестороннее исследование вопроса о пределах исполнения привлекаемым к ответственности лицом публичной имущественной обязанности. Так, по общему правилу решение по результатам рассмотрения дела (о нарушении, выявленном в ходе налоговой проверки или иных мероприятий налогового контроля) должно быть принято руководителем (заместителем руководителя) налогового органа в течение 10 дней со дня истечения

срока для представления возражений по акту (п. 1 ст. 101 и п. 6 ст. 101.4 НК РФ). Однако только при вынесении решения по материалам налоговой проверки этот срок может быть продлен не более чем на один месяц.

Закрепление возможности такого продления в значительной мере объясняется тем, что при рассмотрении соответствующей категории дел высока вероятность возникновения необходимости получения дополнительных доказательств для подтверждения факта имущественного налогового правонарушения и проведения в связи с этим дополнительных мероприятий налогового контроля. Норма п. 1 ст. 101 НК РФ о продлении срока рассмотрения материалов проверки корреспондирует в этом отношении положению п. 6 ст. 101 НК РФ, закрепляющему право руководителя (заместителя руководителя) налогового органа вынести решение о проведении в срок, не превышающий один месяц, таких мероприятий.

Изменение подходов к регулированию производства по делам о налоговых правонарушениях, выявленных в ходе налоговых проверок, не ограничивается расширением гарантий защиты имущественных интересов сторон налогового правоотношения и усилением согласованности процедуры такого производства с налоговыми процедурами выявления и изъятия налоговых недоимок и пеней. Представляется, что приведенные новеллы являются следствием системного пересмотра законодателем вопроса о соотношении в налоговом праве процедур принудительного исполнения налоговой обязанности и привлечения к публичной имущественной ответственности за нарушения, повлекшие неисполнение этой обязанности.

Анализ норм Налогового кодекса РФ, регламентирующих производство по делам о налоговых правонарушениях, в редакции, действующей с 1 января 2007 г., позволяет говорить о полной унификации, или слиянии, соответствующих процедур. В результате этого изъятие налоговых недоимок и пеней, а также налоговых штрафов за повлекшие возникновение таких недоимок нарушения, фактически осуществляется в рамках единой процедуры. Как и прежде, в решении о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения, выносимом по результатам рассмотрения материалов налоговой проверки, указывается размер выявленной недоимки и соответствующих пеней. (Указание на размер недоимки и пеней может содержаться и в вынесенном по результатам проверки решении об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения, если эта недоимка была выявлена в ходе соответствующей проверки.) Таким образом, вынесенное в отношении налогоплательщика решение о привлечении к ответственности за налоговое правонарушение становится основанием для направления налогоплательщику единого требования об уплате недоимки, пеней и штрафа, причем направление его налогоплательщику до вступления в силу соответствующего решения не может повлечь за собой правовых последствий как произведенное в нарушение требований п. 2 ст. 70 НК РФ и при отсутствии правовых оснований. Напротив, неисполнение направленного с соблюдением установленного порядка требования в предусмотренный в этом требовании срок является основанием для перехода к реализации принудительных процедур исполнения налоговой обязанности и изъятия сумм налоговых штрафов.

Переход к единой процедуре принудительного исполнения налоговой обязанности и взыскания налоговой санкции сопряжен с существенным сокращением роли суда в этом процессе. Изначально НК РФ предусматривал механизм обязательного судебного контроля за законностью

и обоснованностью наложения налоговых санкций по решению налогового органа. Он допускал пассивную позицию лица, не согласного с вынесенным в отношении него налоговым органом решением о привлечении к ответственности за налоговое правонарушение. Активного поведения налоговое законодательство требовало от налоговых органов, которые в случае неисполнения их решения о привлечении к ответственности в добровольном порядке обязаны были обратиться в суд с иском о взыскании налоговой санкции. При этом в соответствии с п. 6 ст. 108 НК РФ (в первоначальной редакции) лицо считалось невиновным в совершении налогового правонарушения до тех пор, пока его виновность не установлена вступившим в законную силу решением суда. Указанное обстоятельство не позволяло свести роль суда в процессе рассмотрения иска о взыскании налоговой санкции исключительно к проверке законности и обоснованности решения руководителя налогового органа. Налоговый кодекс прямо возлагал на суд также задачу официального установления вины нарушителя в содеянном и степени этой вины. Таким образом, по смыслу НК РФ в его прежней редакции лицо считалось привлеченным к ответственности с момента вынесения об этом решения налогового органа, если эта презумпция не опровергалась в связи с удовлетворением судом иска налогового органа о взыскании налоговой санкции либо в связи с добровольной уплатой налогового штрафа.

Последующее развитие налогового законодательства связано с постепенным сужением границ предварительного судебного контроля в производстве по делам о налоговых правонарушениях, а с 1 января 2007 г. НК РФ предусматривает преимущественно внесудебный порядок взыскания налоговых санкций с организаций и индивидуальных предпринимателей. Следует заметить, что НК РФ не содержит прямой нормы, определяющей порядок взыскания налоговых санкций. Вместе с тем, в соответствии с п. 1 ст. 104 НК РФ, налоговый орган обращается в суд с иском о взыскании налоговой санкции после вынесения решения о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения физического лица, не являющегося индивидуальным предпринимателем, или в иных случаях, когда внесудебный порядок взыскания налоговых санкций не допускается.

Это позволяет рассматривать в качестве основного именно внесудебный порядок взыскания штрафов. К тому же п. 1 ст. 115 НК РФ указывает на возможность обращения в суд с иском о взыскании штрафов с организаций и индивидуальных предпринимателей в порядке и в сроки, предусмотренные ст. 46–47 НК РФ. Напомним, что указанные статьи регламентируют порядок взыскания налогов, сборов, пеней и штрафов с организаций и индивидуальных предпринимателей и связывают обращение в суд за взысканием соответствующих сумм с пропуском налоговым органом двухмесячного срока на принятие самостоятельного решения о их взыскании. В свою очередь, ч. 2 п. 1 ст. 115 НК РФ содержит специальное положение об определении срока подачи налоговым органом в суд искового заявления о взыскании штрафа с организации или индивидуального предпринимателя в случаях, предусмотренных подп. 1–3 п. 2 ст. 45 НК РФ, т. е. в тех случаях, когда предусмотрен исключительно судебный порядок взыскания недоимки по налогу.

Приведенные положения Налогового кодекса РФ, истолкованные в их взаимосвязи, позволяют утверждать, что с 1 января 2007 г. исключительно судебный порядок взыскания налоговых санкций установлен для тех же случаев, для которых предусмотрен исключительно судебный порядок взыскания недоимок по налогам. В остальных случаях налоговый орган

вправе осуществить взыскание налоговой санкции во внесудебном порядке, независимо от ее размера.

Допуская существование внесудебного порядка взыскания налоговых санкций, законодатель исключил из п. 6 ст. 108 НК РФ положение, в соответствии с которым виновность лица в совершении налогового правонарушения могла быть установлена только вступившим в законную силу решением суда. Новая редакция п. 6 ст. 8 НК РФ сохранила лишь общее указание на то, что лицо считается невиновным в совершении налогового правонарушения, пока его вина не будет доказана в предусмотренном федеральном законом порядке.

Таким образом, неисполнение налогоплательщиком (организацией или индивидуальным предпринимателем) в установленный срок предьявленного ему на основании вступившего в законную силу решения о привлечении к ответственности требования об уплате налоговых недоимок, пеней по ним и налоговых санкций влечет, по общему правилу, вынесение налоговым органом в соответствии со ст. 46 НК РФ единого решения о взыскании с налогоплательщика соответствующих сумм за счет денежных средств на его счетах, а в случае их недостаточности — о взыскании этих сумм за счет иного имущества налогоплательщика в порядке ст. 47 НК РФ.

Утрата в большинстве случаев такой действенной гарантии прав привлекаемого к ответственности лица, как предварительный судебный контроль за законностью и обоснованностью применения налоговых санкций по решению налоговых органов, потребовала усиления соответствующих гарантий в рамках процедуры рассмотрения дела и вынесения по нему решения. Это предопределило установление с 1 января 2007 г. развернутой правовой регламентации стадии рассмотрения дела о налоговом правонарушении, а также прямое закрепление в п. 14 ст. 101 НК РФ тех нарушений процедуры, которые признаются существенными и являются безусловным основанием для отмены решения о привлечении к ответственности вышестоящим налоговым органом или судом.

Таким образом, в настоящее время налоговое законодательство ориентировано на такой подход к регламентации производства по делам об имущественных налоговых правонарушениях, который основывается на его слиянии с процедурой принудительного взыскания налоговых недоимок и пеней по ним, образуя, по сути, единую процедуру компенсации имущественных потерь публичного субъекта в связи с недопоступлением в бюджетную систему налогов и сборов, обусловленным налоговым правонарушением. Заметим, что если неуплата или неполная уплата налоговых платежей была выявлена в ходе налоговой проверки, даже если она не была связана с совершением налогового правонарушения, восстановление имущественной сферы публичного субъекта осуществляется в рамках той же процедуры, но на основе вынесения решения об отказе в привлечении к ответственности за налоговое правонарушение.

Следует обратить внимание на то, что ст. 101 НК РФ, исходя из ее наименования, регламентирует именно вынесение решения по результатам налоговой проверки. А п. 1 ст. 101 НК РФ предусматривает необходимость рассмотрения руководителем (заместителем руководителя) материалов налоговой проверки, в ходе которой были выявлены нарушения законодательства о налогах и сборах, но не требует, чтобы речь шла о выявлении фактов налоговых правонарушений. В свою очередь, п. 1 ст. 100 НК РФ требует обязательного составления акта по результатам выездной налоговой проверки, а п. 2 той же статьи говорит о необходимости составления акта по результатам камеральной проверки в случае выявления нарушений

законодательства о налогах и сборах, также не делая специального указания на выявление именно налоговых правонарушений. И только ст. 101.4 НК РФ, в порядке которой рассматриваются дела о налоговых правонарушениях, выявленных в ходе иных мероприятий налогового контроля (за исключением правонарушений, предусмотренных ст. 120, 122, 123 НК РФ), с позиции законодателя регулирует производство по делу о предусмотренных НК РФ налоговых правонарушениях.

Не оспаривая в целом допустимость использования единой налоговой процедуры восстановления имущественной сферы публичного субъекта, понесшего потери в результате совершения обязанными субъектами налоговых отношений имущественных налоговых правонарушений, нельзя не отметить, что присутствие в ней юрисдикционных элементов требует особого внимания к ее правовой регламентации. При этом необходимо учитывать подчас двойственную природу тех процессуальных актов, которые получают свое оформление в рамках такой смешанной процедуры.

В частности, как уже отмечалось выше, решение о привлечении к ответственности, фиксируя факт наличия недоимки по налогу, становится не только актом применения к нарушителю налоговой санкции, но и основанием для направления налогоплательщику требования об уплате недоимки, возникшей вследствие нарушения, а также начисленных на нее пеней. В свою очередь, выносимое в случае неисполнения налогового требования решение о взыскании является актом принудительного исполнения налоговой обязанности в части взыскания недоимки и пеней, а также актом обращения к исполнению решения налогового органа о привлечении лица к ответственности за налоговое правонарушение в части взыскания налоговой санкции. Поэтому если необходимость вынесения такого решения в первом качестве не вызывает сомнений, то принятие его в целях взыскания налоговой санкции само по себе не имеет особого смысла, хотя и обеспечивает единство процедуры в целом.

Известную обеспокоенность в связи с внедрением единой процедуры вызывает ситуация, сложившаяся в отношении сроков давности привлечения к ответственности за налоговые правонарушения и взыскания налоговых штрафов. Так, в соответствии с правовой позицией Конституционного Суда РФ, изложенной в Постановлении от 14 июля 2005 г. № 9-П, в рамках прежнего правового регулирования следовало исходить из согласованного применения соответствующих сроков. Срок давности привлечения к ответственности, исчисляемый, по общему правилу, с момента совершения правонарушения, должен был считаться соблюденным, если до момента его истечения составлен акт налоговой проверки, фиксирующий выявленный налоговым органом факт правонарушения. Исчисление же этого срока на момент принятия решения о привлечении лица к ответственности за налоговое правонарушение должно было иметь место в тех случаях, когда составление акта с отражением в нем факта правонарушения налоговое законодательство не требует. В свою очередь, именно с составлением акта налоговой проверки (либо с вынесением решения о привлечении к ответственности за налоговое правонарушение, если отсутствует требование о составлении акта) Конституционный Суд РФ связал начало течения срока давности взыскания налоговой санкции.

В рамках нового подхода законодатель унифицирует течение сроков исковой давности взыскания недоимки и пеней по налогу и взыскания налоговой санкции. В связи с этим срок давности привлечения к ответственности за налоговое правонарушение и срок исковой давности взыскания налоговой санкции оказываются разорванными во времени

и непосредственно не привязанными друг к другу. Так, срок давности привлечения к ответственности не должен истечь на момент вынесения налоговым органом соответствующего решения. Такое решение, принятое по итогам налоговой проверки, вступает в силу по истечении 10 дней с момента его вручения лицу, в отношении которого оно вынесено. В течение последующих 10 дней налоговый орган должен направить налогоплательщику требование об уплате налога, пеней и штрафа. При этом срок на исполнение требования определяется налоговым органом самостоятельно, но не может составлять менее 10 дней. И только по истечении этого срока начинает отсчитываться срок исковой давности взыскания налоговой санкции, так же как и срок исковой давности взыскания налога и пеней.

Очевидно, что при таком подходе от момента совершения налогового правонарушения до момента вынесения решения о взыскании штрафа в рамках единого решения о взыскании может пройти срок, превышающий сумму сроков давности привлечения к ответственности и исковой давности взыскания налоговой санкции. Причем величина такого превышения будет зависеть, в частности, от соблюдения налоговым органом сроков вручения решения о привлечении к ответственности лицу, в отношении которого оно вынесено, и направления на основании вынесенного решения требования об уплате налога, пеней и штрафа, а также от установленного в требовании срока на его исполнение. Все это свидетельствует о том, что проблема правового регулирования сроков давности в производстве по делу о налоговом правонарушении требует пристального внимания в целях выработки соответствия этого регулирования в том или ином его истолковании конституционным требованиям.

В процессе регулирования процедуры привлечения к ответственности за имущественные налоговые правонарушения необходимо учитывать, что такая ответственность в значительной мере носит восстановительный характер, а ее применение предваряется выявлением в рамках строго регламентированных налоговым законом проверок размера финансовых потерь, понесенных публичным субъектом в результате нарушения. В связи с этим важно сохранить установленный законодателем при регулировании этих проверок уровень гарантий защиты имущественных прав налогоплательщиков также и в рамках рассмотрения материалов таких проверок, в том числе завершающегося привлечением проверяемого лица к ответственности за те или иные имущественные налоговые правонарушения.

Прежде всего речь идет о необходимости сохранения соответствующего уровня гарантий в связи с возможностью проведения в рамках рассмотрения дела дополнительных мероприятий налогового контроля. Не вызывает сомнений, что принятие руководителем налогового органа в процессе рассмотрения материалов проверки решения о проведении дополнительных мероприятий налогового контроля не может привести к фактическому возобновлению завершенной налоговой проверки в отношении привлекаемого к ответственности лица. Поэтому в целях повышения гарантий его прав п. 6 ст. 101 НК РФ приводит исчерпывающий перечень дополнительных мероприятий налогового контроля в рамках производства по делу о налоговом правонарушении, выявленном в ходе налоговой проверки. Речь идет об истребовании документов в соответствии со ст. 93 и 93.1 НК РФ, допросе свидетелей и проведении экспертизы.

Более того, представляется, что имеются основания для постановки вопроса о необходимости учитывать при назначении мероприятий дополнительного налогового контроля то, к какому виду относится проверка, материалы которой находятся на рассмотрении руководителя налогового

органа (его заместителя). Так, если речь идет о рассмотрении материалов камеральной налоговой проверки, то вряд ли при принятии решения о проведении мероприятий дополнительного налогового контроля может быть оставлено без внимания то обстоятельство, что Налоговый кодекс РФ в редакции, действующей с 1 января 2007 г., существенно ограничивает возможности налогового органа по истребованию у проверяемого налогоплательщика дополнительных документов и сведений. Пункт 7 ст. 88 НК РФ содержит прямой запрет на истребование таких документов и сведений в рамках камеральной налоговой проверки, если иное не предусмотрено настоящей статьей или если предоставление таких документов вместе с налоговой декларацией (расчетом) не предусмотрено Налоговым кодексом.

Непринятие во внимание руководителем, рассматривающим материалы камеральной налоговой проверки, соответствующих ограничений ст. 88 НК РФ при вынесении решения о проведении дополнительных мероприятий налогового контроля фактически привело бы к утрате правового смысла в закреплении таких ограничений, поскольку они всегда могли бы быть преодолены налоговым органом на стадии рассмотрения материалов соответствующей проверки. Поэтому представляется, что должно обеспечиваться согласованное применение положений НК РФ, регулирующих, с одной стороны, процедуру рассмотрения материалов налоговой проверки и, с другой стороны, саму процедуру такой проверки. Такое согласование должно быть направлено на недопущение возможности дезавуирования налоговым органом при рассмотрении материалов проверки тех гарантий защиты имущественных прав налогоплательщиков, которые установлены налоговым законом на этапе проведения соответствующих проверок.

В заключение отметим, что, несмотря на предпринятую в данном исследовании попытку интерпретировать новые подходы законодателя к определению критериев разграничения производств по делам о налоговых правонарушениях как нацеленные на учет специфики имущественных налоговых правонарушений, налоговое законодательство все же не позволяет со всей однозначностью подтвердить этот вывод. Проблема заключается в том, что в основу разграничения соответствующих процедур законодатель кладет все же не объект, а именно способ выявления налогового правонарушения, различая в ст. 100.1 НК РФ нарушения, выявленные в ходе налоговых проверок и иных мероприятий налогового контроля.

При этом отдельные правонарушения, не влекущие финансовых потерь в публичного субъекта, могут быть совершены как в связи с проведением в отношении соответствующих лиц налоговой проверки, так и вне такой связи. Например, налогоплательщик может не представить истребуемые налоговым органом документы как при проведении выездной налоговой проверки, так и при проведении за рамками такой проверки дополнительных мероприятий налогового контроля. И в том и в другом случае в его действиях обнаруживается состав налогового правонарушения, предусмотренного ст. 126 НК РФ. Но если признать, что в первом случае, в отличие от второго, нарушение выявлено в ходе налоговой проверки, то это приведет к выводу о возможности привлечения одного и того же лица к ответственности за совершение правонарушений, имеющих одинаковый состав, в порядке различных процедур производства по делу о налоговом правонарушении.

Вряд ли такое положение дел можно признать допустимым, поскольку различия в процедурах привлечения к публичной ответственности не могут

являться следствием произвольного усмотрения законодателя, а должны предопределяться факторами объективного характера. Во всяком случае, представляется, что под налоговыми правонарушениями, выявленными в ходе налоговых проверок, следует понимать нарушения, которые были обнаружены именно вследствие проведения контрольных мероприятий, осуществляемых в соответствии с налоговым законом в рамках соответствующей налоговой проверки. Иными словами, это не те нарушения, выявление которых совпадает по времени с проведением соответствующей проверки, а те, которые были выявлены благодаря ее проведению. С этих позиций непредставление налогоплательщиком документов, запрошенных налоговым органом в связи с проведением в отношении него налоговой проверки, может рассматриваться как выявленное не в ходе проведения проверки, а в связи с ее проведением, в рамках контроля за соблюдением срока представления документов по требованию налогового органа.

Вместе с тем следует признать, что такое толкование также не позволяет разрешить всех проблем выбора подлежащей применению процедуры на основе предложенного законодателем критерия. Так, возникают вопросы и о выборе процедуры производства по делам о непредставлении налоговой декларации (ст. 119 НК РФ), которое может быть выявлено как в ходе выездной налоговой проверки, так и в ходе текущего контроля налоговых органов за соблюдением сроков представления соответствующих деклараций. Такой контроль не охватывается понятием камеральной проверки, которая в силу ст. 88 НК РФ и с учетом сложившейся арбитражной судебной практики не может иметь места до представления в налоговый орган налоговой декларации.

Однако следует напомнить, что штраф за непредставление налоговой декларации установлен ст. 119 НК РФ в процентах от суммы налога, подлежащей уплате (доплате) на основе этой декларации. В связи с этим Конституционный Суд РФ в Постановлении от 14 июля 2005 г. № 9-П отнес предусмотренное этой статьей налоговое правонарушение к категории нарушений, непосредственно связанных с недополучением государством налогов и сборов либо создающих непосредственную угрозу такого недополучения. При этом точно определить размер подлежащей уплате (доплате) на основе этой декларации суммы налога для целей исчисления размера налоговой санкции без проведения налоговой проверки не представляется возможным. Все это свидетельствует, на наш взгляд, о необходимости закрепления положения, предопределяющего рассмотрение дел о нарушении ст. 119 НК РФ в порядке ст. 101 НК РФ.

Возникают вопросы и относительно толкования положения ст. 101.1 НК РФ в части, исключающей рассмотрение в порядке ст. 101.4 НК РФ дел о налоговых правонарушениях, предусмотренных ст. 120, 122 и 123 НК РФ. Дело в том, что в НК РФ отсутствует норма, позволяющая утверждать, что в случае выявления таких нарушений в ходе иных мероприятий налогового контроля рассмотрение дел может осуществляться в соответствии со ст. 101 НК РФ. Тем более что такой порядок предусматривает вынесение решения по результатам налоговой проверки.

Возможны также случаи выявления неуплаты (неполной уплаты) налогов физическими лицами, не являющимися индивидуальными предпринимателями, в отношении которых проведение выездных налоговых проверок хотя прямо и не запрещено, но чаще всего не реализуемо. Если таким физическим лицом не будет уплачен налог с доходов, подлежащих налоговому декларированию, и при этом им будет не исполнена также обязанность по представлению налоговой декларации, то в отношении этого

лица станет невозможной и камеральная налоговая проверка. Выявление таких нарушений чаще всего происходит на основе получения налоговым органом информации от третьих лиц либо при их проверке. Однако прямого ответа относительно процессуальных оснований для привлечения правонарушителей к ответственности в этих случаях Налоговый кодекс РФ не дает.

Таким образом, новый подход законодателя к разграничению производств по делам о налоговых правонарушениях не обеспечивает во всех случаях определенности в решении вопроса о выборе подлежащей применению процедуры. Представляется, что многие проблемы могут быть сняты, если в основу разграничения производств положить не субъект правонарушения или взаимосвязь выявления нарушения с проведением налоговой проверки, а объект налогового правонарушения. Именно дела об имущественных налоговых нарушениях, размер налоговых санкций за которые предопределяется размером подлежащих исполнению публичных имущественных обязательств, требуют применения при их рассмотрении особой процедуры производства, которая обеспечила бы надлежащий уровень гарантий прав привлекаемого к ответственности лица.

В свою очередь, производство по делам о нарушении установленного порядка управления в налоговой сфере, имеющего административно-правовой характер, независимо от того, каким субъектом оно совершено и связано ли его совершение и обнаружение с проведением камеральных или выездных налоговых проверок, может осуществляться в порядке, аналогичном порядку производства по делам об административном правонарушении.

АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ РАЗМЕЩЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО ЗАКАЗА

М. Н. КУДИЛИНСКИЙ*

С момента вступления в силу Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»¹ (далее — Закон о размещении заказов) в целом решены первичные организационные задачи: возникла система уполномоченных и контрольных органов в сфере размещения государственного заказа, отработан механизм государственного контроля, сложилась обширнейшая правоприменительная и отчасти юрисдикционная практика, наработаны вертикальные и горизонтальные управленческие связи, в основном преодолен дефицит квалифицированных кадров (за счет возрастания опыта существующих и обучения новых сотрудников), устранены очевидные недостатки самого закона.

Стабилизация законодательства и правоприменительной практики позволяет теоретически осмыслить относительно новые для российской системы государственного управления процедуры.

Тендерные процедуры активно использовались в Советской России и СССР в период нэпа и по своему содержанию принципиально не отличались от современных. Так, в Положении о государственных подрядах и поставках, утвержденном Центральным Исполнительным Комитетом и Советом Народных Комиссаров Союза ССР 27 июля 1923 г.,² содержатся положения, абсолютно аналогичные сегодняшним: необходимость образования особой торговой комиссии; возможность квалификационного отбора участников, носящая, впрочем, факультативный характер; необходимость опубликования извещения в официальном печатном издании; подробное описание в извещении процедуры и сроков проведения конкретных торгов; представление заявок в запечатанных пакетах или по телеграфу (практически, электронные торги); значительная, но не всегда решающая роль цены как критерия отбора. При этом видно, что предметом регулирования является в первую очередь деятельность государственных органов и организаций, что однозначно свидетельствует об отнесении нормативного акта к источникам публичного права.

С начала 1930-х годов у государства отсутствовала необходимость в системном правовом регулировании тендерных процедур, что в принципе не исключало проведение государственных конкурсов по конкретным вопросам, особенно в сфере научно-исследовательских и опытно-конструкторских разработок.

* Кудилинский Михаил Николаевич — к. ю. н., доцент, кафедра государственного и административного права юридического факультета СПбГУ.

© М. Н. Кудилинский, 2009

¹ СЗ РФ. 2005. № 30. Ст. 3105.

² Вестник ЦИК, СНК и СТО. 1923. № 3. Ст. 54.

Положение об организации закупки товаров, работ и услуг для государственных нужд, утвержденное Указом Президента РФ от 8 апреля 1997 г. № 305 «О первоочередных мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд»,³ при всех своих недостатках, содержало достаточно продуманные, а главное — исполнимые и внутренне непротиворечивые процедуры. Это тот случай, когда правовой акт не достиг цели не в силу своих недостатков, а в связи с общим состоянием исполнительской дисциплины. В данном Положении регулировались и весьма подробно, права и обязанности государственных заказчиков, тогда как правовое положение поставщиков, исполнителей, подрядчиков затрагивалось исключительно в контексте проводимых государством процедур. Регулирование осуществлялось не в интересах развития субъективного права на участие в экономической деятельности или защиты частных субъектов от неправомерного государственного воздействия, а в целях предотвращения коррупции и сокращения бюджетных расходов, что следует из наименования Указа.

Эта же тенденция сохранилась и в действующем законодательстве о размещении государственного заказа, что позволяет отнести данные вопросы к системе административного права, пусть и смежной с правом гражданским и финансовым (бюджетным). Публично-правовая природа размещения государственного заказа представляется очевидной.

Властный характер размещения государственного заказа неразрывно связан с конечной целью каждой процедуры такого рода — закупкой конкретного товара, работы или услуги и выбором наилучшего поставщика исполнителя, подрядчика для государственных нужд. Закупка конкретного товара, работы или услуги, в свою очередь, представляет собой отдельное административное дело.

С процессуально-процедурной точки зрения размещение государственного заказа представляет собой совокупность взаимосвязанных действий уполномоченных органов, должностных лиц, а также специальных коллективных субъектов, в том числе издание актов управления, совершаемых от имени публично-территориального образования.

В связи с этим размещение государственного заказа представляет собой отдельное административное производство, занимающее промежуточное положение между финансовым обеспечением государственных нужд (сфера финансового права) и непосредственным участием государства в гражданском обороте (сфера гражданского права). На практике размещение государственного заказа охватывает деятельность органов государственной власти и получателей средств бюджета с момента принятия решения о необходимости закупки товаров, работ, услуг для государственных нужд до момента заключения государственного контракта включительно, а также отдельные вопросы, связанные с изменением государственного контракта.

Размещение государственного заказа как административное производство основывается на следующих принципах.

1. Принцип целенаправленности. Целью является не принятие управленческого решения, а закупка товара, работы или услуги для государственных нужд. По результатам осуществления процедуры публично-территориальное образование получает определенные блага в вещественной или иной форме. У размещения заказов не может б

³ СЗ РФ. 1997. № 15. Ст. 1756.

отрицательного результата. Разумеется, процедуры могут проводиться с нарушениями и отменяться, уполномоченные органы и комиссии могут прекратить процедуру по различным основаниям. Однако эти обстоятельства, весьма значимые в процессуальном отношении, не отменяют потребности публично-территориального образования в товарах, работах или услугах. Именно эта объективно существующая потребность обуславливает необходимость проведения (или возобновления) процедур.

Размещение заказа, по общему правилу, может не состояться только в связи с устранением потребности в товарах (работах, услугах) или в связи с окончанием бюджетного года и истечением лимитов. Если же совершенные действия не привели к закупке искомых благ, размещение заказа не прекращается, а продолжается посредством новых процедур.

2. Принцип непрерывности процедуры размещения заказов. Процедуры проходят последовательно, одна за другой, с минимальными временными перерывами. Это обеспечивает относительную оперативность в размещении заказов и отчасти гарантирует от злоупотреблений, поскольку оперативное осуществление процедур и обнародование их результатов препятствует грубым фальсификациям.

3. Принцип гласности и открытости размещения заказов. Речь идет о транспарентности процедур для участников размещения заказов и для общества в целом. Информация о факте совершения закупок, а также о подавляющем большинстве процедур размещения заказов сообщается в Интернете; кроме того, производится аудиозапись важнейших процедур размещения заказов, например вскрытия конвертов. Впрочем, доступность информации не сказывается решающим образом на проблеме коррупции при осуществлении государственных закупок.

4. Принцип эффективности и экономности использования бюджетных средств. Это один из принципов российской бюджетной системы, и применительно к размещению заказов он приобретает особую актуальность. Сокращение бюджетных расходов — одна из декларируемых задач внедрения тендерных процедур в систему государственных закупок. Размер экономии бюджетных средств при размещении государственного заказа быстро стал одним из основных показателей эффективности расходования бюджетных средств. Впрочем, достаточно быстро был найден способ искусственного улучшения показателей: увеличение начальной цены контракта позволяет поднимать уровень экономии бюджетных средств практически неограниченно. Опасность состоит в том, что увеличение начальной цены даже при условии абсолютно честного проведения тендера задает неправильный ценовой ориентир для участников размещения заказа. Достижение «бумажной» экономии косвенно ведет к увеличению расходов. Кроме того, экономия бюджетных средств сама по себе может представлять организационную проблему: сэкономленные средства необходимо расходовать на основе все тех же весьма длительных тендерных процедур, к тому же зачастую приходится находить новые объекты для приложения средств, поскольку утвержденные на год адресные программы оказываются выполненными, а изменение этих программ требует повторных межведомственных согласований. Далее, размер сэкономленных средств становится понятен не ранее конца третьего квартала, когда времени до конца финансового года достаточно только для проведения процедур, но не для исполнения государственного контракта (по общему правилу, авансирование запрещено и оплата осуществляется после поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг).

5. Принцип сочетания коллегиальности и единоначалия. Законодатель явно предпочитает в сфере государственных закупок коллегиальные решения индивидуальным, исходя при установлении схемы размещения государственного заказа из необходимости разделения субъекта, принимающего решение о поставщике, исполнительном подрядчике, и субъекта, подписывающего государственный контракт. Формально ключевые решения принимаются комиссиями по размещению государственного заказа.

Конструкция комиссии по размещению государственного заказа, независимой от руководителя организации, достаточно перспективна. Однако на практике такая независимость в большинстве случаев не достигается. Формально комиссия — самостоятельный субъект, принимающий независимые решения и выступающий отдельной стороной при рассмотрении дел юрисдикционными органами. Однако комиссии по размещению государственного заказа создаются руководителями организаций, и в их независимость могут поверить только очень большие оптимисты. Впрочем, Закон о размещении заказов предусматривает возможность существования специально уполномоченных органов, которые осуществляют тендерные процедуры по заявкам других органов и организаций. В этом случае комиссии могут быть реально независимыми, однако возникает комплекс организационных и сугубо бюрократических сложностей, связанных с формулированием заявок на закупку товаров, работ, услуг и их трансформацией в конкурсную документацию. Кроме того, с отраслевых органов исполнительной власти и бюджетных учреждений при такой схеме фактически снимается ответственность за состояние дел в соответствующей сфере. Любые недоработки и ошибки с легкостью могут быть объяснены действиями нерадивого поставщика, исполнителя, подрядчика.

Как и любое административное производство, размещение государственного заказа может быть разделено на несколько стадий, тем более что оно непосредственным образом вытекает из законодательства о размещении заказов.

Первой стадией следует считать планирование государственных закупок органом исполнительной власти или бюджетным учреждением. Эта стадия может быть неформализованной, но она существует и не может полностью отождествляться с бюджетным планированием. Лимиты бюджетных обязательств и сметы бюджетных учреждений устанавливают распределение исключительно по статьям бюджетной классификации, поэтому уполномоченное должностное лицо должно определить очередность осуществления закупок, а также перечень объектов, на которые будут израсходованы бюджетные средства. Даже если такая очередность не закреплена специальным правовым актом, она фактически существует. Именно на этой стадии определяется потребность в товарах, работах, услугах в натуральном выражении и, соответственно, начальная цена контрактов. Данная стадия регулируется не Законом о размещении заказов, а ведомственными нормативными актами, законодательством субъектов Российской Федерации, или вовсе не регулируется и остается на усмотрение руководителя органа или организации.

Вторая стадия — это утверждение руководителем организации или иным уполномоченным лицом конкурсной или аукционной документации, извещения о проведении запроса котировок. Именно на этой стадии происходит возбуждение административного дела по закупке товаров, работ, услуг для государственных нужд.

Руководитель прежде всего выбирает способ размещения заказа, хотя в большинстве случаев способ предопределен предметом и суммой закупки.

Происходит определение начальной цены государственного контракта, если это не было сделано на стадии планирования государственных закупок.

Требования Закона о размещении заказов к соответствующей документации на первый взгляд очень строги и не позволяют установить преимуществ в отношении конкретных организаций. На деле речь идет о необходимости включения в документацию некоторого количества формальных позиций. Характерным является постепенное расширение сферы применения аукционов, в рамках которых лоббирование интересов конкурсных участников объективно затруднено, хотя и не является принципиально невозможным.

Утверждение документации — важнейший этап размещения заказа. Документация фактически задает если не конкретного победителя, то очень ограниченный круг организаций, способных претендовать на участие или победу в конкурсе или аукционе. При этом уполномоченное должностное лицо обязано лишь соблюсти формальные требования Закона о размещении заказов, за эффективность и рациональность требований документации оно ответственности не несет. С этой стадии все действия осуществляются гласно, а результаты принятых решений размещаются в Интернете.

Третья стадия — это первичный отбор участников торгов или запроса котировок. Участники направляют свои заявки, а уполномоченная комиссия по размещению государственного заказа проверяет полученные материалы на предмет соответствия формальным требованиям и принимает решение о допуске или отказе в допуске лица к конкурсу или аукциону. Это первая стадия, в которой участвует комиссия по размещению заказа. В случае запроса котировок эта стадия сводится к подаче заявок, специальная процедура допуска отсутствует.

Данная стадия строго формализована. Комиссии лишь применяют документацию, у них фактически нет выбора. В каждом конкретном случае закон предписывает единственный вариант поведения, а сжатые сроки не позволяют производить запросы дополнительных документов и сведений.

Четвертая стадия — собственно конкурс (официально эта стадия именуется «оценка и сопоставление заявок»; при запросе котировок используется упрощенная процедура конкурса) или аукцион. Аукцион при государственных закупках проводится по универсальной, опробованной веками процедуре с аукционистом и фиксированным шагом или в электронной форме. Стадия заканчивается составлением протокола, размещением его в Интернете и направлением его государственному заказчику в лице руководителя организации или уполномоченного им лица.

Третья и четвертая стадии представляют собой сложное и многоэтапное рассмотрение административного дела.

Пятая стадия — обжалование результатов размещения заказов — является факультативной. Наличие крайне оперативной внесудебной юрисдикционной процедуры рассмотрения жалоб в сфере размещений государственного и муниципального заказа является безусловной удачей законодателя. Рассмотрение жалобы фактически осуществляется в режиме состязательного процесса.

Шестая стадия — заключение государственного контракта. У государственного заказчика нет возможности отказаться от подписания государственного контракта, если имеется решение уполномоченной комиссии, а победитель соблюдает порядок заключения контракта.

Шестая и отчасти четвертая стадии представляют собой принятие решения по административному делу.

Седьмая стадия — исполнение государственного контракта — не относится непосредственно к размещению заказов, однако отдельные аспекты этой стадии неразрывно связаны с процедурой размещения. Важной особенностью действующей системы государственных закупок является ориентация на неизменность условий государственных контрактов. Логика законодателя понятна: участник конкурса может заявлять выгодные для заказчика, но заведомо невыполнимые условия, а затем, в ходе исполнения контракта, изменять их под благовидными предложениями. Более того, при заключении государственного контракта стороны не могут отступить от условий, обозначенных в проекте государственного контракта в конкурсной документации. ГК РФ формально предусматривает возможность составления протокола разногласий, однако это не имеет смысла. Принимая участие в конкурсе, аукционе или запросе котировок, организация соглашается с предложенными условиями. Изменение условий государственных контрактов допускается исключительно в пределах 10 % от объема товаров и работ по контракту, а также в случае изменения бюджетного финансирования. Допускается также расторжение контракта по соглашению сторон. Однако на практике возникает необходимость расторгать государственный контракт или изменять его условия по иным основаниям. Например, в случае, если заказчик не нуждается более в товарах, работах, услугах по заключенному государственному контракту, можно рассчитывать только на добрую волю контрагента расторгнуть контракт полностью или в части. Закрепление в государственных контрактах положений о поставке товаров по заявкам заказчика не спасет последнего от возможных претензий. Кроме того, в течение года цена на товары меняется, а Закон о размещении заказов требует устанавливать твердую цену. Можно данные проблемы считать несущественными, но многие организации (например, топливные компании) даже при наличии контрактов повсеместно отказываются поставлять топливо по ценам ниже текущих. Угроза включения в реестр недобросовестных поставщиков, как показала практика, не является действенной мерой.

При всей своей специфике размещение государственного заказа как административное производство укладывается в общую процессуально-процедурную схему: возбуждение административного дела, рассмотрение дела, вынесение решения по делу и обжалование решения.

**АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ
ОРГАНИЗАЦИИ ОКАЗАНИЯ УСЛУГ
В СТРАНАХ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА:
ПРОБЛЕМЫ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ДИРЕКТИВЫ ОБ УСЛУГАХ
В НАЦИОНАЛЬНОМ ПРАВЕ (НА ПРИМЕРЕ ГЕРМАНИИ)**

Е. В. ГРИЦЕНКО

Регулирование организации оказания услуг на территории государств Евросоюза в праве ЕС. Договор об образовании Европейского сообщества в абз. 2 ст. 14 провозгласил экономическую основу объединения — единый рынок в пределах территории Европейского сообщества, а следовательно, Европейского союза, без учета внутренних границ государств-членов. Внутренний рынок Евросоюза (the Internal Market, der Binnenmarkt) базируется на следующих принципах — основных свободах:

1) свободное перемещение товаров (ст. 23 и след. Договора — *free movement of goods, der freie Warenverkehr*);

2) свобода трудовой миграции работников (ст. 39 и след. — *free movement of persons, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer*);

3) свободный выбор места предпринимательской деятельности: право на свободу осуществления предпринимательской деятельности в любом государстве Евросоюза, включая свободу организации собственного предприятия, филиала, представительства (ст. 43 и след. — *freedom of establishment, die Niederlassungsfreiheit*);

4) свободное перемещение услуг на территории государств Евросоюза (ст. 49 и след. — *free movement of services, der freie Dienstleistungsverkehr*), при этом гарантируется свобода организации филиалов и представительств, осуществляющих деятельность по оказанию услуг, на территории внутреннего рынка ЕС (ст. 55);

5) свободный оборот капитала и свобода взаиморасчетов (ст. 56 и след. — *free movement of capital and payments, der freie Kapital- und Zahlungsverkehr*).

В рамках реализации указанных принципов в последние годы издано значительное число актов «вторичного права ЕС». Особое место в ряду



Гриценко Елена Владимировна,
д. ю. н., профессор,
кафедра государственного
и административного права
СПбГУ

этих актов занимает Директива 2006/123/ЕГ Европейского парламента и Совета от 12 декабря 2006 г. об услугах на территории единого рынка ЕС (далее — Директива об услугах; Директива 2006/123),¹ создающая общие правовые рамки для государств-членов в целях устранения национальных ограничений и гармонизации условий и правил осуществления деятельности по оказанию услуг.

Юридическое значение Директивы. Директива как особый тип нормативного акта представляет собой одну из важнейших форм «вторичного права» ЕС. Соответственно ей присущи все общие признаки права Евросоюза. Как и акты ЕС в целом, директивы отличаются супранациональным характером.² Речь идет о «проникающем действии» актов ЕС в национальной правовой системе, их обязательности не только для государств — членов ЕС, но и для их элементов — субъектов федерации, а также территориальных коммунальных корпораций.

Принцип приоритета и непосредственного действия права Европейского союза нашел отражение в правоприменительной практике Суда Европейских сообществ, а также в национальной судебной практике государств — членов ЕС.³ Как первичное, так и вторичное право ЕС в случаях коллизии имеют преимущество перед национальным правом.

Вместе с тем директивы как акты вторичного права ЕС отличаются некоторыми особенностями. Согласно ст. 249 Договора об образовании Европейского сообщества (в редакции Амстердамского Договора), в которой описывается механизм действия актов «вторичного права» ЕС, директивы играют роль своего рода «рамочных законов». Непосредственность их действия ограничена. Они порождают обязанность государства-члена либо издать соответствующие предписания, либо действовать в соответствии с директивой. Таким образом, оказывается воздействие на национальную правовую систему. Обязательный характер директивы в соответствии с абз. 3 ст. 249 Договора ограничивается рамками поставленной в ней цели. Что касается форм и средств ее достижения, то решение этого

¹ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council on services in the internal market (Official Journal of the European Union L 376/36, 27. 12. 2006) / Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und der Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen in Binnenmarkt — DLRL (ABI. L. 376/36, 27. 12. 2006).

² О понятии супранациональности см.: Schweitzer M. Supranationalität // Katholisches Soziallexikon. München, 1980. Sp. 3006 ff.

³ Так, в Постановлении Суда ЕС от 5 февраля 1963 г. по делу 26/62 «Транспортная компания «van Gend & Loos» против Финансового Управления Нидерландов» обосновывается принцип непосредственного действия права Сообщества (EuGH 1963. S. 1 ff.); в Постановлении Суда Европейских сообществ от 15 июля 1964 г. по делу 6/64 «Фламинио Коста против E. N. E. L.» (EuGH 1964. S. 1251) сделан вывод о том, что право Сообщества, исходя из его приоритета, *вытесняет* все противоречащие ему национальные правовые предписания (см. также: EuGH 1988. S. 4689 / 4722). Развивая эту идею, Федеральный административный суд ФРГ (ФАС) уточнил: право Сообщества имеет над национальным правом приоритет в применении, т. е. противоречие не влечет признания недействительности национальных норм, однако национальное право в случае возникновения коллизии с правом Сообщества не подлежит применению (Постановление ФАС от 21 ноября 1990 г. по делу 3 С 77.87: о пошлинах за осуществление контроля качества продукции (Urteil des 3. Senats des Bundesverwaltungsgerichts v. 21. 11. 1990 — BVerwG 3 С 77.87: Gebühren für gesundheitsbehördliche Kontrolle von Drittlandimporten; Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber widerstrebendem nationalem Recht (BVerwGE 87. S. 154 ff)); см. об этом также: Jarras H. Konflikte zwischen EG-Recht und nationalem Recht vor den Gerichten der Mitgliedstaaten // DVBl. 1995. S. 958; Ipsen H. -P. Europäisches Gemeinschaftsrecht. Tübingen, 1972).

вопроса остается за теми государствами, которым адресована директива. Государство обязано реализовать поставленную задачу, но способ реализации выбирает самостоятельно — принятие закона, постановления, заключение международного договора и т. д.

Директива 2006/123 об услугах также предполагает определенную свободу государств — членов ЕС в процессе реализации их обязанности по имплементации Директивы в национальном праве. Она подлежит реализации в праве государств — членов ЕС до 28 декабря 2009 г.

Цели Директивы. Директива об услугах по своему воздействию на систему управления, административные процедуры и материальное право государств — членов ЕС представляет наиболее значимый акт вторичного права ЕС, принятый в рамках реализации рассчитанной на десять лет «лиссабонской стратегии», целью которой является «превращение Европейского союза в самое конкурентоспособное и динамичное экономическое пространство в мире, основанное на передовых научных достижениях».⁴

Целями Директивы являются:

— устранение ограничений, существующих в отдельных государствах — членах ЕС, в целях развития деятельности по оказанию услуг на охватывающей ныне 27 стран территории внутреннего рынка ЕС;⁵

— дальнейшая интеграция народов Европы;

— стимулирование сбалансированного (рационального) и устойчивого социально-экономического прогресса;

— достижение закрепленных в ст. 2 Договора об образовании ЕС целей, а именно обеспечение на территории Сообщества гармоничного, сбалансированного и устойчивого развития экономической жизни, высокого уровня занятости и социальной защиты, равноправия мужчин и женщин, устойчивого безынфляционного роста, высокой степени конкурентоспособности и конвергенции результатов хозяйственной деятельности, улучшения качества окружающей среды и качества жизни, экономического и социального единства и солидарности государств-членов.

Услуги — мотор экономического роста: доля сектора услуг в сфере производительной деятельности в большинстве государств-членов составляет 70 % (Германия, 2006 г. — 72 %); значительна (около 70 %) роль услуг и в создании национальной валовой стоимости. Так, в Германии рост сектора услуг с 1991 по 2006 г. составил более чем 570 млрд евро. Сектор услуг в наибольшей степени способствует решению проблем занятости населения. Только в Германии за 1991–2006 гг. в сфере услуг было создано более 5 млн новых рабочих мест.⁶

В то же время потенциал сферы оказания услуг используется пока далеко не в полной мере: свободный обмен услугами между государствами — членами ЕС не получил необходимого развития. Услуги занимают в среднем по Евросоюзу лишь 20 % в межгосударственном обмене результатами экономической деятельности (между государствами — членами ЕС).⁷ Причем в ряде стран ЕС, в частности в Германии, доля услуг

⁴ *Заключительные выводы* Совещания, Европейский Совет (Лиссабон), 23/24.03.2000 (Schlussfolgerungen des Vorsitizes, Europäischer Rat /Lissabon, 23/24.03.2000).

⁵ По состоянию на 1 января 2009 г.

⁶ Статистика приводится по данным Федерального Министерства экономики и технологий Германии (*Die neue europäische Dienstleistungsrichtlinie — Chance für den Wirtschaftsstandort Deutschland: Monatsbericht // Monatsbericht BMWi, 02/2007. S. 32*).

⁷ *Состояние внутреннего рынка ЕС в секторе оказания услуг: Доклад Комиссии Совету и Европейскому парламенту от 30 июля 2002 г.* (Der Stand des Binnenmarkts für

в общем объеме экспорта составляет еще меньше: от 14 до 15 % (2004 г. — 14,1 %).⁸

Директива распространяется только на производителей услуг, действующих на территории государства ЕС, и не затрагивает целый ряд сфер, названных в Преамбуле и в ст. 2 Директивы, в частности:

— межгосударственные переговоры внутри международных организаций о торговле услугами, которые регулируются рамочными (общими) соглашениями о торговле услугами;

— *публичные услуги, оказываемые во всеобщем интересе*, не подпадающие под действие ст. 50 Договора об образовании Европейского сообщества (в сферах транспорта, почтовой связи, предоставляемой государствами-членами помощи в социальной сфере на основе европейских предписаний о конкуренции);

— социальные услуги в сфере обеспечения социальным жильем, содержания и заботы о детях, поддержки семьи и нуждающихся лиц, оказываемые непосредственно государством на общенациональном, региональном или локальном уровнях, либо признанными государством учреждениями общего пользования;

— финансирование публичных услуг, финансовые и банковские услуги, обеспечение кредитов, страхование, ценные бумаги (Директива 2006/48/EG Европейского парламента и Совета от 14 июня 2006 г. об осуществлении деятельности кредитных институтов);⁹

— услуги в сфере электронной коммуникации, сети, учреждения и службы, регулирование которых осуществляется в специальных директивах ЕС (Директива 2002/19/EG от 7 марта 2002 г. о доступе к электронным коммуникационным сетям и их учреждениям;¹⁰ Директива 2002/20/EG от 7 марта 2002 г. о лицензировании электронных коммуникационных сетей и служб;¹¹ Директива 2002/21/EG от 7 марта 2002 г. об общих рамочных правовых условиях функционирования электронных коммуникационных сетей и служб;¹² Директива 2002/22/EG от 7 марта 2002 г. об универсальной службе и правах пользователей электронными коммуникационными сетями и службами;¹³ Директива 2002/58/EG от 12 июля 2002 г. об обработке персональных данных и охране частной жизни в сфере электронной коммуникации в редакции Директивы 2006/24/EG);¹⁴

— транспортные услуги, включая портовые службы, на которые распространяется действие раздела V Договора об образовании ЕС;

— медицинские услуги, независимо от способа их оказания; возмещение расходов в сфере предоставления медицинских услуг;

— услуги по найму рабочей силы;

— частные службы безопасности;

— аудиовизуальные услуги, включая поддержку аудиовизуального сектора;

Dienstleistungen: Bericht der Kommission an der Rat und an das Europäische Parlament / Kommission der EG, Brüssel, den 30.07.2002 / KOM (2002). 441 (http://www.dihk.de/inhalt/themen/branchen/dienstleistungen/untervz/binnenmarktstrategie_dienstleistungen.pdf).

⁸ См. подробнее: *Die neue europäische Dienstleistungsrichtlinie...* S. 32.

⁹ ABl. L. 177 vom 30.06.2006. S. 1.

¹⁰ ABl. L. 108 vom 24.04.2002. S. 7.

¹¹ Ibid. S. 21.

¹² Ibid. S. 33.

¹³ Ibid. S. 51.

¹⁴ ABl. L. 201 vom 31.07.2002. S. 37; ABl. L. 105 vom 13.04.2006. S. 54.

- игорный бизнес, азартные игры, включая лотереи и ставки;
- деятельность нотариусов и судебных исполнителей, назначаемых через государственные структуры;
- налоговую сферу, которая подвергается специальному регулированию на уровне права ЕС.

В то же время нельзя сказать, что все публичные услуги, оказываемые в общем экономическом интересе, не подпадают под действие Директивы. Эти услуги также производятся и оказываются в условиях рынка, хотя и в рамках выполнения особого публичного поручения (энерго-, газо- и водоснабжение, почтовые услуги). В связи с этим Директива распространяется на них частично, с определенными изъятиями. В частности, общие положения Директивы о пределах свободы оказания и перемещения услуг и недопустимости ее ограничения (ст. 16) не подлежат применению к данным услугам.

Директива 2006/123 об услугах подлежит реализации с учетом уже принятых и действующих нормативных актов ЕС, так или иначе затрагивающих свободу перемещения и оказания услуг в государствах ЕС. Среди указанных документов речь прежде всего идет о следующих:

— Директива 2005/36/EG Европейского парламента и Совета от 7 сентября 2005 г. о взаимном признании профессиональной квалификации,¹⁵ которая также затрагивает своим регулированием свободу оказания и перемещения услуг;

— Европейские нормативные акты в сфере защиты прав потребителей:

Директива 2005/29/EG Европейского парламента и Совета от 11 мая 2005 г. о недобросовестной деловой практике в отношениях между предпринимательскими структурами и потребителями на территории внутреннего рынка ЕС;¹⁶

Постановление № 2006/2004 Европейского парламента и Совета от 24 октября 2004 г. о сотрудничестве между общенациональными административными органами, ответственными за реализацию законодательства в сфере защиты прав потребителей.¹⁷

Основные задачи государств — членов ЕС по реализации Директивы. В процессе имплементации положений Директивы в национальном праве государства — члены Евросоюза должны решить следующие задачи:

1. Создание «единой инстанции» или «единого места обращения», «единого окна» (*points of single contact, einheitliche Ansprechpartner*) — единого органа (организации, учреждения), куда производители (исполнители) услуг могли бы обратиться для осуществления всех необходимых административных процедур и формальностей в рамках сферы действия Директивы (ст. 6–8 Директивы).

Согласно ст. 6 Директивы государства — члены ЕС обязаны обеспечить создание «единой инстанции», через которую производители услуг могли бы осуществить в случае необходимости требуемые разрешительные процедуры. Это, однако, не означает, что структура, выполняющая роль единой инстанции, сама совершает все необходимые действия, связанные с разрешительным производством — она лишь выступает в качестве координатора административных процедур. Кроме того, «единое место

¹⁵ ABI. L. 255 vom 30.09.2005. S. 22.

¹⁶ ABI. L. 149 vom 11.06.2005. S. 22.

¹⁷ ABI. L. 364 vom 9.12.2004. S. 1.

обращения» не предполагает также создания только одного подобного учреждения в каждом государстве — члене ЕС. Это зависит от особенностей национальной организации системы управления внутри каждого государства, в соответствии с которой государство может определить несколько «единых мест обращения». Однако каждое из них должно быть в состоянии осуществить возлагаемые на единую инстанцию функции.

2. Ревизия национального права (национальных нормативных актов) (*Screening*) — обязательство государства-участника исследовать все национальные правовые предписания, имеющие отношение к трансграничному обороту услуг и так или иначе пересекающиеся с предметом регулирования Директивы, с позиции соответствия положениям Директивы. В случае необходимости государства обязаны привести их в соответствие с Директивой (ст. 5, 9–16).

Речь идет прежде всего об оценке действующих национальных норм, регулирующих процесс организации оказания услуг и их производства, с точки зрения их «достаточной простоты» (абз. 1 ст. 5 Директивы). В целях создания предпосылок для реализации производителями услуг права на свободу выбора места осуществления предпринимательской деятельности государства — члены ЕС обязаны установить такие национальные административные разрешительные предписания, которые соответствовали бы четко закрепленной в Директиве системе критериев и устраняли бы возможные препятствия для реализации указанного права. Таким образом, Директива ориентирует на реформу национального законодательства об административных процедурах.

3. Создание эффективного, основанного на единой электронной информационной системе ЕС механизма транснационального сотрудничества в сфере управления и оказания ведомственной помощи, взаимно предоставляемой административными органами одних государств — членов ЕС другим.

Единое место обращения (Единая контактная инстанция). Обосновывая цель учреждения единого места обращения для производителей услуг в каждом государстве — члене ЕС, Александр Виндоффер, член экспертной группы Немецкого научно-исследовательского института публичного управления г. Шпайер по подготовке Заключения о направлениях имплементации Директивы об услугах в федеративной системе Германии,¹⁸ приводит красноречивый пример. В случае если директор агентства недвижимости, расположенного в Страсбурге (Франция), решит открыть представительство своей фирмы по другую сторону Рейна в Келе (земля Баден-Вюртемберг, Германия), ему придется пройти как минимум через 18 административных процедур.¹⁹

Согласно Директиве об услугах, «единая инстанция» должна взять на себя в первую очередь следующие функции:

— предоставление информации о том, какие материально- и процессуально-правовые требования необходимо соблюсти, чтобы открыть свое дело и осуществлять деятельность по оказанию услуг на законных основаниях. Данная обязанность расширяется в ст. 7 Директивы до обязанности

¹⁸ Актуализированную версию Заключения см.: *Ziekow J., Windoffer A.* (Hrsg.). Ein einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister. Anforderungen des Vorschlags einer EU-Dienstleistungsrichtlinie und Gestaltungsoptionen im föderalen System der BRD. Baden-Baden, 2007.

¹⁹ *Windoffer A.* Das System des einheitlichen Ansprechpartners // Die Umsetzung der DLRL — Chancen und Risiken für Deutschland / Hrsg. von Stefan Leible. Jena, 2008. S. 26–27.

по предоставлению сведений о правовой ситуации в государстве, где учреждена единая инстанция;

— содействие производителям услуг в осуществлении необходимых административных процедур в целях устранения длительного и затратного во всех отношениях хождения по многочисленным инстанциям. Согласно абз. 1 ст. 6 и ст. 8 Директивы производителям услуг в государствах — членах ЕС должна быть предоставлена возможность осуществления процедур, необходимых для открытия дела и развертывания деятельности по оказанию услуг, через эту контактную инстанцию, в том числе дистанционно и посредством использования систем электронной передачи информации, т. е. через информационно-телекоммуникационную сеть.

Субъекты обращения. «Целевая группа», которой предполагается оказать содействие в осуществлении административных процедур, охватывает в первую очередь производителей трансграничных услуг, оказываемых самостоятельно и регулярно на возмездной основе. При этом речь идет о предоставлении названным субъектам гарантий реализации на территории государства ЕС обеих закрепленных в Договоре об образовании Европейских сообществ основных свобод в сфере оказания услуг:

— путем избрания территории другого государства ЕС в качестве места расположения своей фирмы, предприятия, бюро, представительства (ст. 43 Договора);

— путем свободного перемещения услуг (ст. 49 и след.).

Трансграничный критерий может относиться к характеристике как самой услуги, так и производителей или потребителей услуг. Указанный признак оставляет за рамками действия Директивы отечественных производителей услуг — ремесленников, лиц, занятых торговыми промыслами, представителей свободных профессий. В численном отношении эта группа значительно превосходит производителей услуг, действующих трансгранично. Распространение на указанные категории производителей услуг мероприятий по содействию в осуществлении административных процедур зависит от принятия соответствующего внутригосударственного политического решения. В частности, в Германии по этому вопросу в большинстве земель найден консенсус: единая инстанция будет работать также для отечественных производителей услуг. По данным мониторинга состояния реализации положений Директивы о единой контактной инстанции в федеральных землях на 1 января 2009 г. в тринадцати землях либо уже достигнуто и подписано соглашение по этому поводу между органами и организациями, участвующими в создании единой инстанции, либо имеется соответствующее решение земельного Правительства. В землях Гессен, Нижняя Саксония и Саарланд вопрос об обслуживании через контактную инстанцию также германских предпринимательских структур находится пока в стадии обсуждения.²⁰

В то же время Директива не распространяется на производителей услуг, которые действуют в сферах, не включенных в предмет регулирования Директивы (ст. 2; также см. об этом выше).

Содержание деятельности единой инстанции: административные процедуры и формальности. Как было отмечено выше, полномочия единой инстанции в названной сфере сформулированы прежде всего в абз. 1 ст. 6 Директивы. Согласно указанным положениям, «государства —

²⁰ Einheitlicher Ansprechpartner — Stand der Umsetzung in den Ländern: DIHK-Kennstandsstand Januar 2009 (справка представлена Торговой палаты Гамбурга. Автор выражает благодарность руководителю правового управления Торговой палаты Гамбурга Кристиану Графу за оказанное содействие в сборе материалов для данной статьи).

члены ЕС должны обеспечить производителям (исполнителям) услуг возможность осуществления через единое место обращения следующих процедур и формальностей, а именно:

а) всех процедур и формальностей, необходимых для доступа к оказанию услуг, в частности таких как: декларирование, уведомление или подача заявлений о выдаче разрешений в компетентные административные органы, в том числе подача заявлений о включении в реестры, профессиональные списки или базы данных, либо о регистрации в профессиональных организациях или ассоциациях;

б) подачи заявлений о выдаче разрешений, необходимых для осуществления деятельности по оказанию услуг».

Основываясь на принципе эффективности «единой инстанции», предполагающем действенное упрощение как организации, так и осуществления деятельности по оказанию услуг, авторы, комментирующие положения Директивы, склоняются к расширительному толкованию полномочий единой инстанции, закрепленных в абз. 1 ст. 6. Акцент на процедуры, связанные с выдачей разрешений, не должен означать сужение компетенции единой инстанции. Абзац 1 ст. 6 Директивы следует воспринимать в системной взаимосвязи с положениями абз. 1 ст. 8, абз. 3 ст. 11, абз. 1 ст. 9, п. 54 преамбулы. В частности, в абз. 1 ст. 8 Директивы речь идет уже обо всех процедурах и формальностях, связанных с доступом к оказанию услуг и их осуществлением и реализуемых через единое место обращения.

Выдача разрешений представляет собой форму предварительного контроля со стороны административных органов. Это подтверждается самой «философией» Директивы. Так, устанавливая критерии, при которых может вводиться разрешительное производство, п. 54 преамбулы указывает на недискриминационный, необходимый и соразмерный характер требования о получении разрешения. Допустимость обязательных разрешительных процедур ставится в зависимость от эффективности последующего контроля. Отказ от процедуры выдачи разрешения трактуется как отказ от *предварительного контроля*. Эта идея получает дальнейшее развитие в положениях абз. 1 ст. 9, согласно которым установление требования о получении разрешения допустимо лишь при соблюдении следующих условий:

— требование не является для соответствующих производителей услуг дискриминационным (запрет дискриминации);

— требование обосновывается необходимостью защиты общего интереса (необходимость);

— если поставленная цель не может быть достигнута более мягкими средствами, поскольку, в частности, *последующий контроль* не является действенным в результате его отсроченного применения (соразмерность).

В то же время Директива предполагает вовлечение единой инстанции в процедуры последующего контроля за производителями услуг. Это вытекает из положений абз. 3 ст. 11, согласно которым государства-члены обязывают производителей услуг предоставлять в соответствующую единую инстанцию информацию:

— об образовании дочерних обществ, деятельность которых осуществляется на основе разрешения (лицензии);

— об изменениях, которые влекут утрату оснований для выдачи разрешения.

Вместе с тем к ведению единой инстанции не относится проведение проверок на месте — непосредственный контакт с лицами и предметами не входит в ее компетенцию (абз. 2 ст. 8). Свою деятельность единая инстанция осуществляет на основе письменного документооборота.

Поскольку положения Директивы в основном содержат достаточно общие формулировки, в которых отсутствует необходимая конкретизация (наполнить их конкретным содержанием — задача государств — членов ЕС), возникают трудности в толковании отдельных ее положений. Это касается прежде всего установления пределов обязанности единой инстанции по информированию производителей услуг. Так, согласно п. 9 Преамбулы Директивы эта обязанность распространяется только на сведения, связанные с доступом к оказанию услуг и их осуществлением, и не затрагивает единые и общие для всех предписания о правилах дорожного движения, о территориальном развитии, градостроительстве, землепользовании, планировании территориального развития, строительных нормах и правилах, а также об административной ответственности в связи с их несоблюдением, «если они не регулируют или не касаются деятельности по оказанию услуг как таковой, а должны соблюдаться производителем услуг при осуществлении его хозяйственной деятельности точно так же, как и другими гражданами». Таким образом, выходит, что на получение указанных сведений от единой инстанции могут рассчитывать только те субъекты, которые предполагают заниматься производством услуг в указанных сферах (например, строительство гостиницы для оказания гостиничных услуг), но не любой производитель услуг. Немецкие авторы считают, что буквальная трактовка указанных положений Директивы может привести к нарушению принципа запрета дискриминации. К тому же весьма сложным на практике может оказаться разграничение между «сведениями, содержащими специальные требования к деятельности по оказанию услуг» и «сведениями, содержащими требования для всех и каждого». В связи с этим и во избежание пробелов в информационном обеспечении производителей услуг предлагается расширительная конкретизация названной нормы Директивы в национальном законодательстве.²¹

Проблемы у производителей услуг могут возникнуть и в иных сферах, например налогового права и права социального обеспечения, которые не подпадают под действие Директивы. Однако процесс доступа к оказанию услуг может охватывать и административные процедуры, связанные с данными сферами, как, например, процедуру регистрации в налоговом органе. По мнению немецких исследователей, привлечение единой инстанции к осуществлению подобных процедур в национальном законодательстве также не должно исключаться, если, конечно, это не противоречит природе единой инстанции и может быть осуществлено через нее.²²

Таким образом, единая инстанция выступает в роли координационного центра, осуществляющего внешние связи и работу с клиентами (*Front Office*), партнера производителей услуг по процедурам, избавляющего последних в случае их желания от непосредственного контакта с административными органами, выполняющими функции внутренних структур по обработке документации (*Back Office*).

Учреждение единой инстанции не предполагает изменения установленного в государствах — членах ЕС разграничения предметов ведения и полномочий внутри системы административных органов (абз. 2 ст. 6 Директивы). Единая инстанция выступает в качестве посредника в отношениях между производителем услуг и компетентным административным

²¹ Windoffer A. Das System des einheitlichen Ansprechpartners. S. 30–31.

²² Ibid. S. 31; Windoffer A. Ein Jahr EU-Dienstleistungsrichtlinie: zur Diskussion um den einheitlichen Ansprechpartner unter besonderer Berücksichtigung des «Kammermodells» // Gewerbearchiv. 2008. Nr. 3. S. 98.

органом, но не в качестве уполномоченного представителя той или другой стороны этих отношений. Однако в целях более эффективной поддержки производителей услуг некоторые авторы предлагают рассматривать единую инстанцию в качестве «процессуального партнера» производителей услуг и наделить ее отдельными не связанными с вторжением в компетенцию административных органов полномочиями и инструментами по обеспечению соблюдения установленного порядка административного производства (правом востребовать информацию о ходе административного производства; правом напоминать о сроках рассмотрения заявлений; правом обращаться в орган правового или служебного надзора).²³

Что касается порядка и формы осуществления необходимых административных процедур, абз. 1 ст. 8 Директивы предписывает государствам — членам ЕС предоставить по желанию заявителей в ближайшем будущем возможность дистанционного порядка обращения через единую инстанцию в компетентные административные органы, в том числе с использованием электронных средств коммуникации. Реализация указанного порядка в национальном праве требует внесения соответствующих изменений в законодательство об административных процедурах. Так, в рамках реформы Закона ФРГ об административном производстве²⁴ особому регулированию подверглись вопросы о сроках опубликования (доведения до сведения адресатов) переданного электронным путем административного акта (абз. 2 § 41). Кроме того, порядок осуществления административных процедур с использованием средств электронной коммуникации, предусмотренный § 3а, был распространен на производство через единую инстанцию (§ 71с).

Кроме того, в рамках территории ЕС необходимо создание единой сети, охватывающей всех потенциальных участников процесса и предполагающей бесперебойную передачу данных через взаимодействующие операционные системы.

Согласно ст. 7 Директивы на единую инстанцию возлагаются обязанности по предоставлению информации в пределах территории ЕС как производителям услуг, так и их потребителям, которые в целях обеспечения трансграничной реализации права на свободу перемещения услуг нуждаются в информации о правовой ситуации в соответствующем государстве — члене ЕС.

Речь идет о предоставлении информации различного уровня:

— первый уровень: базовая информация о требованиях к порядку получения доступа к рынку оказания услуг, о системе административных органов, их наименованиях и полномочиях, о путях обжалования административных действий, способах правовой защиты (абз. 1 ст. 7). Предоставление такой информации находится в сфере компетенции единой инстанции;

— второй уровень: содержательная информация о сложившейся практике толкования и применения правовых норм, регулирующих требования

²³ Windoffer A. // Ziekow J., Windoffer A. (Hrsg.). Ein einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister. Anforderungen des Vorschlags einer EU-Dienstleistungsrichtlinie und Gestaltungsoptionen im föderalen System der BRD. Baden-Baden, 2007. S. 34 f.

²⁴ Четвертый Закон «О внесении изменений в законодательные акты, регулирующие административные процедуры», ст. 1 «Изменения Закона об административном производстве»: Viertes Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 11. 12. 2008, Art. 1 Änderung des Verwaltungsverfahrensgesetzes (BGBl. I 2008, S. 2418 (<http://bundesrecht.juris.de/index.html>)).

к производителям услуг (исполнителям) (абз. 2 ст. 7). Обязанность предоставления информации такого рода адресована компетентному в соответствующей сфере управления административному органу (абз. 2 ст. 6 Директивы). Однако обращение может быть подано через единую инстанцию: в этом случае последняя будет выполнять роль «*Front Office*», процессуального партнера заявителя и посредника в его связях с иными административными инстанциями;

— третий уровень: индивидуальные юридические консультации в связи с конкретным случаем (абз. 6 ст. 7 Директивы). Данная функция не возлагается на государство и его органы, а осуществляется консультационными фирмами.

В соответствии с Директивой предполагаются следующие условия предоставления информации:

— стандартизированная информация размещается на портале;
— кроме того, индивидуальные обращения должны также обрабатываться дистанционно и на них должны даваться ответы; не исключаются как письменная, так и устная дистанционная коммуникация, а также обращения по месту нахождения единой инстанции;

— информация должна предоставляться оперативно, в понятной форме и соответствовать актуальному положению дел.

Рекомендуется предоставление информации на нескольких языках: использование английского и французского языков как стандарта, дополнительное размещение информации на языках соседних государств в зависимости от региональной специфики.²⁵

Реформа национального законодательства об административном производстве (на примере Германии). В целях реализации закрепленных в Директиве положений, направленных на совершенствование административных процедур оказания услуг, государства — члены ЕС проводят ревизию внутреннего административного законодательства. В частности, в Германии 11 декабря 2008 г. был принят Четвертый Закон «О внесении изменений в законодательные акты, регулирующие административные процедуры».²⁶ Реформа в основном коснулась Закона ФРГ «Об административном производстве» (ст. 1).

Новеллы федерального закона об административном производстве можно подразделить на две основные группы:

1) направленные на упрощение процедур взаимодействия административных органов с заявителями;

2) связанные с совершенствованием внутренних административных процедур (процедур взаимодействия внутри системы административных органов).

В рамках первой группы изменений речь идет о следующих положениях:

— о закреплении обязанности органа административного управления предельно разъяснять будущему заявителю, какие свидетельства и документы он должен представить и каким образом можно ускорить административное производство (абз. 2 § 25);

— о введении института «разрешения-фикции» (§ 42a), а именно: установление презумпции выдачи разрешения в случае, если обращение

²⁵ Windoffer A. Das System des einheitlichen Ansprechpartners. S. 35.

²⁶ Четвертый Закон от 11 декабря 2008 г. «О внесении изменений в законодательные акты, регулирующие административные процедуры» (Viertes Gesetz zur Änderung verfahrensrechtlicher Vorschriften vom 11.12.2008 (BGBl. I 2008. S. 2418)) (<http://bundesrecht.juris.de/index.html>).

было направлено заявителем с соблюдением требований закона, однако административный орган в трехмесячный срок, установленный для рассмотрения обращения, не вынес никакого решения и срок истек. Отклонения от трехмесячного срока, как и его продление, возможны, но они должны быть нормативно определены и обоснованы. По требованию субъекта, до сведения которого должен быть доведен изданный административный акт, административный орган обязан его уведомить письменно о факте наступления ситуации «разрешения-фикции»;

— об установлении порядка осуществления административных процедур через «единую инстанцию», если данный вид административного производства предусматривается соответствующими правовыми предписаниями (раздел 1а). Административный орган, на который возлагаются обязанности единой инстанции по реализации внутренних административных процедур, осуществляет их и в том случае, если заявитель обращается напрямую в соответствующий компетентный административный орган.

Как уже было отмечено выше, в статусе единой инстанции сочетаются внешние обязанности по работе с клиентами (*Front Office*) и обязанности по осуществлению внутренних административных процедур и взаимодействию с компетентными административными органами (*Back Office*).

В связи с этим изменения Закона об административном производстве во многом касаются более детальной регламентации внутренних административных процедур, отношений, которые складываются между единой инстанцией и другими органами управления, участвующими в разрешительном производстве (вторая группа изменений). В обязанности единой инстанции входит направление поступивших от заявителей обращений и документов в трехдневный срок в компетентные административные органы и контроль за соблюдением сроков рассмотрения обращений. Важной гарантией своевременного осуществления административных процедур является предписание о том, что обращение и сопроводительные документы считаются поступившими в компетентный административный орган *на третий день* после их передачи заявителем в единую инстанцию (абз. 2 § 71b). Момент поступления обращения в компетентный административный орган может быть связан с началом иного срока, в течение которого этот орган обязан совершить какие-либо юридически значимые действия. В этом случае в обязанности административного органа входит направление в единую инстанцию подтверждения о получении обращения с указанием следующих данных: даты поступления обращения, условий начала течения сроков, правовых последствий истечения сроков, имеющихся возможностей для обжалования. Если документы представлены заявителем не полностью, компетентный административный орган незамедлительно сообщает об этом в единую инстанцию с указанием на то, что моментом поступления обращения будет считаться момент поступления *всех* необходимых документов. При этом устанавливается правило: любая информация от компетентного административного органа передается заявителю через единую инстанцию. Однако по требованию субъектов, которым адресуется административный акт, он доводится до их сведения издавшим акт компетентным административным органом (абз. 3–5 § 71b). Если письменный административный акт направляется почтой за границу, он считается доведенным до сведения заявителя *спустя один месяц* после отправления (абз. 6 § 71b).

Примечательно, что в рамках реформы Закона ФРГ об административном производстве специальное закрепление получили также сроки доведения до сведения адресатов административного акта, переданного

электронным путем (абз. 2 § 41): независимо от места нахождения адресата, внутри страны или за рубежом, акт считается доведенным до сведения *ча третий день* после его отправления. При этом необходимо учитывать, что на административные процедуры, в том числе с участием единой инстанции, осуществляемые с использованием средств электронной коммуникации, распространяется предусмотренный в § 3а Закона порядок. Этот порядок предполагает соблюдение целого ряда условий, включая открытие получателем специального доступа к электронным документам, обеспечение возможности идентификации и подтверждения подлинности отправленного акта через использование так называемой «квалифицированной электронной подписи» (*qualifizierte elektronische Signatur*). В связи с этим соответствующей реформе подвергся и Закон ФРГ «О порядке предоставления документов административными органами» (*Verwaltungszustellungsgesetz*), в первую очередь его положения о порядке и процедурах официальной передачи электронных документов, в том числе внутри системы административных органов (ст. 9а Четвертого Закона).

Закон об административном производстве устанавливает обязанности единой инстанции по незамедлительному информированию заявителей о наиболее значимых правовых предписаниях, о компетентных административных органах, о порядке доступа к публичным реестрам и базам данных, о принадлежащих заявителю процессуальных правах, об учреждениях и организациях, которые занимаются поддержкой и оказанием содействия в открытии соответствующего бизнеса и его осуществлении. При этом продолжают действовать также обязанности компетентных административных органов предоставлять по запросу информацию и незамедлительно давать справки об основных правовых предписаниях и о сложившейся практике их толкования (§ 71с). Важной гарантией эффективности административных процедур является слаженное и непрерывное информационное взаимодействие единой инстанции и компетентных административных органов (§ 71d).

Варианты организации единой инстанции (на примере Германии). Выбор организационно-правовой формы единой инстанции находится в пределах усмотрения государства — члена ЕС. Директива устанавливает лишь самые общие подходы к такому выбору. Так, создаваемая инстанция должна отличаться признаком субъективного единства в восприятии каждого конкретного участника рынка услуг. Для этого необходимо, чтобы из установленного в национальном праве распределения задач и полномочий становилось однозначно ясно, какой именно орган (организация) в каждом конкретном государстве является той единой инстанцией, в которую производитель услуг может обратиться.

Конкретный выбор единой инстанции зависит от особенностей национального государственного устройства и конституционного порядка. В рамках проводимых в государствах ЕС исследований по имплементации Директивы в национальной правовой системе данный вопрос является одним из наиболее остро дискутируемых.

Например, в Германии, с учетом особенностей германского федерализма, обсуждаются следующие варианты организации единого места обращения и проводится апробация следующих моделей «единой инстанции»:

1) административные органы общей или специальной компетенции на уровне федеральных земель или округов (территориального уровня земельного управления);

2) административные органы муниципального уровня, прежде всего органы коммунального самоуправления в районах (уездах) (*Landkreise*) и городах с правами районов (*kreisfreie Städte*);

3) профессиональные самоуправляемые организации, т. е. организации функционального самоуправления — палаты (торгово-промышленные палаты, ремесленные палаты, палаты, объединяющие лиц свободных профессий, и др.), каждая в рамках своего сегмента ранка оказания услуг;

4) формы кооперации указанных выше органов и организаций между собой или с иными частноправовыми или публично-правовыми субъектами: различные варианты публично-частного или публично-публичного партнерства (например, формы кооперации палат между собой либо палат с коммунами);

5) уполномоченные субъекты частного права, действующие в качестве единого места обращения на основании лицензии (сертификата) с использованием системы страхования качества.

Среди рассматриваемых моделей отсутствует вариант возложения функции единого места обращения на орган федерального уровня. Это не случайно: в Германии Федерация в принципе не обладает исполнительной компетенцией, это прерогатива земель, причем и федеральные законы исполняются, по общему правилу, федеральными землями (ст. 83 Основного закона).²⁷ Возможности осуществления управления непосредственно Федерацией (собственного федерального управления — *bundeseigene Verwaltung*) определены в Основном законе ФРГ (ст. 86, 87, 87а–87f), связаны с исполнением федеральных законов и должны быть обоснованы «настоятельной необходимостью централизации». Как указывается в абз. 3 ст. 87 Основного закона ФРГ, самостоятельные федеральные органы управления, федеральные корпорации и учреждения публичного права могут создаваться для исполнения задач, по которым Федерация осуществляет законодательное регулирование, и только федеральным законом. Причем учреждение федеральных органов управления среднего и низового звеньев возможно лишь в случае острой необходимости по решению большинства членов Бундестага и с согласия Бундесрата. Таким образом, у Федерации отсутствует возможность создания «единой инстанции» в форме федеральных территориальных органов управления либо федеральных учреждений на местах. В этом единодушно сходятся и германские административисты.²⁸

В то же время в Германии не исключается использование потенциала федерального уровня публичной власти в целях реализации отдельных положений Директивы в рамках установленного Основным законом разграничения задач и полномочий между Федерацией и землями. Речь идет в первую очередь о приведении в соответствие с Директивой федеральных законов, прежде всего Закона об административном производстве.

Кроме того, на федеральном уровне власти предлагается возложить организацию единого информационного портала с предложением информации общего характера для производителей и потребителей услуг без осуществления транзакционной функции (т. е. без обработки запросов в диалоговой системе). Наконец, эксперты рекомендуют создать на федеральном уровне управленческую структуру для осуществления названной выше информационной функции, а также для координации и содействия единым местам обращения в землях.²⁹ Федеральное министерство

²⁷ Основной закон ФРГ в редакции Закона о внесении изменений в Основной закон от 28 августа 2006 г. (BGBl. I 2006. S. 2034).

²⁸ Ziekow J., Windoffer A. (Hrsg.). Ein einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister. S. 72–73.

²⁹ Ibid. S. 73.

экономики и технологии в настоящее время уже осуществляет общую координационную функцию и мониторинг реализации в Федеральных землях положений Директивы, в том числе и ее норм о «едином месте обращения». Вопрос о создании общефедеральных управленческих структур по направлениям, в которых исполнительной компетенцией обладают земли, должен, однако, решаться с учетом принципа «запрета смешанного управления Федерацией и землей»,³⁰ за исключением установленных Основным законом случаев (ст. 91а, 91b, абз. 4 ст. 108). Данный принцип главным образом направлен на исключение организационной подчиненности федеральным органам управления органов управления земель, на четкое разграничение предметов ведения и полномочий между Федерацией и землями. Это не исключает для Федерации и земель возможности сотрудничества и кооперации в процессе осуществления тех или иных управленческих действий в рамках собственной компетенции. Важно, однако, чтобы при любом варианте кооперации оставалось однозначно ясным, кто именно выступает в качестве субъекта управления и несет ответственность за исполнение соответствующей функции.

Итак, из конституционного разграничения исполнительной компетенции между Федерацией и землями вытекает, что именно федеральные земли решают в конечном итоге, какая модель «единой инстанции» будет внедрена в той или иной земле. Этим предопределяется разнообразие вариантов организации единого места обращения в рамках одной страны в различных субъектах Федерации.

В упомянутом выше Заключении о направлениях имплементации Директивы об услугах в федеративной системе Германии, представленном экспертами Немецкого научно-исследовательского института публичного управления г. Шпайер, была дана системная оценка различным вариантам организации «единого места обращения» в землях по следующим направлениям:

- наличие рамочных правовых условий;
- имеющийся опыт осуществления функций «единой инстанции», решения задач стимулирования экономического развития и предпринимательства;
- практическая целесообразность того или иного варианта организации.³¹

Вариант организации «единой инстанции» на земельном уровне. Рассматривая возможность организации «единой инстанции» на земельном уровне, включая округ как территориальный уровень непосредственного земельного управления, эксперты отмечают наличие правовых оснований для реализации данного варианта: федеральные земли обладают необходимой управленческой компетенцией. Несмотря на целый ряд преимуществ (высокий уровень профессионализма; наличие необходимых средств и оборудования; развитые международные контакты; относительная близость к центральной власти), указанный вариант в основном оценивается как неудачный. Это обусловлено прежде всего тем, что «единая

³⁰ Эволюция правовых позиций Федерального конституционного суда ФРГ по данному вопросу отражена в его решениях. — См.: BVerfGE 11. S. 105 (S. 124); 63. S. 1, 4 (Leitsatz, S. 140); 39. S. 96 (S. 120); 32. S. 145 (S. 156). Анализ развития принципа запрета «смешанного управления» Федерацией и землей см. также в: *Trute H.-H. // Das Bonner Grundgesetz, Kommentar / v. Mangoldt H., Klein F. 4. Aufl. München, 2001. Art. 83, Rn. 27 ff.*

³¹ См. таблицу: *Ziekow J., Windoffer A. (Hrsg.). Ein einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister. S. 133–137.*

инстанция» на уровне земельного управления оказывается весьма отдаленной от административных органов, осуществляющих разрешительное производство. Соответственно, понадобятся большие затраты на создание электронной сети, объединяющей «единую инстанцию» со всеми органами управления, осуществляющими необходимые административные процедуры. Земельному уровню недостает также знания конкретной ситуации на местах «из первых рук». Кроме того, существует опасность «конфликта компетенций» на земельном уровне, где сосредоточены полномочия по надзору и даче указаний подведомственным органам. Сочетание указанных полномочий с функциями «единой инстанции» в рамках одного органа представляется весьма проблематичным.

Муниципальная модель. Особого внимания заслуживает анализ муниципальной (коммунальной) модели «единой инстанции». Организация единого места обращения на муниципальном уровне оценивается немецкими экспертами как один из наиболее удачных вариантов. При этом районы (уезды) характеризуются как единые инстанции «естественного происхождения». ³² Немецкие коммуны накопили в последние годы богатый опыт в сфере оказания содействия развитию предпринимательства и экономики; на коммунальном уровне получила особое распространение идеология, ориентированная на клиента, на оказание публичных услуг гражданам и предпринимательским структурам. Данный подход вполне соответствует тем задачам, которые Директива возлагает на «единую инстанцию».

Еще до издания Директивы коммуны действовали во многих направлениях как единая инстанция для производителей услуг, в них создавались управленческие структуры по содействию экономическому развитию, осуществлялась координация деятельности административных органов, участвующих в разрешительном производстве. ³³

В качестве оптимального коммунального уровня, на котором возможна организация «единой инстанции», фигурируют районы (уезды) и города с правами районов (уездов), в частности структуры при местной администрации. Что касается конкретной организационной формы «единой инстанции», этот вопрос находится в ведении коммуны, которая как субъект права коммунального (местного) самоуправления обладает организационным верховенством. Возможны различные варианты внутренней административной организации «единой инстанции»: отдел внутри уже существующих структурных подразделений местной администрации, самостоятельное структурное подразделение и др.

Анализ правовой основы осуществления на районном (уездном) и городском уровне функций «единой инстанции» возможен лишь после определения юридической природы указанных функций в структуре компетенции коммун.

Названные выше полномочия единой инстанции не относятся к задачам местного сообщества, вытекающим из самоуправленческой природы районов (уездов) и городов. Они представляют собой переданные для исполнения на коммунальном уровне государственные полномочия, на которые распространяется право дачи указаний и право осуществления отраслевого (специального, целевого) надзора. Соответственно передача

³² Ruge K. Die Landkreise als natürliche Einheitliche Ansprechpartner // Die Umsetzung der DLRL — Chancen und Risiken für Deutschland. S. 77 ff.

³³ Анализ опыта коммун в сфере содействия развитию предпринимательства см.: Ziekow J., Windoffer A. (Hrsg.). Ein einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister. S. 91–95.

государственных полномочий общинам и их объединениям должна производиться по установленным в Основном законе ФРГ и конституциях земель правилам. Согласно предл. 7 абз. 1 ст. 84 и предл. 2 абз. 1 ст. 85 Основного закона Германии государственные полномочия коммуна не могут передаваться федеральным законом. Такая передача возможна лишь на основе земельного конституционного законодательства³⁴ при соблюдении следующих условий:

— регулирование законом или постановлением, принятым на основе закона;

— закрепление гарантий принципа связанности полномочий по исполнению с расходными обязательствами, или принцип следования финансов за полномочиями («кто отвечает за исполнение, кто “заказывает”, тот и оплачивает») (*Konnexitätsprinzip*);³⁵ при этом в случае осуществления полномочий по поручению «заказчиком» выступает та публичная корпорация, которая передает полномочия, она, соответственно, несет ответственность за их финансовое обеспечение — передача полномочий должна сопровождаться передачей финансов для их обеспечения;

— принятие мер финансового выравнивания в случае возникновения у коммуна дополнительных расходов.

Таким образом, в процессе регулирования передачи коммуна государственных полномочий земельные конституции опираются на федеральные конституционные принципы коммунального самоуправления (абз. 3 ст. 28 Основного закона) и устанавливают гарантии финансовой самостоятельности коммуна.

Помимо финансовых аспектов, важное значение имеет обеспечение конституционной гарантии «собственной компетенции» коммуна. Речь идет о закреплении за коммунами прежде всего достаточно широкого круга задач местного сообщества, реализуемых ими самостоятельно и под собственную ответственность. Передача дополнительных государственных функций косвенно затрагивает гарантию коммунального самоуправления: вследствие возложения на коммуна государственных полномочий объективно уменьшается возможность реализации ими более широкого круга самоуправленческих (в том числе добровольных, факультативных) задач.

Вопрос о доле передаваемых государственных полномочий в структуре компетенции коммуна должен решаться на основе принципа соразмерности. В соответствии с правовой позицией Конституционного суда земли Рейнланд-Пфальц гарантия коммунального самоуправления будет нарушена, если в результате возложения на коммуна дополнительных обязанностей и использования персональных и финансовых ресурсов для их реализации собственные самоуправленческие полномочия коммуна не могут быть более исполнены.³⁶ Другой важный критерий — затратность, экономичность и эффективность избранного способа реализации государственных полномочий. Передача коммуна государственных полномочий вряд ли допустима, если данный способ их осуществления оказывается более затратным и менее экономичным, чем реализация этих полномочий через создаваемое на местном уровне территориальное подразделение земельного органа управления.

³⁴ См., напр.: Satz 2 Abs. 1 Art. 96, Abs. 3 Art. 97 Verf Brbg; Abs. 4 Art. 46, Abs. 2 Art. 49 Verf SH.

³⁵ Ст. 104а Основного закона ФРГ.

³⁶ VerfGH RP // DÖV 2001. S. 601 (602).

Очевидно, что возложение на районы (уезды) и города с правами районов функций «единой инстанции» не умаляет самоуправленческие права коммун и соответствует указанным выше критериям передачи государственных полномочий.

Немецкие эксперты отмечают бесспорную практическую целесообразность использования данной муниципальной модели организации «единой инстанции». Преимуществами указанной модели являются:

— нахождение на районном коммунальном уровне низовых административных органов, осуществляющих разрешительное производство, возможность организации тесного взаимодействия с ними, как и с всевозможными иными органами и организациями локального (регионального) уровня;

— наличие практического опыта координации разрешительных процедур и содействия развитию предпринимательства;

— возможность обслуживания всех участников рынка услуг, независимо от особенностей той или иной сферы деятельности.

В то же время проблематичным и практически нецелесообразным представляется использование общинного уровня для создания «единой инстанции». В основном общины характеризуются небольшим социально-экономическим потенциалом и достаточно ограниченными кадровыми и профессиональными ресурсами. Причем именно здесь должны решаться основные вопросы жизнедеятельности местного сообщества. В случае возложения на общины государственных полномочий по осуществлению функций «единой инстанции» может возникнуть проблема «перегрузки» общин не собственными, а государственными полномочиями и нарушения гарантии приоритета собственной самоуправленческой компетенции.

Модель «палат». Модель организации «единой инстанции» при палатах как организациях функционального самоуправления, объединяющих членов по профессиональному признаку и действующих на основе обязательного членства, рассматривается экспертами как весьма перспективная. Передача законом соответствующих полномочий палатам юридически возможна. Проблема заключается, однако, в том, что под юрисдикцию той или иной палаты попадают только определенные профессии. Возникает вопрос, к кому же будет обращаться заявитель, профессиональная направленность деятельности которого не охватывается никакой палатой. Таким образом, может возникнуть угроза несоблюдения в национальном законодательстве установленного Директивой принципа субъективного единства «единой инстанции» в восприятии каждого конкретного участника рынка услуг. Представляется, впрочем, что указанные противоречия могут быть преодолены в силу, во-первых, относительно универсального и остаточного характера юрисдикции торгово-промышленных палат, а также путем кооперации палат в целях создания «единой инстанции».

Не случайно в рамках реформы германского законодательства об административном производстве 11 декабря 2008 г. изменениям и дополнениям подверглись положения федеральных законов, регулирующие статус органов функционального самоуправления (адвокатских палат, палат налоговых консультантов, ремесленных и торгово-промышленных палат (ТПП)). В частности, была установлена возможность передачи указанным саморегулируемым организациям функций единой инстанции, причем не только в отношении собственных членов.³⁷ В Законе ФРГ «О временном

³⁷ См., напр.: § 73а Закона ФРГ «Об адвокатуре», абз. 7 § 76 Закона ФРГ «О налоговых советниках», абз. 3а и 3б § 4, § 10 и др. Закона ФРГ «О временном регулировании

регулировании права торгово-промышленных палат» особое внимание было уделено регламентации вопросов передачи полномочий внутри системы палат, а также порядку создания и функционирования публично-правовых союзов с участием ТПП (§ 10–12).

Практика организации единого места обращения в землях ФРГ.

Итак, проанализированные выше преимущества и недостатки различных вариантов организации «единой инстанции» свидетельствуют об отсутствии общего подхода к решению данного вопроса. Выбор варианта зависит от особенностей тех или иных федеральных земель Германии, сложившихся в них рамочных условий. Опыт предварительной имплементации Директивы в землях Германии показывает, что разные земли склоняются к разным решениям. Однако наибольшее распространение получают муниципальная модель, модель «палат» и смешанные (кооперационные) варианты. Так, в Гамбурге была избрана модель «палат» и достигнута договоренность, что последние примут на себя обязанность представлять также не объединенные в рамках палат профессии. Рабочая координационная группа, включающая как представителей городской администрации, так и руководителей всех палат, занимается согласованием и подegotкой кооперационного договора между палатами. В настоящее время ведутся дискуссии об организационно-правовой форме «единой инстанции», предлагается открыть два офиса — отделения при торговой палате и ремесленной палате соответственно. В Берлине в «кооперационной модели» единой инстанции наряду с палатами предполагается участие самого города — земли. Что касается третьего города — субъекта Федерации, Бремена, то здесь реализуется «муниципальная модель»: основную роль в создании единой контактной инстанции играет городская администрация.³⁸

В землях — территориальных субъектах Федерации ситуация более сложная. Соответственно, варианты организации единого места обращения отличаются еще большим разнообразием. В Бранденбурге единая инстанция создается как специализированное структурное подразделение министерства экономики, к работе которого привлекаются только государственные служащие земельного уровня, представители коммун и палат участвуют в решении данной задачи лишь консультативно, через совет по вопросам деятельности единой контактной инстанции, образуемый при министерстве. Орган земельного управления среднего звена (*Landesverwaltungsamt*) предполагается также задействовать в качестве единой инстанции в земле Саксония-Ангальт. Однако названный централизованный вариант организации единого места обращения не является особенно популярным. Больше распространение получают кооперационные модели с участием различных палат (Баден-Вюртемберг, Мекленбург-Передняя Померания, Тюрингия), коммунальных территориальных корпораций (Бавария, Северный Рейн-Вестфалия, Рейнланд-Пфальц) либо и тех и других (Саарланд, Гессен, Шлезвиг-Гольштейн). Причем в земле Шлезвиг-Гольштейн предлагается смешанный вариант организации единой инстанции

права торгово-промышленных палат», § 5b, абз. 1а, 2а § 91 в ред. Четвертого Закона «О внесении изменений в законодательные акты, регулирующие административные процедуры».

³⁸ Здесь и далее данные о состоянии практической реализации в землях ФРГ положений Директивы, касающихся создания единой контактной инстанции, приводятся по материалам справки, предоставленной Торговой палатой Гамбурга («Einheitlicher Ansprechpartner — Stand der Umsetzung in den Ländern»: DIHK-Kennntnisstand Januar 2009).

в организационно-правовой форме учреждения публичного права (*Anstalt des öffentlichen Rechts*), созданного совместно районами (уездами) как территориальными корпорациями публичного права и палатами как организациями функционального самоуправления.

Вместе с тем следует учитывать, что приведенные варианты организации единой инстанции в различных федеральных землях еще не получили окончательного закрепления, поиск оптимальной модели в большинстве земель продолжается.

Заключение. Проблемы совершенствования административных процедур организации оказания услуг в рамках Евросоюза, несмотря на их специфику, заслуживают внимания и изучения, в том числе с точки зрения задач, стоящих перед российским законодательством об административных процедурах. Механизмы упрощения управленческих процедур, координации управленческих действий, критерии эффективности и результативности деятельности административных органов, выработанные в странах Евросоюза, опыт привлечения к осуществлению административных процедур саморегулируемых организаций, кооперации и взаимодействия государства, субъектов федерации, коммун с иными субъектами публичного и частного права могут быть использованы и в процессе реализации задач административной реформы в России. Опыт государств Европейского союза представляет интерес и в рамках подготовки конкретных мер по ликвидации административных ограничений при осуществлении предпринимательской деятельности в Российской Федерации.³⁹

Использованные сокращения

| | | |
|--------------------------|---|---|
| ABI. (EG) (Nr.) L | — | <i>Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. L</i> — «Официальный бюллетень Европейских сообществ», серия «L». |
| Abs. | — | <i>Absatz</i> — абзац. |
| Art. | — | <i>Artikel</i> — статья. |
| Aufl. | — | <i>Auflage</i> — издание. |
| BGBl. | — | <i>Bundesgesetzblatt</i> — Законодательный бюллетень ФРГ. |
| BMWi | — | <i>Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie</i> — Федеральное министерство экономики и технологии Германии. |
| Brbg | — | <i>Brandenburg</i> — земля Бранденбург. |
| BVerfGE | — | <i>Sammlung der Entscheidungen vom Bundesverfassungsgericht</i> — Собрание решений Федерального конституционного суда. |
| BVerwG | — | <i>Bundesverwaltungsgericht</i> — Федеральный административный суд ФРГ. |
| BVerwGE | — | <i>Sammlung der Entscheidungen vom Bundesverwaltungsgericht</i> — Собрание решений Федерального административного суда ФРГ. |
| DINIK | — | <i>Deutsche Industrie- und Handelskammer</i> — Торгово-промышленная палата Германии. |

³⁹ См. обзор задач в указанной сфере: Указ Президента РФ от 15 мая 2008 г. № 797 «О неотложных мерах по ликвидации административных ограничений при осуществлении предпринимательской деятельности» // СЗ РФ. 2008. № 20. Ст. 2293.

- DÖV** — *Die öffentliche Verwaltung* — журнал «Публичное управление».
- DVBl.** — *Deutsches Verwaltungsblatt* — «Немецкий административный бюллетень».
- EG, EWG** — *Europäische Gemeinschaft (Europäische Gemeinschaften), Europäische Wirtschaftsgemeinschaft* — Европейское сообщество (Европейские сообщества).
- EU** — *Europäische Union* — Европейский союз.
- EuGH** — *Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften* — Суд Европейских сообществ.
- EuGHE** — *Sammlung der Rechtssprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften* — Собрание решений Суда Европейских сообществ.
- f., ff.** — *folgende* — следующая, следующие.
- Hrsg. (hrsg.)** — *Herausgeber (herausgegeben)* — ответственный редактор (под редакцией).
- H.** — *Heft* — выпуск (номер).
- Rn., Rdnr.** — *Randnummer* — номер на полях: применяемая в немецких монографиях, учебниках, комментариях нумерация обсуждаемых вопросов.
- RP** — *Rheinland-Pfalz* — земля Рейнланд-Пфальц.
- S.** — *Seite* — страница.
- SH** — *Schleswig-Holstein* — земля Шлезвиг-Гольштейн.
- Sp.** — *Spalte* — столбец.
- Verf** — *Verfassung* — конституция (федеральной земли Германии).
- VerfGH** — *Verfassungsgerichtshof* — конституционный суд (федеральной земли Германии).

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО УПРАВЛЕНИЯ РЕФОРМИРОВАНИЕМ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В. Ю. СИНЮГИН*

Масштабные преобразования, связанные с трансформацией институциональных основ различных сфер общественной жизни, наиболее часто характеризующиеся как реформирование,¹ имеют длительную историю. По существу, деятельность государства в любой период связана с «преобразованиями в социально-экономической и политической сферах... под воздействием постоянных изменений и в соответствии с новыми социальными и политическими требованиями».² Вместе с тем опыт российской государственности свидетельствует о том, что «не все исторические эпохи были плодотворны в плане подготовки и реализации управленческих решений в государственном масштабе»,³ поэтому с развитием и диверсификацией общественных отношений, созданием и распространением новых технических средств коммуникаций и управления одной из ключевых задач науки административного права становится совершенствование теоретических и практических основ управления процессами реформирования.

Решающее значение для эффективности процессов административно-правового управления реформированием имеют система, структура и полномочия исполнительных органов государственной власти, которые обеспечивают целенаправленное регулирующее воздействие на соответствующую сферу общественных отношений (их совокупность) для перевода его (их) в новое состояние.

Первой попыткой системного подхода к государственному управлению процессами реформирования в период новейшей истории России стало создание при Правительстве РСФСР специального Рабочего центра экономических реформ (РЦЭР).⁴ Предпосылками создания РЦЭР согласно распоряжению Правительства РСФСР стала необходимость «привлечения для проведения радикальных экономических реформ большого числа экспертов и других специалистов, в том числе и не проживающих постоянно в Москве»,

* Синюгин Вячеслав Юрьевич — к. ю. н.

© В. Ю. Синюгин, 2009

¹ См., напр.: *Большой юридический словарь* / под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. М., 1998. С. 597.

² *Омельченко Н. А.* История государственного управления в России. М., 2008. С. 57.

³ *Можаева Н. Г., Богинская Е. В.* История государственного управления в России. М., 2007. С. 5.

⁴ Распоряжение Правительства РСФСР от 18 ноября 1991 г. № 15-р «Об обеспечении работы экспертных групп Правительства РСФСР, направленной на осуществление экономических реформ» (документ официально не опубликован).

а также «важность обеспечения для привлекаемых специалистов условий для круглосуточной работы». В соответствии с положением о РЦЭР, утвержденным распоряжением Правительства РСФСР от 9 декабря 1991 г. № 115-р,⁵ в задачи Центра входили: разработка проектов документов по экономической реформе; обеспечение экспертной оценки поступающих в Правительство проектов нормативных документов и аналитических материалов по экономической реформе; обеспечение Правительства информацией о ходе мероприятий по экономической реформе на местах; организация и обеспечение деятельности экспертных групп Правительства по экономической реформе; ознакомление и контроль по поручению Правительства за исполнением на местах нормативных документов по экономической реформе; информирование общественности по поручению Правительства через средства массовой информации о смысле и целях социально-экономических преобразований в России и о предпринимаемых Правительством конкретных действиях в этом направлении; выполнение иных поручений Правительства РСФСР.

С точки зрения административного права особый интерес представляет правовой статус РЦЭР. Рабочий центр, не входя формально в систему органов исполнительной власти, фактически соответствовал большинству признаков органа государственного управления:⁶ 1) РЦЭР являлся юридическим лицом, имел самостоятельный баланс, текущий и иные счета в банках, а также печать с изображением Государственного герба РСФСР с собственным наименованием; 2) Руководителем РЦЭР и его первый заместитель назначались Правительством РСФСР и несли ответственность за результаты деятельности Рабочего центра; 3) средства РЦЭР формировались за счет ассигнований из республиканского бюджета РСФСР, а также за счет средств министерств и ведомств РСФСР и иных законных источников.

Первоначальная неопределенность правовой природы РЦЭР во многом предопределена несформированностью к началу 1990-х годов правовой системы нового Российского государства, незавершенностью процессов создания новой системы государственных органов в целом.

С принятием Постановления Правительства РФ от 26 июня 1995 г. № 593⁷ РЦЭР получил организационно-правовую форму федерального государственного учреждения, обеспечивающего подготовку для Правительства РФ предложений по осуществлению экономической реформы, а также необходимых для этого аналитических, информационных и других материалов. Впоследствии РЦЭР приобретает статус органа государственной власти, осуществляющего деятельность по анализу развития экономики, процесса ее реформирования и экспертно-аналитическому обеспечению реализации экономической политики Правительства РФ.⁸

В соответствии с распоряжением Правительства РФ от 29 апреля 2006 г. № 608-р РЦЭР был реорганизован в федеральное государственное учреждение «Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации» путем слияния с Центром экономической конъюнктуры при Правительстве РФ.⁹

⁵ Документ официально не опубликован.

⁶ Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс: полный курс. М., 2008. С. 181.

⁷ СЗ РФ. 1995. № 27. Ст. 2568.

⁸ Постановление Правительства РФ от 9 декабря 1997 г. № 1529 «О рабочем центре экономических реформ при Правительстве Российской Федерации» // Там же. 1997. № 50. Ст. 5688 (ред. от 24 апреля 2003 г.).

⁹ Постановление Правительства РФ от 20 декабря 2005 г. № 777 «О федеральном государственном учреждении «Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации»» // Там же. 2005. № 52. Ст. 5740.

Начиная с 1995 г. РЦЭР осуществлял свою деятельность во взаимодействии с Комиссией Правительства РФ по экономической реформе которая являлась координационным органом Правительства РФ, обеспечивающим оперативное рассмотрение и подготовку решений по вопросам экономических преобразований в России.¹⁰ Фактически РЦЭР был подчинен Комиссии и осуществлял информационно-аналитическое обеспечение ее деятельности. В 1999 г. в целях устранения дублирования в работе координационных и совещательных органов по вопросам, связанным с экономическими преобразованиями, Комиссия Правительства РФ по экономической реформе была упразднена.

Хотя с 1997 по 2006 год РЦЭР юридически являлся органом государственной власти, он не был поименован ни в одном из нормативно-правовых документов, определяющих структуру и систему федеральных органов исполнительной власти. Более того, такая форма федерального органа исполнительной власти, как «Рабочий центр», не предусматривалась в действующем законодательстве.¹¹ Напротив, Комиссии Правительства РФ по экономической реформе никогда не придавался статус органа государственной власти, хотя такая форма организации федеральных органов исполнительной власти, как федеральные комиссии, впервые предусмотрен распоряжением Правительства РФ от 16 марта 1992 г. № 493-р «О создании Федеральной энергетической комиссии по рассмотрению вопросов, связанных с формированием тарифов на электрическую и тепловую энергию».¹²

В настоящее время функции подготовки для Правительства РФ рекомендаций и предложений по приоритетным вопросам экономической политики и экономических реформ, информационно-аналитическое обеспечение деятельности Правительства РФ по вопросам осуществления экономических реформ, экспертиза концепций и программ социально-экономического развития России, участие в разработке нормативных правовых актов по вопросам стратегии и тактики осуществления экономических реформ, включая институциональные и структурные преобразования, проведение анализа и осуществление краткосрочного прогнозирования социально-экономического развития России возложены на федеральное государственное учреждение «Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации».¹³

Оставляя в стороне вопросы оценки эффективности и результатов деятельности РЦЭР, Комиссии Правительства РФ по экономическим

¹⁰ Постановление Правительства РФ от 16 января 1995 г. № 46 «Об утверждении положения о Комиссии Правительства Российской Федерации по экономической реформе» // Там же. 1995. № 4. Ст. 309 (ред. от 7 декабря 1996 г.).

¹¹ Вплоть до административной реформы 2004 г. (Указ Президента РФ от 9 мар 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» Там же. № 11. 2004. Ст. 945), которой введена триада федеральных органов исполнительной власти — федеральное министерство и находящиеся в его ведении федеральные службы и федеральные агентства, в структуре федеральных органов исполнительной власти в разные периоды времени существовали федеральные министерства, государственные комитеты, федеральные службы, федеральные комиссии, российские агентства, федеральные надзоры, а также иные органы со специальным правовым статусом (например, Главное управление специальных программ Президента РФ, Государственная техническая комиссия при Президенте РФ, Управление делами Президента РФ).

¹² Документ официально не опубликован.

¹³ Постановление Правительства РФ от 20 декабря 2005 г. № 777 «О федеральном государственном учреждении «Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 52 (ч. III). Ст. 5740 (ред. от 4 сентября 2006 г.).

реформе и Аналитического центра, отметим лишь, что деятельность данных образований, хотя и имела публично-правовую направленность, в полной мере не может рассматриваться как административно-правовое управление в сфере реформирования по следующим причинам. Во-первых, правовой статус РЦЭР и Комиссии Правительства РФ по экономической реформе как органов исполнительной власти не был юридически подтвержден, что не позволило им в полной мере использовать доступный для органов исполнительной власти инструментарий государственного управления, в том числе правоприменение и правотворчество. Во-вторых, предметная деятельность данных образований имела ограниченный характер и затрагивала вопросы реформирования только экономических сфер общественной жизни. В-третьих, возникающие в процессе их деятельности правоотношения не носили характера административно-правовых, поскольку никогда не имели вертикальных (иерархических, субординационных) связей и отношений. В-четвертых, правовое положение федеральных государственных учреждений как особой организационно-правовой формы некоммерческих организаций, создаваемых собственником для осуществления управленческих, социально-культурных или иных функций некоммерческого характера, в соответствии со ст. 120 ГК РФ не предполагает возможности осуществления ими административно-правового управления.¹⁴

В последние годы государственное управление реформированием осуществлялось путем создания различных форм совещательных консультационных и координационных образований по отдельным направлениям преобразований. Так, при Правительстве РФ в различное время создавались комиссии по реформированию научной сферы,¹⁵ уголовно-исполнительной системы МВД РФ,¹⁶ жилищно-коммунального хозяйства России,¹⁷ электроэнергетики,¹⁸ земельных правоотношений¹⁹ и пр.

Помимо этого совещательные и консультационные органы для обеспечения процессов государственного управления реформированием создаются на межведомственном уровне (например, межведомственные

¹⁴ На практике имеет место передача федеральными органами исполнительной власти, в ведении которых находятся федеральные государственные учреждения, части государственных функций, связанных с хозяйственным управлением на основании специальных договоров. С административно-правовой точки зрения такая практика представляется спорной (по крайней мере, в отсутствие специального федерального закона, определяющего статус государственных и муниципальных учреждений).

¹⁵ Распоряжение Правительства РФ от 15 августа 1997 г. № 1142-р «О составе правительственной комиссии по реформированию научной сферы» // СЗ РФ. 1997. № 34. Ст. 4014.

¹⁶ Постановление Правительства РФ от 13 ноября 1997 г. № 1416 «О создании правительственной комиссии по реформированию уголовно-исполнительной системы Министерства внутренних дел Российской Федерации» // Там же. № 46. Ст. 5320.

¹⁷ Постановление Правительства РФ от 1 июля 1997 г. № 777 «Об образовании правительственной комиссии по реформированию жилищно-коммунального хозяйства в Российской Федерации» // Там же. № 27. Ст. 3235.

¹⁸ Постановление Правительства РФ от 15 февраля 2002 г. № 118 «Об утверждении положения о комиссии Правительства Российской Федерации по реформированию электроэнергетики» // Там же. 2002. № 8. Ст. 842.

¹⁹ Постановление Правительства РФ от 21 августа 2003 г. № 514 «О правительственной комиссии по разработке нормативных правовых актов в области реформирования и регулирования земельных отношений» // Там же. 2003. № 34. Ст. 3376.

комиссии по реформированию бухгалтерского учета и отчетности,²⁰ по разработке программы реформирования социальных льгот,²¹ по реформированию государственной службы²²) и на уровне отдельных органов исполнительной власти (например, рабочая группа Федерального дорожного агентства по разработке проекта Концепции реформирования дорожного хозяйства).

Ключевой особенностью данных образований является ограниченный характер их деятельности, связанный с тем, что они лишь организационно, методически, аналитически или иным образом *обеспечивают* реформирование, а не осуществляют непосредственное административно-правовое управление реформами. Как правило, деятельность подобных институтов сводится к подготовке предложений для исполнительных органов государственной власти, которые затем принимаются, отклоняются или видоизменяются. Такое опосредование последующими решениями органа исполнительной власти, для которого осуществляется разработка предложений по реформированию, не способствует эффективности административно-правового управления реформированием. Вместе с тем создание значительного количества наделенных определенной самостоятельностью совещательно-консультационных образований свидетельствует об особом характере реформирования как вида государственной управленческой деятельности, которая как минимум требует организационного и ресурсного обособления и отграничения от функциональной деятельности федеральных органов исполнительной власти.

В последние годы реформирование отдельных сфер общественного устройства осуществляется в рамках государственных корпораций. Так, Федеральным законом от 21 июля 2007 г. образована государственная корпорация — Фонд содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства.²³ Основная цель ее деятельности заключается в стимулировании реформирования жилищно-коммунального хозяйства России (ст. 4). Создание данной корпорации также направлено на повышение качества реформирования жилищно-коммунального хозяйства (ст. 1). Основной формой деятельности этой государственной корпорации является предоставление финансовой поддержки субъектам Российской Федерации и муниципальным образованиям на проведение капитального ремонта многоквартирных домов, переселение граждан из аварийного жилищного фонда. Деятельность корпорации «координирует» Минрегионразвития РФ.²⁴ Корпорация является временно действующей организацией (*ad hoc*), подлежащей ликвидации с 1 января 2012 г. или ранее (при условии

²⁰ Постановление Правительства РФ от 21 июля 1997 г. № 910 «О межведомственной комиссии по реформированию бухгалтерского учета и финансовой отчетности» // Там же. 1997. № 30. Ст. 3649 (ред. от 5 марта 1998 г.).

²¹ Распоряжение Правительства РФ от 27 мая 2000 г. № 714-р «Об образовании межведомственной комиссии по разработке программы реформирования системы социальных льгот» // Там же. 2000. № 23. Ст. 2450.

²² Распоряжение Президента РФ от 11 июля 2003 г. № 351-рп «О межведомственной рабочей группе по обеспечению мероприятий, связанных с реформированием государственной службы Российской Федерации» // Там же. 2003. № 28. Ст. 2924.

²³ Федеральный закон от 21 июля 2007 г. № 185-ФЗ «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства» // Там же. 2007. № 30. Ст. 3799.

²⁴ Указ Президента РФ от 24 сентября 2007 г. № 1274 «Вопросы структуры федеральных органов исполнительной власти» // Там же. № 40. Ст. 4717 (ред. от 12 мая 2008 г.).

использования в полном объеме средств Фонда, предназначенных для осуществления его деятельности).

Согласно Федеральному закону «О некоммерческих организациях»²⁵ государственной корпорацией признается не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная Российской Федерацией на основе имущественного вноса и созданная для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций. Государственная корпорация создается на основании федерального закона. Имущество, переданное государственной корпорации Российской Федерацией, является собственностью государственной корпорации.

По существу, государственная корпорация является специальной формой федерального государственного учреждения, которой допускается передача части функций государственного управления и имущество которой находится в ее собственности (а не в оперативном управлении). Соответственно, Российская Федерация оперирует корпоративными, а не административными методами управления переданным в государственную корпорацию имуществом (путем участия уполномоченных представителей государства в ее органах управления). Таким образом, с точки зрения полномочий Российской Федерации в области управления и правового режима имущества государственная корпорация близка к акционерному обществу со стопроцентным государственным участием, а с точки зрения осуществляемых корпорацией функций — к федеральному государственному учреждению.

Тем не менее государственная корпорация не осуществляет государственное управление реформированием, она сама является одним из механизмов такого управления — «проводником» воли государства в направлении финансирования тех или иных преобразовательных процессов.²⁶

Традиционным для российской правовой системы является закрепление за отдельными федеральными органами исполнительной власти функций по реформированию некоторых входящих в их компетенцию направлений их собственной деятельности. Так, Постановлением Правительства РФ от 3 июня 2002 г. № 377 «Об утверждении положения о Министерстве имущественных отношений Российской Федерации»²⁷ устанавливалось, что Министерство «формирует предложения по совершенствованию методов реформирования имущественных и земельных отношений в целях повышения эффективности экономики и ее социальной ориентации».

Зачастую федеральные органы исполнительной власти создавали специальные внутренние подразделения (департаменты, управления), предметом деятельности которых становилось административно-правовое управление реформированием.²⁸ В данном случае не учитывался

²⁵ Федеральный закон «О некоммерческих организациях» от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ // Там же. 1996. № 3. Ст. 145; 2007. № 49. Ст. 6061.

²⁶ Деятельность Фонда реформирования жилищно-коммунального хозяйства РФ также не может быть отнесена к административно-правовому управлению потому, что она не соответствует такому признаку государственной управленческой деятельности, как непрерывность (см.: *Административное право* / Д. Н. Бахрах, Б. В. Россинский, Ю. Н. Стариков. 3-е изд. М., 2007. С. 34).

²⁷ СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2178.

²⁸ Приказ Минтранса РФ от 2 февраля 2006 г. № 16 «Об утверждении положения о Департаменте структурного реформирования Министерства транспорта Российской Федерации» (документ официально не опубликован).

комплексный характер реформирования как особого вида государственной управленческой деятельности, поэтому речь здесь может идти скорее об управлении преобразованиями, а не о реформировании.²⁹ Административно-правовое управление реформированием осуществляется без отграничения от процессов государственного управления текущей деятельностью (государственного функционирования), что существенным образом снижает его эффективность.

Особым случаем комплексного подхода к административно-правовому управлению реформированием является деятельность Министерства экономического развития и торговли РФ (МЭРТ, ныне — Минэкономразвития). В новейшее время это было первой попыткой создания специального федерального органа государственной власти, предметом деятельности которого станет не функциональная, а системная деятельность по изменению общественных отношений по отдельным сферам и в совокупности (государственное реформирование). Так, с 2000 г. в положении о Министерстве экономического развития и торговли РФ³⁰ указывалось, что оно совместно с другими федеральными органами исполнительной власти разрабатывает государственную политику в области реформирования предприятий (организаций), осуществляет общее методическое руководство реформированием и координацию деятельности федеральных органов исполнительной власти в этой области, проводит анализ и оценку эффективности реализуемых мероприятий (подп. 23 п. 7).

Но Министерство не осуществляло непосредственного административно-правового управления реформированием, которое обеспечивалось отраслевыми органами управления, оно осуществляло лишь координационную и аналитическую функции управления, задавало иным федеральным органам исполнительной власти стратегический вектор развития прежде всего в сфере экономических реформ. Кроме того, недостатком в реформаторской деятельности МЭРТ стал его равный статус по отношению к иным федеральным органам исполнительной власти, что зачастую приводило к игнорированию его предложений. Наконец, деятельность МЭРТ не была вполне свободной от иной функциональной деятельности не связанной с управлением реформированием, что также сказывалось на его эффективности. Например, МЭРТ осуществляло в установленном порядке реализацию мер нетарифного регулирования внешнеторговой деятельности, в том числе выдачу лицензий на осуществление операций по экспорту и импорту. С началом нового этапа административной реформы в 2004 г. МЭРТ лишилось своего статуса координационного центра управления реформированием и трансформировалось в функциональный орган управления экономикой страны.³¹

Таким образом, можно выделить следующие типологизированные группы образований, деятельность которых в разное время в той или иной степени связана с государственным управлением реформированием

²⁹ Подробнее об отграничении понятия «реформа» от смежных понятий см.: *Синюгин В. Ю.* Проблемы и перспективы правового обеспечения реформ в современной России. М., 2008. С. 53.

³⁰ Постановление Правительства РФ от 21 декабря 2000 г. № 990 «Об утверждении положения о Министерстве экономического развития и торговли Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 1 (ч. II) (ред. от 4 июля 2003 г.).

³¹ Постановление Правительства РФ от 27 августа 2004 г. № 443 «Об утверждении положения о Министерстве экономического развития и торговли Российской Федерации» // Там же. 2004. № 36. Ст. 3670 (ред. от 20 мая 2005 г.).

1) *совещательно-консультационные* при федеральных органах государственной власти (комиссии, рабочие группы, рабочие центры); 2) *обеспечительные*, функционирующие в рамках федеральных государственных учреждений или государственных корпораций (Аналитический центр при Правительстве РФ, государственная корпорация — Фонд содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства); 3) *функционально-специализированные*, функционирующие в форме органов государственной власти или их внутренних структурных подразделений, которые осуществляют как государственное управление текущей деятельностью (государственное функционирование), так и деятельность по изменению общественных отношений по отдельным сферам и в совокупности (государственное реформирование).

Рассмотренные примеры свидетельствуют о том, что попытки системного подхода к государственному управлению реформированием на федеральном уровне в российской правоприменительной практике имели место только в отношении экономических реформ. Однако функциональная деятельность исполнительных органов государственной власти так и не была в полной мере *de jure* и *de facto* ограничена от деятельности по государственному реформированию. Это привело к снижению эффективности административно-правового управления реформированием в целом. Кроме того, деятельность совещательно-консультационных и обеспечительных образований не имела административно-правовой природы, что обусловило «недоиспользование» правоустанавливающих и правоприменительных механизмов государственного управления, ограниченность применяемого ими управленческого инструментария.

По мнению ряда исследователей, в настоящее время реформирование становится доминирующим в деятельности органов государственной власти,³² во многом является основанием для оценки эффективности их деятельности в целом. Этим обусловлен поиск новых путей организации административно-правового управления реформированием с учетом накопленного опыта преобразований, культурно-исторических и социально-экономических особенностей России, а также на основе мировой практики.

Провозглашенный высшим руководством России тезис о приверженности курсу инновационных преобразований,³³ а также комплексный характер реформирования как объекта государственного управления предопределяет необходимость создания в современной России специального федерального органа исполнительной власти, ответственного за процессы реформирования в целом; он должен объединять функции центра взаимодействия и ответственности за реформирование не только отдельных сфер общественных отношений, но и их совокупности. Этот федеральный орган должен обладать функциями общей координации деятельности иных федеральных органов исполнительной власти и их экспертной поддержки, а также правами самостоятельного административно-правового управления реформированием с возможностью их делегирования на соответствующих стадиях отдельных реформ специализированным федеральным органам исполнительной власти.

³² См., напр.: *Бизнес в 2007 году: как проводить реформы. Сравнение норм государственного регулирования по 175 странам.* М., 2007. С. 5–13.

³³ Путин В. В. Выступление на расширенном заседании Государственного совета «О стратегии развития России до 2020 года» // <http://www.kremlin.ru/text/appears/2008/02/159528.shtml>

В функции этого органа должен входить контроль за подготовкой, реализацией и закреплением результатов реформирования. Одним из механизмов такого контроля может стать лишение отраслевых функциональных органов исполнительной власти предоставленных им полномочий в области реформирования, что позволит существенно повысить эффективность государственного управления реформированием и на отраслевом, и на межведомственном уровне.

Использование при административно-правовом управлении реформированием механизмов делегирования и лишения полномочий по реформированию между единым федеральным органом исполнительной власти в области реформирования и отраслевыми органами позволит в полной мере реализовать потенциал так называемых горизонтальных административных правоотношений, при котором взаимодействие сторон правоотношения осуществляется в рамках административных договоров.³⁴

Единый федеральный орган исполнительной власти в области реформирования должен обладать особым статусом в системе и структуре иных федеральных органов исполнительной власти. Примером этого являются федеральные органы исполнительной власти, руководство деятельностью которых осуществляет непосредственно Президент или Правительство РФ.³⁵ В настоящее время такие органы выделены в особые группы в связи с высокой государственной значимостью реализуемых ими функций (например, ФСБ, СВР, Федеральное космическое агентство) либо в связи с преимущественно межотраслевым характером их деятельности (Минюст, Федеральная служба по тарифам, Федеральная антимонопольная служба). Особый статус федерального органа исполнительной власти в области реформирования должен формализовать его полномочия по межведомственному управлению реформированием.

Деятельность единого федерального органа исполнительной власти в области реформирования, как и основные процессуальные рамки реформирования в целом, надлежит формализовать в специальном федеральном законе, определяющем принципы процессов реформирования; основные понятия, используемые при реформировании; правила о разграничении полномочий и ответственности различных уровней государственной власти в области реформирования; описание стадий и инструментария реформ, механизмов контроля за подготовкой, реализацией и закреплением результатов реформирования; порядок ресурсного и нормативно-правового обеспечения реформирования; требования к информационной открытости процессов реформирования; требования об участии в реформировании общественных и негосударственных организаций; порядок рассмотрения споров, оценки промежуточных и итоговых результатов реформ с применением системы целевых показателей.

³⁴ *Административное право России* / под ред. Н. Ю. Хамановой. М., 2007. С. 108.

³⁵ Указ Президента РФ от 12 мая 2008 г. № 724 «Вопросы системы и структуры федеральных органов исполнительной власти» // СЗ РФ. № 20. Ст. 2290.

ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ РОССИИ И ЕС

Н. Н. ВОЗНЕСЕНСКАЯ*

От редакции. Автор предлагаемой вниманию читателей статьи — Нинель Николаевна Вознесенская — не нуждается в особом представлении. Н. Н. Вознесенская — доктор юридических наук, профессор, ведущий научный сотрудник Института государства и права Российской Академии наук.¹ Она является одним из самых авторитетных специалистов в сфере международного частного права и особенно в вопросах правового регулирования иностранных инвестиций. В этой области авторитет профессора Н. Н. Вознесенской непререкаем. Нинель Николаевной опубликовано свыше 200 научных работ в российских и зарубежных изданиях по различным аспектам международного частного права. В частности, в 2001 г. она выпустила монографию «Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт (Сравнительно-правовой комментарий)»,² ставшую этапной в российской литературе, посвященной иностранным капиталовложениям. С рядом интересных публикаций в ведущих юридических изданиях Нинель Николаевна выступила в самое последнее время. В частности, возьмем на себя смелость порекомендовать читателям весьма критический разбор нового Федерального закона от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства».³

Помещая в рубрике «Актуальные проблемы международного права» статью Н. Н. Вознесенской, мы не сомневаемся, что она привлечет к себе внимание читателей. Казалось бы, вопрос о правовом статусе иностранных юридических лиц неоднократно и весьма подробно анализировался как в отечественной, так и в зарубежной доктрине. По различным аспектам этой проблемы написано бесчисленное количество научных работ. Есть ли основания считать затронутые в статье проблемы актуальными?

Безусловно. Во-первых, несмотря на многолетние усилия, так и не преодолена разногласия в регулировании статуса юридических лиц в законодательстве различных государств. Не совпадают подходы к определению правосубъектности и национальности компаний, содержанию понятия «личный статус» юридического лица, а также отысканию того правопорядка, который

* Вознесенская Нинель Николаевна — д. ю. н., профессор, ведущий научный сотрудник ИГП РАН.

© Н. Н. Вознесенская, 2009

¹ Подробнее о биографии Н. Н. Вознесенской см.: *Российская ассоциация международного права. 1957–2007. Биографический словарь* / отв. ред. С. В. Бахин. СПб., 2007. С. 58–59.

² *Вознесенская Н. Н. Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт (Сравнительно-правовой комментарий)*. М., 2001.

³ *Вознесенская Н. Н. Новые тенденции в регулировании иностранных инвестиций в России* // Журнал международного частного права. 2009. № 3. С. 3–17.

является компетентным для регулирования различных аспектов его правового положения. Во-вторых, попытки осуществить сближение национального законодательства в этой сфере оказались безуспешными. В-третьих, процессы глобализации, расширения и усложнения мирохозяйственных связей, формирования единых экономических пространств привели к тому, что вопросы деятельности юридических лиц в рамках иностранных для них правопорядков неуклонно усложняются. Более того, возникает необходимость переосмыслить те нормативные и доктринальные положения, которые, казалось бы, устоялись и стали привычными.

Как подчеркивает Н. Н. Вознесенская, для любого государства, допускающего иностранный капитал на свою территорию, тем более в приоритетные сферы экономики, небезразлично, кто реально владеет тем или иным предприятием, чьи капиталы и интересы в нем представлены. Между тем используемые на практике критерии определения национальности (личного закона) юридического лица во многих случаях не позволяют выявить реальную связь предприятия с экономикой той или иной страны. Юридическое лицо, инкорпорировавшись в конкретном государстве, т. е. получив номинально национально-правовую форму, затем легко проникает в те сферы экономики, которые закрыты в данном государстве для иностранного капитала. Поэтому автор статьи предлагает при определении национальности юридических лиц использовать не один критерий, а их совокупность (как это уже сделано в законодательстве и судебной практике некоторых государств), а также анализировать не только юридическую связь компании с правопорядком определенного государства, но и ее реальный экономический статус.

Однако наибольший интерес в статье Н. Н. Вознесенской представляют сравнения и параллели, которые проводит автор, во-первых, сопоставляя законодательство и судебную практику различных государств; во-вторых, показывая, что в правовой системе Российской Федерации и правопорядке Европейского Союза возникают сходные проблемы. Это касается определения правового режима для юридических лиц, вопросов их признания, перемещения из одного государства в другое, а также объема правомочий юридического лица на территории иностранного государства.

Выражая признательность Нинель Николаевне за присланную интересную статью, будем надеяться, что поднятые в ней вопросы станут предметом заинтересованного обсуждения на страницах «Правоведения» в дальнейшем.

С. В. Бахин

Проблема юридических лиц в международном частном праве рассматривалась в отечественной литературе еще в дореволюционный период. В настоящем исследовании права России и ЕС анализируются лишь отдельные аспекты этой сложной проблемы, которые при современном развитии мирохозяйственных связей являются наиболее существенными и, несомненно, актуальными как для России, так и для стран Европейского Союза. С этих позиций считаем наиболее важным исследование правового статуса иностранного юридического лица в современном мире, т. е. определение его личного закона, его национальности, объема правосубъектности и т. д.

Стоит отметить, что для России актуальность этой проблемы в полной мере проявилась лишь с принятием Закона РСФСР от 4 июля 1991 г.

№ 1545-1 «Об иностранных инвестициях».⁴ В период существования СССР никаких иностранных юридических лиц в нашей стране не было, иностранный капитал не допускался, и вся проблема сводилась лишь к определению правового статуса иностранных контрагентов советских внешнеторговых объединений при внешнеторговых сделках.

В настоящей работе обращается внимание на некоторые тенденции, которые можно наблюдать сегодня в науке и судебной практике России и стран ЕС. Это относится, например, к переосмыслению доктрины контроля при решении вопроса о национальности юридических лиц. Общую обеспокоенность как юристов стран ЕС, так и российских исследователей вызывает излишний либерализм при определении национальности компаний, что, по сути, дает иностранным компаниям возможность пользоваться преимуществами национальных образований. Важной и сложной является проблема признания юридических лиц. Эта тема значительно более актуальна для стран ЕС, стремящихся к созданию единого экономического и правового пространства, однако она важна и для России, являющейся крупнейшим торговым партнером этих стран. К тому же проблема признания иностранных компаний в российской литературе разработана недостаточно.

Сравнительно-правовой подход к исследуемым вопросам позволяет выявить как общие тенденции развития права в этой сфере, так и специфику регулирования в России и в странах ЕС. Отметим в связи с этим некоторые исходные позиции, необходимые для рассмотрения вопроса о статусе юридических лиц.

1. Международное частное право (МЧП) в отличие от других отраслей национального права значительно более толерантно к иностранному праву. В международном частном праве изначально заложена возможность применения иностранного права. Это объясняется тем, что МЧП регулирует отношения с так называемым «иностранным элементом» — элементом иного государства. Наличие иностранного элемента предполагает столкновение правопорядков, «конфликт законов», по крайней мере, двух государств: того, где возникли правоотношения с иностранным элементом, и того, к которому относится этот иностранный элемент.

Государства нашли выход из данной ситуации в особом методе регулирования отношений с иностранным элементом — коллизионном, позволяющем определить то право, которое в конкретном случае будет регулировать указанные отношения. Право, к которому отсылает коллизионная норма, как минимум, для одной из сторон является иностранным.

Помимо этого, в международных договорах и национальном законодательстве в качестве основополагающего начала в регулировании договорных отношений с иностранным элементом закреплен принцип автономии воли сторон, дающий сторонам возможность самим выбрать право, которому они желают подчинить свои правоотношения. По крайней мере, для одной из сторон избранное право также будет иностранным.

2. В современном мире с ростом мирохозяйственных связей, углублением процессов глобализации и т. д. в праве большинства стран происходят изменения, которые постепенно приводят к сокращению в их праве национальной составляющей. Сближение (унификация и гармонизация) приводит к постепенной замене национальных норм унифицированными нормами.

⁴ Ведомости СНГ и ВС РСФСР. 1991. № 29. Ст. 1008.

В отдельных интеграционных группировках, например в ЕС, появилось европейское право (право Сообщества), общее для стран-участников. Естественно, оно оказало и оказывает значительное влияние на национальное право соответствующих государств. Каков будет конечный результат все расширяющихся процессов унификации права — вопрос не простой и, по-видимому, неоднозначный.

Понятно, что когда упрощаются, унифицируются правила, скажем, международной торговли, это облегчает товарооборот, и это полезно. Унификация права, вне зависимости от отрасли, оправданна и полезна, когда она обеспечивает общий для всех участвующих государств интерес, в этом случае она и более успешна. Если же сталкиваются противоположные экономические интересы разных стран, единые правила могут оказаться непригодными.

Право опосредует экономические отношения, отражая экономические интересы той или иной страны или группы стран. В связи с этим следует заметить, что унификация, например, инвестиционного права в силу неоднородности экономического развития разных государств, наличия разных экономических интересов и многих противоречий не только нецелесообразна, но может оказаться и весьма вредной. Чем теснее правовое регулирование в конкретной сфере связано с экономическими интересами, тем менее оно поддается унификации. Государства в этом случае сохраняют и отстаивают свое национальное законодательство.

3. В известной мере по этой причине процесс унификации не привел ни к унификации, ни к сближению правового регулирования института юридического лица, который сегодня получил универсальное распространение «в качестве правового средства, обеспечивающего предствление (“субъективизацию”) в экономическом обороте массивов имущественных ценностей, предназначенных для достижения той или иной экономической цели».⁵

Юридическое лицо — это та правовая форма, в которой воплощаются, действуют, взаимодействуют, переплетаются огромные экономические средства, капиталы. Несмотря на многие попытки, в этой сфере не преодолены значительные различия, многообразие правовых форм юридического лица, подходов к пониманию и определению национальности юридического лица, к проблеме правосубъектности, ее объему и т. д. Разногласия в законодательстве стран ЕС, например, до сих пор затрудняет осуществление основополагающего принципа Договора об учреждении Европейского экономического сообщества от 25 марта 1957 г. (далее — Римский договор 1957 г.). — свободного движения лиц, услуг и капиталов. Стремительное развитие экономики, международное переплетение капиталов, появление монополий и сверхмонополий, что характерно для современного мира, не только не привели к унификации правового статуса юридического лица, самым тесным образом связанного с этими процессами, но явились причиной существенной трансформации самой его сути, «превратив его в универсальный инструмент участия иностранных субъектов в хозяйственной жизни зарубежных стран».⁶

Личный закон юридического лица и его национальность. Когда проблема юридического лица рассматривается в аспекте международного

⁵ Асосков А. В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М., 2003. С. 16.

⁶ Там же. С. 10.

частного права, это означает, что анализируется *иностранное юридическое лицо* с точки зрения права того государства, которое либо принимает это юридическое лицо, либо квалифицирует его как участника сделки, совершаемой между этим лицом и национальной компанией данного государства. Задача сводится к тому, чтобы определить частноправовой статус иностранного юридического лица, отыскать тот правопорядок, который является компетентным для регулирования вопросов его правового положения.

Правовой статус юридического лица всегда определяется единственным законом — личным законом (статутом) юридического лица. Личный закон устанавливает основные правовые параметры юридического лица, он отвечает на вопрос о том, является ли конкретное образование юридическим лицом, какова его правоспособность, каковы полномочия органов, его представляющих, какова ответственность данного юридического лица и т. д. К решению этих вопросов применим лишь один закон — личный закон юридического лица. В данном случае основополагающий принцип МЧП — принцип автономии воли — неприменим.

Однако следует отметить, что в работах П. Арминьона и Ж. Мазо выдвигалась теория автономии воли участников юридического лица при определении его личного закона. Она была признана несостоятельной. Критики этой теории справедливо указывали, что участники юридического лица, желая выбрать его национальность (личный статут), не могут игнорировать требования законодателя. «Воля не автономна настолько, — писал М. И. Брун, — чтобы юридическое лицо могло иметь ту национальность, которую не хочет признавать за ним национальный законодатель».⁷

Сфера действия личного статута юридического лица, как правило, определяется в законах о международном частном праве; кроме того, она находит отражение в судебной практике и доктрине.

Россия. Статья 1202 Гражданского кодекса РФ содержит перечень вопросов, решаемых на основе применения личного закона юридического лица. К вопросам личного закона юридического лица согласно ст. 1202 ГК РФ относятся: 1) статус юридического лица; 2) организационно-правовая форма юридического лица; 3) требования к наименованию юридического лица; 4) вопросы создания, реорганизации, ликвидации юридического лица, в том числе вопросы правопреемства; 5) содержание правоспособности юридического лица; 6) порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей; 7) внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками; 8) способность юридического лица отвечать по своим обязательствам.

Таким образом, личный закон регулирует вопросы, касающиеся учреждения, функционирования, управления, ликвидации юридических лиц и т. д. Комментируя ст. 1202 ГК РФ, некоторые российские юристы указывают, что содержащийся в ней перечень не является исчерпывающим, и что ряд других вопросов, в ней не перечисленных, также «должен решаться на основе применения личного закона юридического лица, поскольку их связь с правосубъектностью очевидна».⁸

⁷ Брун М. И. Юридические лица в международном частном праве. Кн. 1. О личном статусе юридического лица. Пг., 1915. С. 43.

⁸ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса РФ / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. М., 2003. С. 398–399.

В литературе по международному частному праву распространено мнение, согласно которому личный закон юридического лица определяет также его государственную принадлежность и национальность. Л. А. Лунц писал: «Под “национальностью” применительно к юридическим лицам понимают как личный закон (личный статут) организации, так и ее государственную принадлежность».⁹ Ю. М. Юмашев, также отождествляя эти понятия, пишет: «Проблема “национальности” компаний — прежде всего, проблема ее юридического статуса... “Национальность” компаний, таким образом, показывает, закон какого государства является ее “личным законом” или “личным статутом”... Иными словами, проблема “национальности” сводится к отысканию “личного статута” компаний, регламентирующего их правовой статус».¹⁰ Та страна, закон которой является личным законом компании, определяет ее национальность и государственную принадлежность.

Вместе с тем время от времени в российской литературе поднимается вопрос о соотношении понятий «личный статут» юридического лица и «национальность» юридического лица. Так, А. В. Асосков пишет: «Понятие “личный статут юридического лица” используется для решения вопросов исключительно частноправового характера... и имеет отношение только к коллизионному правовому регулированию. Категория же “национальности юридического лица” имеет гораздо более широкую область применения, которая затрагивает, прежде всего, публично-правовые институты».¹¹ С этим следует согласиться. Однако из того факта, что категория «национальность» приходится на сферу не только частного, но и публичного права, автор делает вывод о том, что слово «национальность» не должно применяться в международном частном праве, поскольку тогда, по сути, оно превращается в синоним выражения «личный статут юридического лица». «На наш взгляд, — заключает А. В. Асосков — такое использование юридических категорий не является приемлемым».¹²

Полагаем, что данный вывод нелогичен. Те публично-правовые вопросы, которые охватываются понятием «национальность», например, вопросы налогообложения юридического лица, правовых режимов, изъятий либо стимулирования, устанавливаемых для иностранцев, вопросы дипломатической защиты и т. д., также характеризуют правовое положение юридических лиц, дополняя тем самым их частноправовой статус. Понятие национальности юридических лиц (хотя терминологически и несколько условное) — общепринятая категория, указывающая на их государственную принадлежность, что помогает решать целый ряд проблем, возникающих в отношении юридических лиц в международном плане.

Понятие национальности юридических лиц определяет их правовой статус в более полном объеме, а их личный закон — лишь в объеме частного права; на наш взгляд, очевидно, что эти понятия однородны, и нецелесообразно относить их к разным юридическим категориям. Случаи так называемого «отделения личного статуса юридического лица от его государственной принадлежности»,¹³ о которых, в частности, пишет

⁹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 47.

¹⁰ Юмашев Ю. М. Правовое регулирование прямых иностранных капиталовложений в ЕЭС. М., 1988. С. 16.

¹¹ Асосков А. В. Правовые формы участия... С. 25.

¹² Там же. С. 27.

¹³ Там же. С. 29.

А. В. Асосков, на наш взгляд, следует рассматривать как исключения из общего положения, при котором они обычно совпадают.

Европейский Союз. Положения, аналогичные тем, что перечислены в ст. 1202 ГК РФ, т. е. о сфере действия личного статута юридического лица, содержатся в законах и доктрине зарубежных стран, в том числе и стран ЕС (Италии, Португалии и др.). В Законе Швейцарии 1987 г. «О международном частном праве», по сути, воспроизводится указанный выше перечень, который, однако, дополняется весьма важным пунктом об ответственности за нарушение норм корпоративного права. Что касается сферы действия личного закона юридического лица, то, например, судебная практика и доктрина Франции подчиняют этому закону самый широкий спектр вопросов.

Обстоятельное исследование сферы действия личного закона юридического лица проведено в работе известного французского юриста Ивона Луссуарна, который указывает, что личный закон регулирует широкий круг вопросов, в частности, вопросы учреждения, функционирования, управления, ликвидации юридического лица и т. д. Однако судебная практика и доктрина в странах ЕС подчиняют этому закону еще более широкий спектр вопросов, включая, например, не только вопросы управления, но и вопросы взаимоотношений администраторов и акционеров.

Вместе с тем И. Луссуарн подчеркивает, что хотя круг вопросов, определяемых на основании личного закона юридического лица, и широк, весьма возможны конфликты между этим законом и законами, определяемыми на основании таких коллизионных привязок, как *lex fori*, *lex rei sitae*, *lex loci delicti*. И. Луссуарн также отмечает, что «нередки случаи, когда судебная практика сужает сферу действия личного закона юридического лица, к чему ее побуждает необходимость местного протекционизма».¹⁴

В доктрине стран ЕС превалирует точка зрения о том, что личный закон определяет национальность юридических лиц. Согласно доктрине Франции, например, юридическое лицо обязательно должно быть подчинено закону определенного государства — национальному закону. Оно не может осуществлять свою деятельность (которая проявляется в юридических актах), если оно не будет надлежащим образом учреждено согласно требованиям этого закона. Задача сводится к тому, чтобы отыскать этот национальный закон. «Именно в таком контексте юриспруденция формулирует классическую концепцию национальности юридического лица».¹⁵

В фундаментальном французском труде «Международное частное право», в разделе «Национальность и юридический статус юридического лица», читаем: «Итак, следует найти этот национальный закон и таким образом определить национальность этого юридического лица (*societe*)».¹⁶ Отсюда следует, что французская доктрина не отказывается использовать термин «национальность» в международном частном праве.

Справедливости ради следует вспомнить, что во время Первой мировой войны дискутировался вопрос о том, может ли критерий определения национальности юридического лица по его личному закону использоваться в международных отношениях, т. е. применительно к международному публичному праву? Было высказано два мнения. Ж.-П. Нибуайе, в частности, отрицал в принципе признание национальности за юридическими

¹⁴ Loussouarn I., Bourel P. Droit international prive. Paris, 1980. P. 806.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid. P. 805.

лицами, поскольку их юридический статус в силу коллизии законов (*est ei cause*) сомнителен, и считал определяющим фактором установление лиц контролирующих юридическое лицо.

Однако победила и была воспринята судебной практикой точка зрения известных юристов А. Батифоля и П. Лагарда, которые считали, что национальность юридических лиц всегда определяется применимым правом (*loi applicable*), т. е. личным законом и ничем иным. В судебной практике Франции хотя и используется в ряде случаев теория контроля, но при этом не подвергается сомнению национальность юридических лиц, устанавливаемая согласно их личному закону.

Критерии определения национальности (личного закона). С развитием международных экономических связей растет число субъектов, которые осуществляют свою деятельность, не ограничиваясь рамками одного государства. Во многих случаях возникает необходимость установить, какому государству принадлежит то или иное юридическое лицо, т. е. определить его национальность. Осуществить это на практике довольно трудно, поскольку учреждено юридическое лицо может быть в одной стране, местонахождение иметь — в другой, вести деятельность — в третьей, а акционерами его могут быть физические и юридические лица разных стран.

Проблема определения национальности юридических лиц редко возникает как самостоятельная, обычно она «привязана» к другой проблеме, которую помогает решить. Например, если в законе Франции указаны льготы, которые распространяются только на французов, то, соответственно, необходимо решить, является ли то или иное общество, осуществляющее деятельность на территории Франции, французским. Это необходимо и для решения вопроса о том, распространяется ли на конкретное общество налоговое законодательство конкретной страны. Когда речь идет о дипломатической защите юридического лица, естественно, государства предоставляет такую защиту только «своим» юридическим лицам, т. е. тем, которые принадлежат данному государству.

Вопрос о том, является ли вообще данное образование юридическим лицом, также решается исходя из его национальности. Полное товарищество Законом Франции от 24 июля 1966 г. признается юридическим лицом, а соответствующее ему объединение лиц в Великобритании — *partnership* — нет. В торговом праве Германии полное и коммандитно товарищества формально не являются юридическими лицами, хотя и не делены некоторыми его правами. Определение национальности юридических лиц также весьма значимо при решении вопроса об их признании в других государствах. Приведенные примеры показывают, что вопрос «национальности» юридического лица затрагивает одновременно как частноправовую, так и публично-правовую сферы, а решение его может быть достигнуто с помощью коллизионного метода.

Итак, доктрина международного частного права признано, что юридические лица подчиняются национальному закону, т. е. закону того государства, которому они принадлежат. Однако определить этот самый закон весьма непросто из-за многообразия критериев в коллизионном праве разных стран.

Критерий инкорпорации. В странах, принадлежащих к англосаксонской системе права, используется критерий места учреждения (инкорпорации) юридического лица. Критерий инкорпорации означает, что за юридическим лицом признается национальность государства, на территории которого это лицо учреждено и зарегистрировано.

В основе этого критерия лежит осознание того факта, что юридическое лицо порождается, становится субъектом права по воле государства и вписывается в существующий в нем правопорядок, что и дает основания считать это юридическое лицо привязанным к данному государству. Указанный критерий получил широкое распространение в США, Великобритании, Канаде, Ирландии, Нидерландах, Индии, Нигерии, в Австралии, Новой Зеландии, на Кипре; в ряде стран Латинской Америки — Бразилии, Венесуэле, Мексике, Перу, на Кубе. Россия и многие страны СНГ также применяют этот принцип определения национальности юридических лиц.

Данный критерий в литературе разных стран, включая и те, в которых он применяется, неоднократно подвергался критике. Указывалось, что он носит весьма формальный характер, мало что говорит о характере и месте реальной деятельности юридических лиц, а это создает возможность для различных махинаций, например, создания фиктивных компаний, чья реальная деятельность никоим образом не связана с государством их учреждения.

Несмотря на серьезную обоснованность критики, критерий инкорпорации живуч, поскольку имеет весьма привлекательные свойства, главное из них — юридическое лицо, национальность которого определяется на основе критерия инкорпорации, не утрачивает правосубъектность при переносе своей деятельности в другие страны, чего прочие критерии не обеспечивают.

Критерий местонахождения административного центра (критерий оседлости). В странах континентальной Европы наиболее распространен критерий местонахождения административного центра (*siege sociale*) юридического лица. Он означает, что к юридическому лицу применяется право того государства, где находится главный административный центр юридического лица.

«Закон местонахождения административного центра, — пишет известный французский юрист Ивон Луссуарн, — обычно квалифицируется как личный закон».¹⁷ Однако местонахождение административного центра согласно доктрине иностранных государств также определяется не однозначно; различают «статуарную» (формальную) оседлость, отраженную в уставе (уставное местонахождение компании), и «эффективную» (реальную) оседлость — место, где фактически находится этот центр управления (штаб-квартира). Критерий реальной оседлости взят за основу в Германии, Австрии, Португалии, Греции и т. д.

В практике европейских государств, придерживающихся теории оседлости, отсутствует терминологическое единство. Понятие «штаб-квартира» соответствует понятиям «центр управления» или «фактическое местонахождение компаний». Нередко употребляется термин «главное отделение компаний». Е. Дубовицкая указывает, что уставное местонахождение и штаб-квартира соответствуют российским понятиям — юридический и фактический адрес.¹⁸

Данный критерий также имеет недостатки. В нынешней ситуации, когда компания ведет свою деятельность, не ограничиваясь одной страной, определить, в каком именно государстве она имеет главный орган управления, весьма затруднительно. В некоторых странах под оседлостью

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Дубовицкая Е. Европейское корпоративное право. Свобода перемещения компаний в Европейском Сообществе. М., 2004. С. 8.

подразумевается место осуществления *основной деятельности* компании, в других она рассматривается как самостоятельный критерий определения национальности юридических лиц.

Критерий контроля. Особая роль принадлежит критерию контроля, который был весьма распространен во время Первой и Второй мировых войн. Этот критерий позволяет выяснить, какому государству принадлежит и служит юридическое лицо. При этом во внимание принимается, какому государству принадлежат владельцы, участники конкретного юридического лица. На практике вставал вопрос о запрещении деятельности юридических лиц «враждебной национальности», т. е. принадлежащих к враждебным государствам.

Несмотря на заманчивость данного критерия, направленного на выяснение настоящего положения и государственной принадлежности той или иной компании, практически значение его не столь велико. Неясно, как применить критерий контроля к юридическим лицам с многонациональным составом участников и проследить частые изменения в их составе.

Усилия отыскать единый критерий определения национальности (личного закона) юридических лиц успехом не увенчались, попытки найти компромисс путем заключения международных соглашений также оказались тщетны.¹⁹

В. М. Корецкий писал, что все критерии равно хороши, но и равно недостаточны. «Равно хороши, ибо каждый из них освещает одну сторону проблемы... Все они равно недостаточны, ибо тщатся охватить явление в целом, под неперенным условием подведения всех случаев под одну категорию».²⁰

Усложнение экономических отношений в мире лишь усугубляет трудности по отысканию одного критерия для определения национальности юридических лиц. Судебная практика в этих условиях встала на путь прагматизма и при возникновении сложности использует несколько критериев. При этом в зависимости от обстоятельств может применяться то один, то другой принцип. Например, судебная практика Франции использует критерий *местонахождения административного центра* для выяснения личного закона юридического лица, но может применять критерий контроля, если выяснение национальности этого лица связывается с вопросом о пользовании правами. В США, напротив, для определения подсудности используется принятый в этой стране критерий инкорпорации, а для целей налогообложения — критерий места основной деятельности. Суды целого ряда стран прибегают к использованию нескольких критериев.

Некоторые страны пошли по пути установления в законодательстве нескольких критериев. В качестве примера можно привести Закон Украины от 23 июня 2005 г. «О международном частном праве», вступивший в силу с 1 сентября 2005 г.²¹ В коллизионном праве Украины сочетаются

¹⁹ Имеются в виду Конвенция относительно признания правосубъектности иностранных компаний, ассоциаций и учреждений от 1 июня 1956 г. (далее — Гагская конвенция 1956 г.), разработанная в рамках Гагской конференции по международному частному праву, и Брюссельская конвенция о взаимном признании компаний от 29 февраля 1968 г. (далее — Брюссельская конвенция о компаниях 1968 г.), подготовленная в рамках ЕЭС.

²⁰ Корецкий В. М. Проблемы частного международного права в договорах, заключенных советскими республиками с иностранными государствами // Корецкий В. М. Избранные труды. В 2 кн. / редкол.: В. Н. Денисов и др. Кн. 1. Киев, 1989. С. 34–35.

²¹ Журнал международного частного права. 2006. № 1. С. 43–90.

два критерия для определения национальности юридического лица: инкорпорация и оседлости (местонахождения органов управления). В ст. 25 упомянутого Закона предусматривается, что личным законом юридического лица считается право государства местонахождения юридического лица. Местонахождением юридического лица является государство, в котором юридическое лицо зарегистрировано или иным образом создано согласно праву этого государства. При отсутствии таких условий или если их невозможно установить, применяется право государства, где находится исполнительный орган управления юридического лица.²²

Россия. В современном законодательстве России вопрос об определении личного статуса юридического лица, его национальности решен в ст. 1202 (1) ГК, которая гласит: «Личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо». Тот же принцип применяется при определении личного закона иностранной организации, не являющейся юридическим лицом по иностранному праву. Таким личным законом «считается право страны, где эта организация учреждена» (ст. 1203 (1) ГК). Таким образом, в российском законодательстве установлен принцип инкорпорации при определении национальности юридических лиц.

Этот принцип был закреплен еще в законодательстве СССР, в ст. 124 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 16 мая 1977 г. До 1977 г. законодательно этот вопрос решен не был, хотя в арбитражной практике применялся критерий инкорпорации, который был закреплен во многих двусторонних торговых договорах. Закон места учреждения юридического лица закреплен в Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. (Минская конвенция 1993 г.),²³ в ст. 23 (3) которой указывается, что правоспособность юридического лица определяется законодательством того государства-участника, по законам которого оно было учреждено. Критерий инкорпорации установлен и в п. «а» ст. 11 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 г. (Киевское соглашение 1992 г.).²⁴ Подавляющее большинство стран СНГ также использует критерий инкорпорации при определении национальности юридических лиц.²⁵

В России использование критерия инкорпорации при определении национальности юридических лиц долгое время не вызывало сомнений. Однако после допуска в страну иностранного капитала возникли вопросы и проблемы. Ныне наблюдается значительный рост иностранных инвестиций в экономику разных стран. В ряде государств, в том числе в России, появилось специальное законодательство об иностранных инвестициях, растет число международных соглашений инвестиционного характера.

Государства, заинтересованные в привлечении иностранного капитала, предоставляют иностранным инвесторам национальный режим либо

²² Ерпылева Н. Ю., Батлер В. Коллизионное регулирование в международном частном праве России и Украины // Законодательство и экономика. 2006. № 9. С. 36–48. — См. также: Марышева Н. И., Звеков В. П. Закон Украины 2005 года «О международном частном праве» // Хозяйство и право. 2005. № 5. С. 118–129.

²³ Бюллетень международных договоров. 1995. № 2. С. 3–28.

²⁴ Ведомости СНГ и ВС РФ. 1992. № 44. Ст. 2472.

²⁵ Он предусмотрен ст. 1211 Модельного гражданского кодекса стран СНГ, принятого в 1996 г. Эта статья воспроизводится в ГК Азербайджана 1998 г., ГК Белоруссии 1998 г., ГК Казахстана 1999 г., ГК Кыргызстана 1998 г., ГК Узбекистана 1996 г.

режим наибольшего благоприятствования. Обычно иностранный инвестор, вкладывая свои средства в принимающем государстве, создает в нем свое предприятие, учреждает свою компанию.

Россия (как и прочие страны, где используется критерий инкорпорации при определении национальности юридических лиц) признает компанию иностранного инвестора, зарегистрированную в России, российским юридическим лицом со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Вместе с тем для любого государства, допускающего иностранный капитал на свою территорию, тем более в важные сферы экономики, должно быть безразлично, кто реально владеет тем или иным крупным предприятием, чьи капиталы и интересы в нем представлены. На этот вопрос критерий инкорпорации не отвечает, он его вуалирует, а в данном случае особенно важно установить экономическую связь инвестора.

Эта проблема в России не только не решена, но до мая 2008 г. не была даже поставлена, она затронута лишь в немногих исследованиях. Более того, ее пониманию и решению мешает то обстоятельство, что в российской правовой литературе практически отождествляются понятия иностранного инвестора и иностранного юридического лица, часто они используются как синонимы. Возможно, одна из причин такого положения — то, что в российском Федеральном законе от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (далее — Закон 1999 г.)²⁶ не дано определения иностранного инвестора. В нем лишь указывается, кто может выступать в качестве иностранного инвестора. К ним Закон относит: 1) иностранное юридическое лицо, 2) иностранного гражданина, 3) лицо без гражданства, 4) организацию, не являющуюся юридическим лицом, 5) иностранное государство, 6) международные организации.

Как бы то ни было, но ставить знак равенства между иностранным инвестором и иностранным юридическим лицом вряд ли возможно. Это не одно и то же. Иностранное юридическое лицо — правовая категория; иностранный инвестор, скорее, понятие экономическое. Они могут совпадать, но не всегда. Иностраный инвестор, учреждая свою компанию, скажем, в России, и зарегистрировав ее там, становится российским юридическим лицом, но при этом не перестает быть иностранным инвестором. Он лишь выступает в национальной правовой форме.

В качестве российского юридического лица иностранный инвестор легко проникает в те сферы экономики, которые могут быть закрыты для иностранного капитала (такие сферы существуют во всех государствах); на него не распространяются никакие ограничения, установленные для иностранных инвесторов, поскольку формально он приобрел национальную правовую форму.

Таким образом, формальное применение критерия инкорпорации, закрепленного в ст. 1202 ГК, к компаниям с иностранным капиталом, зарегистрированным в России, дает им статус российской национальной компании, может нарушить российское инвестиционное законодательство, содержащее запретительные для иностранных инвесторов меры, дает им возможность легально обойти это законодательство.

Поэтому весьма важно не отождествлять иностранного инвестора с понятием юридического лица (иностранного или национального). Еще раз отметим, что иностранный инвестор, учредив компанию в государстве,

²⁶ СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

где действует критерий инкорпорации, легко приобретает статус национальной компании, оставаясь иностранным инвестором.

Тот факт, что национальная компания может быть одновременно иностранным инвестором, отражен в Сеульской конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций от 11 октября 1985 г.²⁷ В п. «с» ст. 13 этой Конвенции предусмотрено, что «иностранным инвестором может быть признано любое национальное лицо при условии, что инвестируемые им активы переводятся в принимающую страну из-за рубежа». Отсюда также следует, что определяющим фактором для инвестора является экономический критерий — активы, а для *иностранного* инвестора — активы *иностранного* происхождения.

Таким образом, определение национальности юридических лиц согласно критериям международного частного права является делом не только трудным, но и часто недостаточным. В первую очередь это относится к международным инвестиционным отношениям.

Единого решения проблема определения национальности юридических лиц при инвестиционных отношениях не получила. Нами было отмечено, что в судебной практике некоторых стран, главным образом Франции, используется сочетание критериев. При этом большое значение придается критерию контроля.

Другой возможностью решения этой проблемы, на наш взгляд, может быть признание за юридическим лицом, формально имеющим национальность (принадлежность) одного государства, а по капиталу реально принадлежащим лицам другого государства, двух статусов: первого — общепринятого частноправового статуса, определяемого личным законом, второго — инвестиционного статуса, определяемого на основе экономического критерия — по капиталу и реальному контролю.

Если реальный контроль за какой-либо национальной (скажем, российской) компанией осуществляет иностранное лицо, такая национальная компания может быть признана иностранным инвестором. В данном случае все ограничения, существующие в конкретном государстве в отношении иностранных инвесторов, будут распространяться и на формально национальную компанию.

Примерно так решают эту проблему некоторые страны. Так, Закон Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. «Об иностранных инвестициях Республики Казахстан»²⁸ к иностранным инвесторам относил (наряду с другими) юридические лица Республики Казахстан с контрольным пакетом акций у иностранного инвестора. Это либо совместное предприятие, в котором доля участия иностранного участника равна контрольному пакету и дает ему право определять решения предприятия; либо предприятие, полностью принадлежащее иностранному инвестору.

В Законе 1999 г. этот важный вопрос упущен, и Закон не содержит подобной нормы. Двусторонние международные соглашения о взаимной защите иностранных инвестиций оперируют понятием «иностраный инвестор», не касаясь вопроса о его правовой форме.

²⁷ Библиотечка журнала «Вестник ВАС РФ». Специальное приложение. 2001. № 7.

²⁸ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1994. № 23–24. Ст. 280. — В настоящее время данный Закон утратил силу, действует Закон Республики Казахстан от 8 января 2003 г. № 373-II «Об инвестициях» (Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2003. № 1–2. Ст. 4).

Лишь в Федеральном законе от 4 августа 2001 г. № 107-ФЗ «О внесении дополнения в Закон РФ “О средствах массовой информации”»²⁹ предусмотрено, что «иностранное юридическое лицо, а равно российское юридическое лицо с иностранным участием, доля (вклад) иностранного участия в уставном (складочном) капитале которого составляет 50 % и более, не вправе учреждать организации (юридические лица), осуществляющие телевещание».³⁰ Некоторые ограничения предусмотрены в страховом и банковском деле (доступ к этим сферам ограничен во всех странах). Даже в том случае, когда (и если) будет принят Федеральный закон «О перечне отраслей, производств, видов деятельности и территорий, в которых запрещается или ограничивается деятельность иностранных инвесторов», при существующем законодательстве положение не изменится, поскольку, как уже отмечалось, иностранный инвестор, зарегистрировав компанию в России, уже в качестве отечественной компании легко может преодолеть всякие ограничения, установленные для иностранцев, так как они на него уже не будут распространяться.

В минувшем году был принят Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (далее — Закон 2008 г.).³¹ В п. 2 ст. 3 Закона 2008 г. говорится, что понятие иностранный инвестор используется в значении, указанном в ст. 2 Закона 1999 г., однако далее в ст. 3 Закона 2008 г. указывается, что «[в] целях настоящего Федерального закона иностранными инвесторами признаются также находящиеся под контролем иностранных инвесторов организации, в том числе созданные на территории РФ». Это положение, казалось бы, могло решить поставленную проблему, однако слова «в целях настоящего Федерального закона» создают неопределенность, и возникает вопрос: является ли закрепленное в нем важное положение общеприменимым или применяется только к указанному Закону 2008 г.? Судебная практика, по-видимому, поможет ответить на этот вопрос. В заключение данного раздела следует отметить, что в современный период постепенно возрождается теория контроля, которая находит отражение не только в судебной практике, но и в законодательстве, как это явствует из Закона 2008 г.

Европейский Союз. Что касается стран — членов ЕС, то там рассматриваемая проблема приобретает еще большую сложность и практическое значение. В данном случае установление принадлежности конкретной компании к какому-либо государству — члену ЕС означает также и принадлежность ее к Сообществу в целом. В первоначальный период, когда в Сообщество входили всего шесть государств, эта проблема решалась значительно проще, поскольку все эти государства придерживались одного критерия определения национальности — места реальной оседлости.

Однако этому единству пришел конец, когда Голландия 25 июля 1959 г. приняла Закон, согласно которому не считается юридической связью компании с государством место реальной оседлости (*siege riel*). По Закону 1959 г., если компания зарегистрирована в Голландии (где ее *siege statutaire*), она считается голландской, даже если место ее деятельности будет в другом государстве. По праву других первоначальных государств-членов такая компания не являлась бы голландской.

²⁹ СЗ РФ. 2001. № 32. Ст. 3315.

³⁰ Асосков А. В. Правовые формы участия... С. 92–93.

³¹ СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

С расширением Сообщества трудности с определением национальности компаний значительно возросли. Современные страны — члены ЕС придерживаются разных критериев определения национальности юридических лиц. Великобритания, Ирландия, Голландия и Дания используют критерий инкорпорации. Остальные государства — члены ЕС придерживаются разных вариантов критерия административного центра (реальной оседлости). При этом в разных странах определение места административного центра не одинаково. Так, во Франции требуется, чтобы местонахождение всех руководящих органов компании совпадало, а в Германии или Италии такого требования нет.

В литературе стран — членов ЕС неоднократно высказывалось мнение, что критерий оседлости вообще не должен использоваться в государствах — членах Сообщества, так как этот критерий препятствует осуществлению основного принципа Сообщества — свободы выбора места ведения предпринимательской деятельности, закрепленного еще в Римском договоре 1957 г. (свобода движения лиц, услуг и капиталов), а тот факт, что государства — члены ЕС придерживаются разных критериев определения национальности юридических лиц, препятствует свободному перемещению деятельности компаний из одного государства в другое внутри Сообщества.

В целях преодоления указанных препятствий и создания возможности свободного предпринимательства в рамках Сообщества в ст. 58 (1) Римского договора 1957 г. предусмотрено, что «принадлежащими к странам — членам ЕС считаются компании, учрежденные в соответствии с законом одной из стран — участниц Сообщества и имеющие статутарную оседлость (*leur siege statutaire*), административный центр или место основной деятельности внутри Сообщества».³²

Из текста следует, что в Римском договоре 1957 г. не сформулировано никаких новых привязок, используются те, которых придерживались страны — члены ЕС, что позволяет свободно осуществить выбор той привязки, которая желательна в конкретном случае.

Комментируя эту статью, юристы стран Сообщества писали: «Отсюда следует, что учреждение компаний в соответствии с законом одного из государств-членов и указание в уставе компании ее места формальной оседлости достаточно, чтобы эта компания была признана принадлежащей Сообществу, и не важно, если эта компания будет полностью контролироваться компаниями третьих стран или же место ее реальной оседлости и деятельности будет вне стран Сообщества».³³

Кроме того, было подчеркнуто, что текст ст. 58 Римского договора 1957 г. позволяет избрать одну из трех привязок: статутарную оседлость (инкорпорацию), место административного центра или место основной деятельности — при этом избрание в качестве привязки статутарной оседлости может означать лишь юридическую, формальную связь такой компании с Сообществом, при отсутствии всякой реальной с ним связи; несмотря на это, такая компания будет пользоваться значительными преимуществами в каждом государстве — члене ЕС.

Таким образом, компания, полностью контролируемая, скажем, японцами или американцами и имеющая реальную оседлость и деятельность в Токио или Нью-Йорке, а статутарную оседлость (инкорпорацию) в Голландии,

³² Goldman B., Lyon-Caen A. Droit commercial europeen. Paris, 1983. P. 205.

³³ Ibid. P. 205–206.

Великобритании, Ирландии или Дании, может обосноваться в Сообществе на тех же условиях, что и национальные компании стран — членов ЕС.

Многие юристы стран — членов ЕС, особенно французские, обеспокоены столь либеральным подходом Римского договора 1957 г. к определению национальности (принадлежности) компаний к одному из государств — членов ЕС, что дает, по их мнению, по сути, иностранным компаниям право безосновательно пользоваться преимуществами принципа «свободы учреждения» (*libre etablissement*), в то время как они не связаны с Сообществом ничем иным, кроме формальности, будучи лишь формально инкорпорированными в одной из его стран.³⁴

Об этом же пишут и немецкие ученые Х. Кох, У. Магнус и П. Винклер фон Моренфельс в работе «Международное частное право и сравнительное правоведение». Они приводят похожие примеры, также свидетельствующие об излишнем либерализме, касающемся принципа «свободы учреждения» компаний.

Так, американская дочерняя компания, созданная по праву Нидерландов в Роттердаме и зарегистрировавшая в ней свой устав как голландская компания, имеет свой административный центр в Сан-Франциско. Это позволяет ей не только юридически, но и фактически осуществлять свою деятельность в Общем рынке ЕС на тех же условиях, что и компании государств-членов.³⁵ Критерий инкорпорации, пишут указанные авторы, приводит к тому, что учрежденная в странах — членах ЕС компания приобретает национальность, скажем, Великобритании, где используется принцип инкорпорации, даже если руководители и держатели основного пакета ее акций являются лицами третьих стран.

Юристы стран — членов ЕС считают создавшееся положение, кроме всего прочего, несправедливым, подчеркивая, что при таком либерализме нарушается одно из важнейших условий и принципов Сообщества. При этом подчеркивается, что преимущества, которые страны — члены ЕС согласились взаимно предоставлять друг другу, основаны на их участии в Сообществе и непосредственно связаны с этим участием и с их частичным отказом от своего суверенитета в пользу Сообщества.

Поэтому они считают абсолютно необходимым, чтобы любая компания для получения преимуществ Сообщества имела бы экономические связи с Сообществом, а юридическая связь с тем или иным государством-членом являлась бы лишь дополнением этих экономических связей.³⁶

Российский исследователь Ю. М. Юмашев, анализируя право о компаниях в ЕС, пишет: «Право континентальной Европы требует реальной юридической связи компании с государством. Это практически означает необходимость домицилирования ее административного центра и места инкорпорации». Далее он отмечает: «Одних юридических критериев для определения “национальности” юридических лиц часто недостаточно, и требуется связывать их более тесно с экономическими критериями, например с упомянутым критерием центра эффективного принятия решений».³⁷ Полагаем, что высказанные положения о необходимости установления как юридических, так и экономических связей весьма важны,

³⁴ Ibid. P. 206.

³⁵ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2003. С. 217–218.

³⁶ Goldman B., Lyon-Caen A. Droit commercial europeen. P. 206.

³⁷ Юмашев Ю. М. Правовое регулирование прямых иностранных капиталовложений в ЕЭС. С. 20.

а в современную эпоху, с ростом взаимопроникновения хозяйственных связей разных стран, такая необходимость становится все более очевидной.

Многообразие форм и методов современных международных взаимосвязей, по-видимому, трудно уложить в разработанные юридические категории и подчинить критериям, выдвинутым ранее, к тому же разработанным в совершенно иных обстоятельствах.

Обеспокоенность юристов стран — членов ЕС тем, что в праве Сообществ за компаниями других стран слишком легко признается принадлежность (национальность) к Сообществу (что дает им возможность пользоваться преимуществами, которыми обладают национальные общества), продиктована стремлением защитить экономические интересы своих государств. Поэтому они и считают необходимым установить экономические связи таких компаний с Сообществом (или одним из его государств-членов).

Таким образом, необходимо отметить, что и в ЕС, и в России существует практически одна и та же проблема, которая связана с вопросом определения национальности юридических лиц и экономической безопасностью государств.

Проблема признания иностранных юридических лиц. Вопрос о национальности имеет первостепенное значение при решении проблемы о признании иностранных юридических лиц. За пределами создавшего его государства юридическое лицо не существует, если только оно не будет признано в качестве такового законодательством другого государства.

Признание компаний является необходимым условием их допуска к деятельности в признавшей их стране. Проблема признания компаний включает и вопрос о перенесении компаниями своего местонахождения из одной страны в другую.

Необходимость взаимного признания юридических лиц была осознана довольно давно и послужила причиной заключения соответствующих международных соглашений. Одним из первых таких соглашений был Договор Франции и Бельгии от 25 февраля 1854 г. В соответствии с этим Договором Бельгия приняла Закон от 14 марта 1855 г., в котором французские юридические лица признавались на условиях взаимности. Аналогичный Закон о признании бельгийских юридических лиц был принят во Франции 30 мая 1857 г.³⁸

В настоящее время в большинстве стран в законах, доктрине и/или судебной практике установлен принцип автоматического признания юридических лиц. При этом взаимности обычно не требуется.

Признание юридического лица означает признание его правосубъектности, его личного закона и установленных в нем норм, касающихся организационно-правовой формы, создания и ликвидации, внутренней организации этого юридического лица, содержания его правоспособности, его ответственности и т. д.

Однако все не так просто. Существует множество примеров, когда государства отказывали в признании юридических лиц.³⁹ Причинами отказа в признании юридических лиц чаще всего являются коллизии в правовом регулировании статуса юридических лиц, несовпадения критериев определения национальности, государственной принадлежности юридических лиц в разных странах.

³⁸ Loussouarn I., Bourel P. Droit international prive. P. 813.

³⁹ Асосков А. В. Правовые формы участия... С. 47–50; Ануфриева Л. П. Международное частное право. В 3 т. Т. 2. Особенная часть. М., 2000. С. 55–57.

Например, если страны придерживаются критерия административного центра при определении национальности юридических лиц, и какая-либо компания переносит свой административный центр из одной страны в другую, то она не может быть признана в этой стране, так как при переносе она утрачивает свою правосубъектность. Поэтому ей необходимо быть вновь созданной по законам страны, куда она перенесла свой административный центр.

В странах, придерживающихся критерия инкорпорации, этого обычно не происходит. Если юридическое лицо принадлежит государству, где применяется критерий инкорпорации при определении национальности юридических лиц, то оно сохраняет свою правосубъектность, в какую бы страну оно ни перенесло свою деятельность, при условии, естественно, признания его этой страной.

Так, при перемещении своего места деятельности компаниями России, Голландии, Великобритании, Ирландии и других стран, где закреплен принцип инкорпорации, эти компании сохраняют свою правосубъектность, даже если они перемещаются в страну, где используется иной критерий определения национальности юридических лиц. Сохранение правосубъектности в данном случае происходит в силу признания принимающей страной личного закона переместившихся компаний, который не связывает национальность с местонахождением компании.

Если же французская или германская компании (в этих странах существует критерий местонахождения административного центра) перемещают свой административный центр, скажем, в Голландию, то они утрачивают свою правосубъектность и должны учреждаться вновь, потому что именно нахождение административного центра определяло их принадлежность (национальность) к данному государству.

При признании юридического лица другим государством это юридическое лицо подчиняется другому правовому регулированию, попадает в другую правовую среду. В какой степени это оказывает влияние на его личный закон, который признан принявшим это юридическое лицо государством? В первую очередь встает вопрос: сохраняет ли признанное юридическое лицо в другом государстве свою правосубъектность в полном объеме?

Содержание закона о личном статусе иностранного юридического лица может определять правосубъектность этого лица, ее объем несколько иначе, например, шире или уже по сравнению с тем, как это установлено в признавшем его государстве. Полагаем, что вряд ли можно предположить, что принимающее государство предоставит иностранному юридическому лицу те права, которые хотя и отражены в его личном законе, но не предоставляются этим государством своим национальным юридическим лицам.

Доктрина и судебная практика многих государств придерживаются общего правила, согласно которому иностранная компания, признанная другим государством, пользуется в этом государстве теми же правами, что и национальные компании. Например, во Франции суды четко придерживаются этих позиций.⁴⁰

Вместе с тем правоспособность признаваемых компаний согласно их личному закону может быть не столь широкой, как во Франции. Поэтому в судебной практике этой страны принято, что иностранная компания во

⁴⁰ *Loussouarn I., Bourel P. Droit international prive. P. 815.*

Франции не может пользоваться большим объемом правоспособности, чем тот, который она имеет согласно личному закону своего государства.⁴¹ В связи с этим во французской литературе отмечено, что правоспособность, которой пользуется иностранное общество во Франции, может быть ограничена собственным законом этого общества, когда этот закон определяет правоспособность не столь широко, как она определена во Франции.

При достаточно либеральном отношении к иностранным юридическим лицам французский законодатель заинтересован и в определенном контроле за их деятельностью во Франции. Так, от них требуется известная мера публичности, также они подчиняются правилам, обеспечивающим защиту французских клиентов. Иногда для иностранных юридических лиц устанавливаются особые требования публичности или положения о выпуске ими ценных бумаг (*titres*). В остальном они свободно осуществляют свою деятельность во Франции.

В каждом государстве существует механизм правового регулирования иностранных юридических лиц, содержащийся в различных национальных актах, международно-правовых документах и двусторонних международных соглашениях. Эти источники не затрагивают коллизионного регулирования, они содержат материально-правовые нормы прямого действия, которые касаются деятельности иностранных юридических лиц на территории признавшего их государства. Эти нормы определяют правовые режимы, предоставляемые иностранным юридическим лицам.

Таких режимов, как известно, несколько: режим недискриминации, национальный режим, режим наибольшего благоприятствования, преференциальный режим.

Мы рассматриваем не сущность режимов, а лишь проблему соотношения личного статуса иностранных компаний и правового режима, предоставленного им в принимающем государстве. Следует упомянуть, что нормы, определяющие правовые режимы, являются международными публичными нормами, которые превалируют над национальными нормами. Предоставление, например, национального режима иностранной компании, означает, что она приравнивается к национальным юридическим лицам.

Это означает также, что иностранное юридическое лицо будет пользоваться одинаковыми с отечественными лицами правовыми возможностями в отношении их деятельности, и на них будут распространяться одни и те же правовые нормы, например, при создании ими предприятий или осуществлении ими гражданско-правовых сделок и т. д.

В указанных актах, регламентирующих деятельность иностранных юридических лиц, могут содержаться и прямые ограничения их деятельности, могут содержаться и правила поощрения. Такие ограничения (или поощрения) не касаются правового статуса иностранных юридических лиц, они ограничивают не статус, а конкретную их деятельность. Поясним это на примере.

Возможность иностранного юридического лица создавать предприятия вытекает из его личного закона и составляет содержание его личного статуса в принимающем его государстве, однако запрет принимающего государства иностранной компании создавать предприятия, скажем, в оборонной промышленности ограничивает не ее правовой статус, а конкретную сферу ее деятельности.

⁴¹ Ibid.

Правовой режим определяет ее правовое положение в конкретном государстве, но не ее правовой статус. По нашему мнению, это хотя и сходные понятия, но совпадающие не полностью. В другом государстве та же иностранная компания, возможно, будет иметь другой правовой режим и другое правовое положение, а ее правовой статус остается тем же и определяется ее личным законом. Правовой статус — понятие международного частного права, правовой режим относится к понятию международного публичного права, однако четко разграничить эти понятия не всегда просто.

Россия. Россия (как и СССР) придерживается критерия инкорпорации при определении национальности юридических лиц. По отмеченным в начале статьи причинам проблема признания иностранных юридических лиц до 1990 г. практически не вставала, поэтому она мало разработана в нашей правовой литературе. До 1990 г. юридическое лицо, зарегистрированное согласно закону СССР, имело и административный центр и основное место деятельности в СССР, никакого иностранного элемента в себе не содержало. Никаких вопросов в связи с его личным законом, национальностью и государственной принадлежностью не возникало. По всем существующим критериям определения национальности юридических лиц такие организации признавались советскими юридическими лицами. Не возникал и вопрос о перенесении советскими юридическими лицами своего места деятельности или органов управления в другие страны.

Что же касается иностранных юридических лиц, то советская судебная практика придерживалась критерия инкорпорации и подходила строго формально к этому вопросу. При этом следует иметь в виду, что никакие иностранные юридические лица в страну не допускались, и речь могла идти об определении личного статуса иностранного юридического лица как участника той или иной внешнеэкономической сделки с советским внешнеэкономическим объединением.

В ст. 2 п. 1 ГК РФ предусмотрено, что «правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием... и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено Федеральным законом». Сопоставив эту статью с Законом 1999 г., рядом других законов и многих двусторонних договоров о поощрении и защите иностранных инвестиций, можно прийти к выводу о том, что иностранным юридическим лицам материальное право России предоставляет национальный режим.

В Законе 1999 г. говорится, что «правовой режим деятельности иностранного инвестора и использования полученной от инвестиций прибыли не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности и использования полученной от инвестиций прибыли, предоставленный российскому инвестору, за изъятиями, установленными федеральными законами». Формулировка «не менее благоприятный» практически означает национальный режим, который может быть и более благоприятным, что подтверждается и абз. 2 п. 2 ст. 4 указанного Закона 1999 г., где предусмотрены изъятия стимулирующего характера в виде льгот для иностранного инвестора.

В литературе высказана точка зрения «о возможности предоставления иностранным лицам льгот и преимуществ не только федеральными законами и международными договорами, но и актами меньшей юридической силы».⁴² По этому поводу следует заметить, что это не «точка зрения»,

⁴² Асосков А. В. Правовые формы участия... С. 69.

а реальность. В России начиная с середины 1990-х годов сформировалось региональное инвестиционное законодательство. Многие регионы в своих законах предусматривают различные льготы для иностранных инвесторов, которых нет в Федеральном законе об иностранных инвестициях. Это вполне правомерно, согласуется с принципом разграничения полномочий между федерацией и регионами. Единственным условием при этом является то, что связанные с этими льготами расходы должны покрываться региональными бюджетами, не налагая бремени на федеральный бюджет.

Что касается ограничений в отношении иностранного инвестора, то следует поддержать позицию А. В. Асокова, который справедливо критикует Закон 1999 г., где говорится, что «ограничительные изъятия могут быть установлены федеральными законами только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства» (п. 2 ст. 4), и упускается из виду возможность введения изъятий протекционистского характера, по чисто экономическим соображениям. Полагаем, что в современный период это весьма актуально. Предстоящее вступление России в ВТО грозит нарушить ее экономические интересы в отдельных сферах хозяйства.

Однако следует отметить, что определенные меры по защите наших экономических интересов предусмотрены в ряде двусторонних соглашений о поощрении и защите иностранных инвестиций. В них (в виде неотъемлемых протоколов) содержатся перечни отраслей экономики, куда иностранный капитал не допускается. Такие списки имеются в соглашениях между Россией и США и ряде других.

Таким образом, можно констатировать, что государство, предоставляя тот или иной режим иностранным юридическим лицам, с помощью специальных норм все же устанавливает особенности правового регулирования и правового положения иностранных юридических лиц. Однако это происходит методом прямого внутринационального регулирования с применением материально-правовых норм. Здесь не идет речь о коллизионных вопросах.

Как уже отмечалось, коллизионная норма, касающаяся иностранных юридических лиц, содержится в ст. 1202 ГК РФ, которая предусматривает, что личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо, и определяет, какие вопросы решаются на основе личного закона (такие как статус организации в качестве юридического лица, организационно-правовая форма, наименование, создание, реорганизация, ликвидация).

Европейский Союз. В государствах — членах ЕС проблема признания иностранных юридических лиц является еще более сложной, чем в других странах, и отличается известным своеобразием. Своеобразие связано с тем, что признание иностранного юридического лица одним из государств — членом ЕС означает признание этого лица в Сообществе в целом. Каждое из государств — членом Сообщества одинаково будет относиться к признанному лицу.

Главное состоит в том, что признанное юридическое лицо в любом из государств-членов будет пользоваться преимуществами как компания Сообщества. Когда речь идет о признании компаний внутри Сообщества, вышеуказанное положение возражений не вызывает.

Несмотря на, казалось бы, либеральный характер Римского договора 1957 г., установившего достаточно легкий доступ компаний на национальные рынки государств-членов, критическое отношение к этому со стороны

некоторых стран-членов, а также большие различия материально-правовых норм, регулирующих образование и деятельность компаний в каждой стране (и тем более после присоединения новых государств к ЕС в 2004 и 2007 гг.), привели к тому, что практическое осуществление заложенного принципа оказалось труднодоступным. Такое положение не соответствует политике Сообщества, предусматривающей осуществление постоянной интернационализации хозяйственной деятельности стран-членов.

В Европейском Союзе предпринимались попытки разработать общие правила, касающиеся признания компаний. Это были Гагская конвенция 1956 г. (разработана еще до вступления в силу Римского договора 1957 г.) и так и не вступившая в силу Брюссельская конвенция о компаниях 1968 г. (ее ратифицировали пять из шести первоначальных участников Сообщества того периода, однако Голландия не ратифицировала Конвенцию, и она не вступила в силу). Несмотря на это, Брюссельская конвенция о компаниях 1968 г. сыграла важную роль, поскольку оказала известное влияние на подход к решению этих вопросов в странах — членах ЕС.

Обе указанные Конвенции установили два основных условия для признания иностранных компаний (имеются в виду только компании стран-членов): 1) иностранная компания в стране своего пребывания должна была обладать хотя бы минимальной правоспособностью (*capacite minima*); 2) иностранная компания должна иметь юридическую связь с государством — членом ЕС. Минимальная правоспособность понималась как «способность быть носителем прав и обязанностей». ⁴³ При этом не придавалось значения тому факту, наделена ли эта компания в своей стране правами юридического лица. ⁴⁴

Некоторые включенные в Брюссельскую конвенцию о компаниях 1968 г. положения используются в Сообществе. Например, общепринятым является правило о том, что признаваемая компания пользуется, в принципе, тем объемом правоспособности, которым наделил ее закон, в соответствии с коим она создана. Однако государство, признания которого иностранная компания добивается, может отказаться признать за иностранной компанией те права (с учетом соответствующей правовой формы), которыми оно не наделяет собственные компании. Важно отметить, что правоспособность компании, получившей признание, не может быть ограничена лишь по той причине, что согласно ее личному закону она не является юридическим лицом. ⁴⁵ В данном случае подчеркивается, что определяющим является наличие конкретной правоспособности, а не признание за ней статуса юридического лица.

Брюссельская конвенция о компаниях 1968 г. предусматривает также, что компания, желающая получить признание в государстве — члене ЕС, не может нарушать публичный порядок ни по своему объекту, ни по своей цели, ни по роду деятельности.

Используя отдельные положения Брюссельской конвенции о компаниях 1968 г., государства — члены ЕС все же самостоятельно решают проблему признания иностранных компаний и даже в рамках Сообщества сталкиваются при этом с серьезными трудностями. Эти трудности, в частности, вызваны тем, что в некоторых государствах — членах ЕС (например, во Франции) существуют правовые формы компаний, неизвестные

⁴³ *Goldman B., Lyon-Caen A. Droit commercial europeen. P. 191–203.*

⁴⁴ *Ibid. P. 199.*

⁴⁵ *Ibid.*

в других странах — членах ЕС. В некоторых странах существуют общества, не наделенные правами юридического лица, но за ними частично признаны атрибуты юридического лица, например, *Offene Handelsgesellschaft (OHG)* немецкого права, *Venootschap onder Firma* (общество социальных целей) голландского права. Эти организации имеют имущество, отличное от имущества их членов, а *OHG* имеет право выступать в суде от своего имени.

Французские юристы полагают, что на них может распространяться ст. 58 Римского договора 1957 г., и можно рассматривать вопрос об их признании в других государствах — членах ЕС. В судебной практике стран ЕС длительное время не прослеживалось определенной тенденции по вопросам признания и переноса места деятельности компаний, в ней скорее можно было обнаружить непоследовательность.

Так, в деле *Daily Mail Case 81/87 1988* (где речь шла о переносе центральных органов британской компании из Великобритании в Нидерланды по причине более льготного налогового режима, против чего возражал налоговый орган Великобритании) Суд ЕС в своем решении хотя и опирался на ст. 58 Римского договора 1957 г., регулиующую принцип свободы учреждения компании в рамках Сообщества, однако счел, что в данном случае нет достаточных оснований для разрешения свободного перемещения центральных органов управления компании из одного государства — члена ЕС в другое.⁴⁶

Таким образом, Суд ЕС не поддержал идею свободного перемещения местонахождения компании, несмотря на то что обе страны (и Великобритания, и Нидерланды) придерживаются критерия инкорпорации, и, с точки зрения права, такое перемещение казалось бы делом нетрудным.

Спустя 10 лет Суд ЕС по делу *Centsos (case C-212/97)* принимает решение, в котором склоняется в пользу критерия инкорпорации. Компания Великобритании решила открыть основной офис в Дании. Обе страны используют критерий инкорпорации. Датские власти отказались регистрировать этот офис, поскольку уставный капитал британской компании был в десятки раз меньше того, который требовался согласно датскому закону. Суд решил, что в данном случае датские власти нарушили принципы свободы учреждения компаний, закрепленные в Римском договоре 1957 г.⁴⁷

В подобном же деле *Inspire Act (Case C-167/01)*, рассмотренном Европейским судом в 2003 г., им было принято аналогичное решение, и при этом отмечено, что национальный законодатель не имеет права устанавливать дополнительные требования в отношении минимального размера уставного капитала компании, которая была создана по законодательству иного государства — члена ЕС.⁴⁸

В 1997 г. Комиссия ЕС представила проект специальной Четырнадцатой директивы о переносе местонахождения компаний. Проект предусматривал возможность переноса как уставного, так и реального местонахождения компаний в другое государство — член ЕС с сохранением их правосубъектности, но со сменой применимого к компании права. Однако проект не был принят.

Несмотря на большие усилия и значительные достижения в деле сближения (унификации и гармонизации) права о компаниях в рамках ЕС, правовую основу экономической деятельности в ЕС в настоящее время все

⁴⁶ European Court reports. 1988. P. 05483.

⁴⁷ European Court reports. 1999. P. 1-01459.

⁴⁸ Калашников Г. О. Слияние и поглощение компании по праву Европейского Союза. М., 2007. С. 88.

еще составляет национальное законодательство. Такое положение не отвечает экономическим целям, поставленным Римским договором 1957 г., не обеспечивает и во многом затрудняет их достижение.

Если проблема взаимного признания компаний внутри Сообщества сопряжена со многими трудностями, то признание компаний из третьих стран еще более сложно. Органы Сообщества предложили государствам-членам провести между собой переговоры и заключить конвенции о взаимном признании компаний в смысле ст. 58 (теперь ст. 48). При этом необходимо было предусмотреть сохранение компаниями своей правосубъектности при переносе ими местонахождения из одного государства-члена в другое, а также возможность слияния компаний, созданных в соответствии с законами разных государств. Было еще раз обращено внимание на то, что различие критериев, используемых в государствах-членах для определения «национальности» компаний, ограничивает «транснационализацию» бизнеса между государствами-членами, кроме того, при перенесении своей штаб-квартиры в другую страну компания при несовпадении критериев теряет свою правосубъектность.

И хотя Амстердамский договор о ЕС⁴⁹ в ст. 65 («в») прямо наделяет Сообщество компетенцией стимулировать процесс сближения коллизионных норм, действующих в государствах-членах, а также проводить гармонизацию права о компаниях государств-членов, на сегодняшний день эта проблема не решена, и серьезных шагов к ее решению не предпринято.

Директор Института Макса Планка Ю. Базедов констатировал, что «[с]вободное перенесение компаниями своих штаб-квартир из одного государства-члена в другое, что в принципе гарантируется ст. 48 (ex ст. 58) и подпадает под понятие свободы движения лиц, остается, таким образом, пока нерешенной проблемой».⁵⁰ В связи с новой компетенцией в системе полномочий Сообщества встает и другой вопрос: компетентно ли Сообщество принимать коллизионные нормы, не только регулирующие правоотношения внутри Сообщества, но и определяющие юрисдикцию и применимое право в отношении третьих стран? По мнению Ю. Базедова, ответ совершенно неочевиден. В литературе стран — членов ЕС продолжают дискуссии по этим проблемам, включая и вопрос о том, в какой мере внешняя компетенция Сообщества является исключительной и в каком объеме продолжает действовать компетенция государств-членов.

⁴⁹ *Договор*, изменяющий Договор о Европейском Союзе и Договор о создании Европейского Сообщества от 2 октября 1997 г. // О. J. 1997. С. 340/1.

⁵⁰ *Базедов Ю.* Унификация международного частного права в Европейском Союзе // Российский ежегодник международного права. 2003. СПб., 2003. С. 156.

ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ОТНОСИТЕЛЬНО ПРАВА НА СВОБОДНЫЕ ВЫБОРЫ*

С. А. ГОЛУБОК*

Статья 3 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод: правовое значение ее подготовки и принятия для последующего судебного толкования.

Европейский Суд по правам человека свои решения основывает на анализе содержания норм Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и протоколов к ней,¹ используя при этом различные приемы судебного толкования конвенционных положений и формулировок. В связи с этим значительный практический интерес представляет исследование истории поиска, согласования и закрепления формулировок, наиболее адекватно отражающих цель конвенционного регулирования отношений по международной защите прав человека. Это полностью согласуется с положениями Венской конвенции о праве международных договоров² (далее — Венская конвенция) о том, что подготовительные материалы и обстоятельства заключения договора являются дополнительным средством толкования договора (ст. 32), т. е. обращение к ним возможно в том случае, если применение основных правил толкования оставляет толкуемое значение договора двусмысленным или неясным либо приводит к результатам, которые являются явно абсурдными, или неразумными, или не соответствуют сложившимся реалиям.



Голубок Сергей Александрович,
юридический референт
Секретариата Европейского Суда
по правам человека

* Точка зрения, высказываемая автором в настоящей статье, принадлежит исключительно ему и не является отражением официальной позиции Европейского Суда по правам человека либо Совета Европы.

© С. А. Голубок, 2009

¹ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г.) (вместе с «Протоколом [№ 1]» (Подписан в г. Париже 20 марта 1952 г.), «Протоколом № 4 об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней» (Подписан в г. Страсбурге 16 сентября 1963 г.), «Протоколом № 7» (Подписан в г. Страсбурге 22 ноября 1984 г.)) // СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

² Конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 г.) // ВВС. 1986. № 37. Ст. 772.

Это можно проследить на примере разработки и принятия ст. 3 Протокола № 1 к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция).

Государства — члены Совета Европы, приступив в 1949 г. к разработке Конвенции, задались целью включить в ее текст целый ряд «демократических установлений», что оказалось весьма нелегкой задачей и не обошлось без споров. Проект, предложенный Консультативной ассамблеей³ Комитету министров Совета Европы 8 сентября 1949 г., содержал следующее положение: «Статья 3. Конвенция должна содержать обязательство государств-участников добросовестно уважать фундаментальные принципы демократии и, в частности, применительно к их основной территории: 1. Проводить свободные выборы через разумные интервалы, в условиях всеобщего избирательного права и тайного голосования, для обеспечения того, чтобы действия правительства и законодательство в действительности являлись выражением воли народа. 2. Не осуществлять действий, ограничивающих право критиковать и право организовывать политическую оппозицию».⁴

Однако текст проекта Конвенции, предложенный Парламентской ассамблеей Совета Европы (далее — Ассамблея; ПАСЕ) уже самим Комитетом министров в 1950 г.,⁵ не содержал соответствующей клаузы. При этом в качестве основного аргумента в обоснование этого фигурировал тезис о том, что такое положение выходит за рамки Конвенции, целью которой должно являться гарантирование субъективных прав, а не определение политической структуры государств-участников.

Но такой подход не был воспринят в Консультативной ассамблее. Так, в письме от 24 июня 1950 г., направленном председателю Комитета министров председателем Комитета по правовым и административным вопросам Ассамблеи сэром Дэвидом Максвелл-Файфом (Великобритания), отмечалось следующее: «Комитет полагает, что отсутствие ссылки в Конвенции на демократические институты серьезно ее ослабит... Консультативная ассамблея единогласно полагает важным вопрос защиты политических прав и свобод индивида».⁶

На второй сессии Ассамблеи предложение включить в проект Конвенции дополнительную статью о праве на свободные выборы было выдвинуто Пьер-Анри Тейтжаном (Франция), впоследствии ставшим одним из первых судей Европейского Суда по правам человека. Дополнительную статью проекта П.-А. Тейтжан предложил сформулировать следующим образом: «Договаривающиеся стороны обязуются добросовестно уважать фундаментальные принципы демократии, в частности, они обязуются... 1) Проводить выборы через разумные интервалы, на основе всеобщего и тайного всеобщего голосования, дабы обеспечить, чтобы правительственные действия и законодательство соответствовали выражению воли народа; 2) Воздерживаться от ограничения любым произвольным образом права на критику и права на организацию политической оппозиции».⁷

³ Предшественница Парламентской ассамблеи Совета Европы.

⁴ *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights*. The Hague, 1975–1985. Vol. V. P. 184–186. — Здесь и далее при цитировании источников на английском и французском языках приводится авторский перевод (кроме текста Конвенции и дополнительных протоколов к ней, которые цитируются по официально опубликованному переводу на русский язык).

⁵ *Ibid.* Vol. VI. P. 120–144.

⁶ *Ibid.* Vol. V. P. 194.

⁷ *Ibid.* Vol. VI. P. 8.

В ходе дебатов по проекту Конвенции в Ассамблее 16 августа 1950 г. П.-А. Тейтжан так обосновывал необходимость включения данного положения в ее текст: «Зачем вообще принимается Конвенция? Для того чтобы предотвратить установление тоталитарного режима в какой бы то ни было стране и создать международный орган, который мог бы с самого начала остановить движение к диктатуре».⁸ При этом сторонники точки зрения П.-А. Тейтжана ссылались на то, что в преамбуле только что принятого Устава Совета Европы, помимо прочего, провозглашаются принципы «истинной демократии».⁹

Несмотря на это, текст Конвенции, подписанный в Риме 4 ноября 1950 г., не содержал положения, аналогичного предложенному П.-А. Тейтжаном. Было решено, что оно будет включено в текст дополнительного протокола к ней.

Такой протокол был принят уже в 1952 г. и вступил в силу в 1954 г., он известен как Протокол № 1 к Конвенции (далее — Протокол). Текст соответствующего положения Протокола оказался отличным от ранее предлагавшегося Ассамблеей: «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются проводить с разумной периодичностью свободные выборы путем тайного голосования в таких условиях, которые обеспечивали бы свободное волеизъявление народа при выборе органов законодательной власти».¹⁰

Таким образом, оказался исключен второй параграф предложения Ассамблеи, предполагавший закрепление гарантий деятельности оппозиции, как дублирующий соответствующие положения, уже закрепленные к тому времени в основном тексте Конвенции, в частности ее ст. 10–11, провозглашающих соответственно право на свободу слова и право на свободу собраний и объединений. Также в принятый текст не было включено указание на всеобщий характер голосования. Следует согласиться с оценкой британского исследователя, отметившего, что текст ст. 3 Протокола является лишь «сравнительно скромным отражением роли выборов во взаимоотношениях между правительством и народом».¹¹

Следует также отметить, что, в отличие от других гарантирующих индивидуальные права положений Конвенции и дополнительных протоколов к ней, формулировка ст. 3 Протокола не носит прямо управомочивающего характера («Каждый имеет право...»), а предполагает обязанность государств — участников Конвенции («Стороны обязуются проводить...»). Это позволило Европейской Комиссии по правам человека¹² (далее — Комиссия) на начальном этапе своего существования отрицать наличие в конвенционной системе субъективного права на свободные выборы как такового. Комиссия исходила из того, что «право индивида голосовать не гарантировано статьей 3 [Протокола]»,¹³ которая лишь устанавливает

⁸ Ibid. Vol. VII. P. 158.

⁹ Устав Совета Европы (ETS N 1) [рус., англ.] (Принят в г. Лондоне 5 мая 1949 г.) // СЗ РФ. 1997. № 12. Ст. 1390.

¹⁰ Статья 3 Протокола.

¹¹ Marks S. The European Convention on Human Rights and Its «Democratic Society» // British Yearbook of International Law. 1996. Vol. 46. P. 224.

¹² Орган, существовавший до 1998 г. Комиссия предварительно решала вопрос о приемлемости жалоб на предполагаемые нарушения Конвенции и дополнительных протоколов к ней.

¹³ Решение Комиссии от 4 января 1960 г. по делу № 530/59 «Икс (X) против Германии» // Ежегодник Конвенции. № 3. С. 190; Решение Комиссии от 30 мая 1961 г. по делу № 1065/61 «Икс и другие (X and Others) против Бельгии» // Там же. № 4. С. 268;

общее требование к государствам создать соответствующие избирательные институты (учреждения). Данный подход, получивший наименование институционального, фактически придавал ст. 3 Протокола такой же статус и правовое значение, какие сейчас придаются ст. 1 Конвенции, — общего принципа, определяющего рамки применения конвенционных положений, но не порождающего субъективных прав индивидов, находящихся под юрисдикцией государств — участников Конвенции.

Вместе с тем со временем Комиссия, столкнувшись с внутренней противоречивостью институционального подхода к толкованию положения ст. 3 Протокола, вынуждена была признать, что, хотя данная статья и не предоставляет «без ограничений каждому отдельному индивиду право участвовать в выборах»,¹⁴ ссылка на «свободное волеизъявление народа» в ее тексте уполномочивает Комиссию оценивать, оказывают ли вводимые государствами ограничения субъективных избирательных прав негативное воздействие на такое волеизъявление.¹⁵ Скорректированный таким образом институциональный подход позволил Комиссии в 1969 г. установить нарушение ст. 3 Протокола (наряду с нарушением многих других положений Конвенции и Протокола) в так называемом «греческом деле»,¹⁶ связанном с массовыми нарушениями прав человека после путча «черных полковников» в этой стране, когда были распущены парламент и политические партии. Однако «греческое дело» рассматривалось Комиссией не на основании индивидуальных жалоб, а в результате подачи межгосударственных жалоб другими государствами — участниками Совета Европы. Таким образом, принимая свой доклад по данному вопросу, Комиссии не пришлось разрешать вопрос о том, могут ли индивидуальные заявители жаловаться на нарушение своих избирательных прав, гарантированных в ст. 3 Протокола. И все же решающая брешь в институциональном подходе к толкованию указанного положения была пробита: логическим следствием вывода Комиссии о том, что положение ст. 3 Протокола можно нарушить, стало правомочие отдельных лиц обращаться в этот орган с жалобами на нарушение данного положения в отношении конкретно них, а следовательно, и его интерпретация как гарантирующего соответствующее субъективное право.

В 1975 г. Комиссия окончательно признала, что «какой бы ни была формулировка ст. 3 [Протокола], право, ею предусмотренное, по самой своей природе является индивидуальным правом, так как это качество представляет собой саму основу всей Конвенции».¹⁷

Такой подход Комиссии был поддержан и Европейским Судом по правам человека (далее — Суд) в его первом постановлении по делу о предполагаемом нарушении права на свободные выборы, вынесенном

Решение Комиссии от 18 сентября 1961 г. по делу № 1038/61 «Икс (X) против Бельгии» // Там же. № 4. С. 338. — Здесь и далее названия дел, рассматривавшихся Европейским Судом по правам человека и другими международными юрисдикционными органами, переведены автором на русский язык, при этом в скобках дана фамилия либо наименование заявителя на языке оригинала.

¹⁴ *Решение Комиссии от 6 октября 1967 г. по делу № 2728/66 «Икс (X) против Германии» // Там же. № 10. С. 340.*

¹⁵ Там же.

¹⁶ *Доклад Комиссии от 18 ноября 1969 г. по «греческому делу», досье № 3321/67–3323/67, 3344/67 // Там же. № 12. С. 179–180.*

¹⁷ *Решение Комиссии от 30 мая 1975 г. по делу № 6745/74, 6746/74 «Дубль-Вэ, Икс, Игрек и Зет (W, X, Y and Z) против Бельгии» // Там же. № 18. С. 244.*

лишь в 1987 г. В ставшем классическим постановлении по делу «Матьё-Мозн и Клерфейт против Бельгии»¹⁸ Суд, кратко сославшись на историю подготовки и принятия Конвенции и Протокола, объяснил, что необычная формулировка ст. 3 Протокола ни в коем случае не должна истолковываться как не предполагающая закрепление ею индивидуального права на свободные выборы: она обусловлена «желанием [авторов Конвенции и Протокола] придать большую торжественность взятому обязательству».¹⁹ Так был окончательно отвергнут институциональный подход к толкованию данного положения Протокола.

Постепенное изменение способа толкования Комиссией положения ст. 3 Протокола и отказ от институционального подхода стали воплощением тех идеалов, которые высказывались на заре создания Совета Европы деятелями Консультативной ассамблеи, позволили четко и недвусмысленно сформулировать право на свободные выборы как одно из личных прав человека в конвенционной системе.

Вместе с тем специфика формулировок указанного положения, обусловленная особенностями его подготовки и принятия, сказалась на последующем формировании правовых позиций Суда относительно права на свободные выборы. Так, раз само право на свободные выборы лишь подразумевается в тексте Протокола, то и объем, и ограничения этого права также являются лишь подразумеваемыми, а не сформулированы прямо, в отличие от других условных конвенционных прав (см., напр., п. 2 ст. 2, п. 3 ст. 4, п. 1 ст. 5, п. 2 ст. 8, п. 2 ст. 9, п. 2 ст. 10, п. 2 ст. 11 Конвенции, ст. 1 Протокола).

Принципиальное значение для определения нормативного содержания права на свободные выборы в европейской региональной системе защиты прав человека согласно ст. 3 Протокола имеют правовые позиции Европейского Суда по правам человека, представляющие собой применительно к Конвенции и протоколам к ней последующую практику применения, подлежащую обязательному учету правоприменителями при толковании данного международного договора.²⁰

Формирование правовых позиций правоприменительных органов европейской региональной системы защиты прав человека относительно права на свободные выборы (70-е — 90-е годы XX в.). Сфера применения ст. 3 Протокола. Как указано непосредственно в ее тексте, ст. 3 Протокола применима не к любым избирательным кампаниям, а только «при выборе органов законодательной власти». Таким образом, принципиальным является вопрос о том, какие органы публичной власти следует считать законодательными для целей ст. 3 Протокола.

Комиссия признала, что понятие «органы законодательной власти» по смыслу ст. 3 Протокола должно толковаться прежде всего в свете конституционной системы того или иного государства, с учетом того, какие органы осуществляют в нем законотворчество.²¹ Суд впоследствии

¹⁸ Постановление Суда от 2 марта 1987 г. по делу № 9267/81 «Матьё-Мозн (Mathieu-Mohin) и Клерфейт (Clerfayt) против Бельгии» // Серии А. № 113.

¹⁹ Там же (§ 50).

²⁰ См.: ст. 31 (3) (b), п. 1 ст. 32 Венской конвенции; п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» // БВС. 2003. № 12. С. 3.

²¹ Решение Комиссии от 17 мая 1985 г. по делу № 10650/83 «Клерфейт (Clerfayt), Легрос (Legros) и другие против Бельгии» // Сборник решений и докладов (далее — СБРид). № 42. С. 222–223.

высказался в том же русле, отметив, что данный термин «не обязательно означает только национальный парламент... он должен толковаться в свете конституционной структуры соответствующего государства».²²

Таким образом, учитывая, что ст. 3 Протокола в любом случае применяется к выборам в национальный парламент (или по крайней мере в одну из его палат — в таких странах, как Российская Федерация или Великобритания), можно выделить по меньшей мере три «серые зоны» применимости данного положения: избирательные кампании по выборам депутатов региональных органов законодательной власти и органов местного самоуправления, должностных лиц органов исполнительной власти, обладающих полномочиями в сфере законотворчества, а также наднациональных парламентских органов, также известных как «международные парламенты».²³

Что касается региональных законодательных органов, их полномочия признавались правоприменительными органами европейской региональной системы защиты прав человека «достаточно широкими»²⁴ для того, чтобы на избирательные кампании по выборам их депутатов распространялись гарантии ст. 3 Протокола, в таких федеративных и регионалистских европейских государствах, как Австрия, Бельгия, Германия, Италия и Испания.²⁵ По делу «Вито Санте Санторо против Италии» Суд пояснил свой вывод о применимости ст. 3 Протокола тем, что согласно Конституции Италии «региональные советы вправе принимать, в пределах территории соответствующего региона, законы в ряде основополагающих сфер демократического общества, таких как административное планирование, местная политика, здравоохранение, образование, градостроительство и сельское хозяйство».²⁶ Вместе с тем этот вывод не распространяется на представительные органы местного самоуправления, даже если они согласно национальному праву вправе принимать нормативные правовые акты в одной или нескольких из вышеперечисленных «основополагающих сфер демократического общества».

Как отметила Комиссия в одном из своих ранних дел, принципиальным является вопрос о том, обладает ли орган «изначально присущими и первичными нормотворческими полномочиями»,²⁷ иными словами, определена ли его компетенция на конституционном уровне. В частности, Комиссия посчитала, что ст. 3 Протокола не применяется к формированию учредительного и законосоветательного форума, создание которого было предусмотрено британским Законом о начале переговоров в Северной Ирландии. Комиссия отметила, что данный форум «не обладает

²² Параграф 53 Постановления Суда от 2 марта 1987 г. по делу № 9267/81.

²³ *Puig L. M. de. International Parliaments. Strasbourg, 2008. P. 10.*

²⁴ Параграф 53 Постановления Суда от 2 марта 1987 г. по делу № 9267/81.

²⁵ *Решение* Комиссии от 12 июля 1976 г. по делу № 7008/75 «Икс (X) против Австрии» // СБРид. № 6. С. 121; § 53 Постановления Суда от 2 марта 1987 г. по делу № 9267/81; *Решение* Комиссии от 11 сентября 1995 г. по делу № 27311/95 «Тимке (*Timke*) против Германии»; § 52 Постановления Суда от 1 июля 2004 г. по делу № 36681/97 «Вито Санте Санторо (*Vito Sante Santoro*) против Италии» (Сборник постановлений и решений (далее — СБПиР. 2004-VI); *Решение* Суда от 7 июня 2001 г. по делу № 56618/00 «Националистическая Федерация Канарских островов (*Federación Nacionalista Canaria*) против Испании» // Там же. 2001-VI. — Здесь и далее: документы, источник опубликования которых не указан, доступны в базе HUDOC на сайте Суда (<http://www.echr.coe.int>).

²⁶ Параграф 52 Постановления Суда от 1 июля 2004 г. по делу № 36681/97.

²⁷ *Решение* Комиссии от 5 июля 1985 г. по делу № 11391/85 «Буф-Клибборн (*Booth-Clibborn*) и другие против Великобритании» // СБРид. № 43. С. 248.

законодательными полномочиями», а его функции «будут чисто совещательными — так, это орган, в котором проходят дискуссии, но который не имеет права принимать какие-либо обязательные решения... Даже если в результате обсуждения на форуме будут выдвинуты какие-то предложения, они должны быть представлены для принятия в парламенты Великобритании и Ирландии, и какое-либо последующее законодательство будет делом осуществления своих функций этими органами, а не законодательством форума».²⁸

Органы местного самоуправления, во всяком случае в таких странах, как Россия, где перечень вопросов местного значения определяется не на конституционном уровне, а федеральным либо даже региональным законом, не могут считаться обладающими «изначально присущими и первичными нормотворческими полномочиями». Такой вывод Суд сделал в своем решении по делу «Черепков против России» и впоследствии неоднократно повторял, в том числе по делам против Мальты, Испании (в отношении муниципальных органов власти, но не законодательных органов таких автономных образований, как Канарские острова), Молдовы и Польши.²⁹ В этих решениях Суд сослался на статус соответствующих органов согласно национальному праву, руководствуясь прежде всего тем, что их полномочия в сфере нормативного регулирования не вытекают прямо из конституции, но регулируются текущим законодательством, а те нормативные акты, которые они издадут, не называются законами.

Не менее осторожно и с не вполне привычной для себя оглядкой на национальное законодательство Суд подошел и к решению вопроса о том, следует ли распространять гарантии ст. 3 Протокола на президентские выборы, по крайней мере в тех странах, где президент, являясь всенародно избираемым главой государства, обладает значительными полномочиями в законодательной сфере, в том числе правом законодательной инициативы, подписания и обнародования принятых парламентом законов, а также правом вето. К таковым относятся, в частности, страны, воспринявшие американскую модель формы правления, в том числе новые восточно-европейские демократии.

Так, по делу против Азербайджана, конституционная система которого напоминает российскую, Суд отметил, что Президент республики «не вправе напрямую вмешиваться в законодательческую деятельность, т. е. он не обладает прямым полномочием по принятию законов, имеющих высшую юридическую силу, которое принадлежит парламенту», а Конституция Азербайджана провозглашает принцип разделения властей.³⁰ Такой же вывод был сделан несколько месяцев спустя палатой другой секции Суда по делу против «бывшей югославской республики Македония», однако Суд счел нужным отметить, что он «не исключает возможности применения ст. 3 Протокола к президентским выборам... Если будет установлено, что глава

²⁸ Решение Комиссии от 17 января 1997 г. по делу № 31699/96 «Линдсэй (*Lindsay*) и другие против Великобритании».

²⁹ Решения Суда: от 25 января 2000 г. по делу № 51501/99 «Черепков (*Cherepkov*) против России» // СбПиР. 2000-I; от 15 июня 2000 г. по делу № 52492/99 «Ксуереб (*Xuereb*) против Мальты»; от 12 октября 2000 г. по делу № 52226/99 «Саллерас Ллинарес (*Salleras Llinares*) против Испании» // СбПиР. 2000-XI; от 2 июля 2002 г. по делу № 53180/99 «Гориздра (*Gorizdra*) против Молдовы»; от 11 апреля 2006 г. по делу № 56550/00 «Молка (*Mólka*) против Польши».

³⁰ Решение Суда от 27 мая 2004 г. по делу № 35584/02 «Гулиев (*Guliyev*) против Азербайджана».

государства вправе инициировать и принимать законы либо обладает широкими полномочиями по контролю за прохождением законопроектов или правом распустить основные законодательные органы, тогда его вполне можно считать “законодательной властью” по смыслу ст. 3 Протокола.³¹ Пока такого не произошло, и Суд скорее следует подходу, выработанному по делу «Гулиев против Азербайджана», чем позиции в деле «Бошкоски против Македонии», признавая жалобы о нарушении права на свободные выборы в ходе президентских выборов неприемлемыми как несовместимые *ratione materiae* с положениями Протокола.³²

Что касается Европейского парламента — на данный момент единственного международного парламента в Европе, депутаты которого избираются непосредственно населением, — позиция правоприменительных органов европейской региональной системы защиты прав человека эволюционировала с развитием его правового статуса в системе органов Европейских сообществ — Европейского союза.

В 1979 г. Комиссия, признавая конкретную жалобу неприемлемой по другому основанию, не исключила того, что в результате изменений в структуре Европейских сообществ возникнет необходимость применения ст. 3 Протокола в отношении «новых представительных органов, которые частично будут осуществлять полномочия и функции национальных парламента», вместе с тем на тот момент времени Комиссия назвала Европейский парламента лишь «советательным органом в отношении законодательства, обладающим определенными бюджетными и контрольными полномочиями».³³

В 1987 г. Комиссия посчитала, что хотя полномочия Европейского парламента за прошедшее десятилетие значительно увеличились, он пока «не обладает законодательной властью в обычном значении этого термина».³⁴ Наконец, в 1999 г. Суд согласился с тем, что Европейский парламента можно считать органом законодательной власти для целей применения ст. 3 Протокола. Он особо отметил «роль этого органа в общих законодательных функциях» в рамках Европейского сообщества и сделал вывод о том, что «Европейский парламента представляет собой основную форму демократической, политической подотчетности в системе [Европейского] Сообщества».³⁵

Учитывая, что при оценке содержания понятия «органы законодательной власти» (ст. 3 Протокола) Суд вслед за Комиссией в основном исходит из конституционно-правового статуса того или иного органа либо должностного лица в национальной правовой системе, следует отметить, что оно — во всяком случае на данный момент — не приобрело автономного значения,³⁶ в отличие от многих других используемых в тексте Конвенции

³¹ Решение Суда от 2 сентября 2004 г. по делу № 11676/04 «Бошкоски (*Boškoski*) против Македонии» // СбПиР. 2004-VI.

³² См.: Решение Суда от 11 марта 2008 г. по делу № 1345/06 «Ньеджвьежд (*Niedźwiedz*) против Польши».

³³ Решение Комиссии от 8 марта 1979 г. по делу № 8364/78 «Линдсей (*Lindsey*) и другие против Великобритании» // СбРиД. № 15. С. 251.

³⁴ Решение Комиссии от 9 декабря 1987 г. по делу № 11123/84 «Тет (*Tête*) против Франции» // Там же. № 54. С. 68.

³⁵ Параграф 52 Постановления Суда от 18 февраля 1999 г. по делу № 24833/94 «Мэттьюс (*Matthews*) против Великобритании» (СбПиР. 1999-I).

³⁶ *Letsas G. The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the European Convention on Human Rights* // *European Journal of International Law*. 2004. Vol. 15. P. 282;

и Протокола терминов, таких как «гражданские права и обязанности»³⁷ (п. 1 ст. 6 Конвенции) и «собственность»³⁸ (ст. 1 Протокола).

Активное и пассивное избирательные права. Право на свободные выборы, согласно сложившейся практике Суда, которой корреспондирует в этом отношении значение понятия «избирательные права граждан» в российском законодательстве,³⁹ включает в себя как право избирать (активное избирательное право), так и право быть избранным (пассивное избирательное право), либо, как их назвал сам Суд, «право голосовать» и «право баллотироваться на выборах».⁴⁰

Будучи взаимозависимыми, тесно связанными между собой и образуя в своем единстве право на свободные выборы,⁴¹ активное и пассивное избирательные права отличаются, тем не менее, по степени свободы усмотрения государств, допустимой при их регулировании. В частности, Суд отметил, что «более жесткие требования могут быть установлены применительно к праву баллотироваться в парламент, в отличие от права голосовать».⁴²

Вместе с тем заслуживает внимания аргумент, согласно которому пассивное избирательное право является производным от активного, так как избиратели должны иметь возможность выбора среди имеющихся политических альтернатив, и недопуск отдельных кандидатов или политических партий к выборам по сути делает невозможным «свободное волеизъявление народа», нарушая как пассивное, так и активное избирательные права кандидатов и избирателей соответственно.

Эта точка зрения находит определенную поддержку в том, что правоприменительные органы европейской региональной системы защиты прав человека распространяют действие ст. 3 Протокола на период после подведения итогов голосования: право на свободные выборы защищает также право избранного народом представителя оставаться на выборной должности.⁴³ Комиссия в одном из своих ранних решений отметила в связи с этим следующее: «Недостаточно того, чтобы индивид имел право лишь баллотироваться на выборах, он также должен иметь право оставаться членом [представительного органа власти] после того, как он был избран народом».⁴⁴ Впоследствии Суд в целом поддержал эту позицию, отметив,

Алисиевич Е. С. Толкование норм Конвенции Совета Европы о защите прав человека и основных свобод как правомочие Европейского Суда по правам человека. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2006. С. 4.

³⁷ Параграф 88 Постановления Суда от 28 июня 1978 г. по делу «Кёниг (*König*) против Германии» (Серии А. № 27).

³⁸ *Голубок С. А.* Уважение частной собственности: страсбургский подход // Корпоративный юрист. 2006. № 11. С. 51–52.

³⁹ Пункты 26–28 ст. 2 Федерального закона от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253).

⁴⁰ Параграф 51 Постановления Суда от 2 марта 1987 г. по делу № 9267/81.

⁴¹ См.: § 113 Постановления Суда от 18 ноября 2008 г. по делу № 7/08 «Танасе (*Tănase*) и Чиртоака (*Chirtoacă*) против Молдовы».

⁴² Параграф 57 Постановления Суда от 19 октября 2004 г. по делу № 17707/02 «Мельниченко (*Melnychenko*) против Украины» (СБПиР. 2004-Х).

⁴³ Параграф 41 Доклада Комиссии от 10 сентября 1999 г. по делу № 36909/97 по делу «Гаульедер (*Gaulieder*) против Словакии»; § 33 Постановления Суда от 11 июня 2002 г. по делам № 25144/94, 26149/95, 26150/95, 26151/95, 26152/95, 26153/95, 26154/95, 27100/95, 27101/95 (СБПиР. 2002-IV).

⁴⁴ *Решение* Комиссии от 7 марта 1984 г. по делу № 10316/83 «М (*M*) против Великобритании» // СБРид. № 37. С. 133.

что лишение избранного парламентария предоставленных ему народом полномочий делает иллюзорным не только его право, гарантированное ст. 3 Протокола, но и право на свободные выборы голосовавших за него избирателей.⁴⁵

В общем виде эта позиция сформулирована в особом мнении судьи Кростоса Розакиса, заместителя председателя Суда и председателя его Первой секции, по одному из сравнительно недавно рассматривавшихся Судом важных избирательных дел: «Если политический деятель лишен возможности представлять идеи части общества, то страдает не только он или она, страдают также электорат и сама демократия».⁴⁶

Тем не менее надо отметить, что позиция Суда более сдержанна. В 2007 г. палата Первой секции Суда под председательством судьи К. Розакиса так сформулировала свою единогласную позицию по рассматриваемому вопросу: «Суд полагает, что право голосовать не может быть истолковано как устанавливающее общую гарантию того, что каждый избиратель сможет найти в избирательном бюллетене партию или кандидата, за которую или за которого он намерен проголосовать. Вместе с тем следует подчеркнуть, что свободное волеизъявление народа невозможно представить без участия множества политических партий, представляющих различные точки зрения, существующие среди населения страны. Соответственно, следует учитывать более широкий контекст, в котором реализуется право голосовать».⁴⁷ В связи с этим Суд установил, что не было нарушено право на свободные выборы избирателя, намеревавшегося проголосовать на парламентских выборах за список политической партии, который Центральная избирательная комиссия отказалась зарегистрировать.⁴⁸ Обосновывая свой вывод об отсутствии нарушения права на свободные выборы в отношении сторонника не допущенной к участию в выборах политической партии, Суд подчеркнул, что у него имелась возможность выбрать своего представителя из «широкой гаммы [представленных на выборах] политических взглядов и платформ».⁴⁹

Следует также отметить, что признание возможности защиты пассивного избирательного права положениями ст. 3 Протокола позволило подавать жалобы в Суд не только индивидуальным заявителям, но и таким коллективным образованиям, выдвигающим своих кандидатов на выборы, как политические партии. В связи с этим важной представляется проблема взаимодополнения и даже возможной конкуренции прав, предусмотренных ст. 3 Протокола и ст. 11 Конвенции.

Право на свободные выборы и смежные права человека. Придя к выводу о том, что на деятельность политических партий распространяются гарантии ст. 11 Конвенции, Суд отметил, что без существования данной формы объединений немыслимо «надлежащее функционирование

⁴⁵ Параграф 56 Постановления Суда от 15 июня 2006 г. по делу № 33554/03 «Ликурезос (*Lykourazos*) против Греции» (СБПиР. 2006-VIII); § 41 Постановления Суда от 5 апреля 2007 г. по делу № 71907/01 «Кавакчи (*Kavakçi*) против Турции»; § 30 Постановления Суда от 5 апреля 2007 г. по делу № 15394/02 «Иличак (*Ilicak*) против Турции».

⁴⁶ Постановление Суда от 16 марта 2006 г. по делу № 58278/00 «Жданок (*Ždanoka*) против Латвии» (особое мнение судьи Розакиса) // СБПиР. 2006-IV.

⁴⁷ Параграф 79 Постановления Суда от 11 января 2007 г. по делам № 55066/00 и 55638/00 «Российская консервативная партия предпринимателей и другие (*Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others*) против России» (Там же. 2007-I).

⁴⁸ Там же (§ 81).

⁴⁹ Там же (§ 80).

демократии».⁵⁰ Вместе с тем, рассматривая с точки зрения ст. 11 Конвенции дела о ликвидации политических партий (наиболее известными являются дела против Турции — страны, в которой полномочием по ликвидации политических партий обладает Конституционный Суд),⁵¹ Суд не посчитал нужным рассмотреть тот же самый вопрос отдельно с позиции возможного нарушения ст. 3 Протокола, несмотря на соответствующие просьбы заявителей, как по делам, в которых им было установлено нарушение ст. 11 Конвенции,⁵² так и по делам, в которых им было констатировано отсутствие такового.⁵³ Суд использовал тот же подход и по делу об отказе зарегистрировать политическую группу в качестве партии.⁵⁴

Аналогично Суд не посчитал нужным рассмотреть под углом возможного нарушения права на свободные выборы дело об оправданности ограничений на финансирование политической партии из-за рубежа, остановившись на их анализе с точки зрения соответствия ст. 11 Конвенции. Отказавшись рассматривать данное дело по ст. 3 Протокола, Суд отметил, что финансовые последствия оспариваемых мер оказывают лишь «вторичный либо случайный эффект» на способность политической партии и ее членов участвовать в парламентских выборах.⁵⁵

Вместе с тем следует учитывать, что основной целью существования и деятельности любой политической партии является участие в выборах с целью прихода к власти либо ее сохранения, а во многих европейских странах списки кандидатов на национальных парламентских выборах могут выдвигать исключительно партии.⁵⁶ Таким образом, политические партии, как подчеркивает сам Суд, играют «существенную роль в обеспечении

⁵⁰ Параграф 25 Постановления Суда от 30 января 1998 г. по делу № 19392/92 «Объединенная Коммунистическая партия Турции (*United Communist Party of Turkey*) против Турции» (СБПиР. 1998-I); § 29 Постановления Суда от 25 мая 1998 г. по делу № 21237/93 «Социалистическая партия и другие (*Socialist Party and Others*) против Турции» (Там же. 1998-III).

⁵¹ Помимо вышеперечисленных, Постановление Большой палаты Суда от 13 февраля 2003 г. по делам № 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 «Партия благоденствия и другие (*Refah Partisi (The Welfare Party) and Others*) против Турции» (Там же. 2003-II).

⁵² Параграф 64 Постановления Суда от 30 января 1998 г. по делу № 19392/92 «Объединенная Коммунистическая партия Турции (*United Communist Party of Turkey*) против Турции» (Там же. 1998-I); § 57 Постановления Суда от 25 мая 1998 г. по делу № 21237/93 «Социалистическая партия (*Socialist Party*) и другие против Турции» (Там же. 1998-III); § 35 Постановления Суда от 3 мая 2007 г. по делу № 51290/99 «Народная демократическая партия (*Demokratik Kitle Partisi*) и Эльчи (*Elçi*) против Турции».

⁵³ Параграф 139 Постановления Большой палаты Суда от 13 февраля 2003 г. по делам № 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 «Партия благоденствия (*Refah Partisi (The Welfare Party)*) и другие против Турции» (СБПиР. 2003-II); § 87 Постановления Суда от 31 июля 2001 г. по делам № 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 «Партия благоденствия (*Refah Partisi (The Welfare Party)*) и другие против Турции».

⁵⁴ Постановление Суда от 3 февраля 2005 г. по делу № 46626/99 «Коммунистическая партия (*Partidul Comunistilor (Nepeceristi)*) и Унгуреану (*Ungureanu*) против Румынии» // СБПиР. 2005-I.

⁵⁵ Параграф 34 Постановления Суда от 7 июня 2007 г. по делу № 71251/01 «Националистическая баскская партия (*Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d'Iparralde*) против Франции» (Там же. 2007-VII).

⁵⁶ В частности, в России: ст. 36 Федерального закона от 18 мая 2005 г. № 51-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» (СЗ РФ. 2005. № 21. Ст. 1919; 2006. № 29. Ст. 3124–3125; № 31 (ч. I). Ст. 3427; 2007. № 1 (ч. I). Ст. 37; № 18. Ст. 2118); ст. 3 Федерального закона от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ «О политических партиях» (СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2950).

плюрализма и надлежащего функционирования демократии». ⁵⁷ ПАСЕ, в свою очередь, охарактеризовала политические партии как «постоянную черту современных демократий, ключевой элемент предвыборного соперничества и важнейший связующий механизм между индивидом и государством». ⁵⁸ В том же духе высказалась и Комиссия Совета Европы за демократию через право («Венецианская комиссия»), прямо определив политическую партию как объединение лиц, одной из целей которого является участие в управлении публичными делами путем выдвижения кандидатов на свободных и демократических выборах. ⁵⁹ Еще более лаконичное и точное определение роли политической партии в свободном избирательном процессе дано в Конституции Франции: «Политические партии и группы вносят свой вклад в осуществление голосования». ⁶⁰

Следовательно, по делам о ликвидации, отказе в регистрации либо ограничении деятельности политических партий невозможно рассматривать их наравне с другими общественными объединениями, не принимая во внимание их системообразующую роль в демократии. В таких случаях неоправданные ограничения права на свободу объединения могут также нарушать избирательные права как самой партии, так и ее членов и сторонников.

Такой подход можно сравнить с подходом, которого придерживается Суд по делам об отказе в регистрации религиозных организаций: он рассматривает их также с позиции возможного нарушения ст. 11 Конвенции, но в свете специальных положений о свободе совести, содержащихся в ст. 9 Конвенции. ⁶¹

Другим положением Конвенции, тесно связанным с правом на свободные выборы, является свобода выражения мнения (ст. 10 Конвенции). По делу, связанному с ограничениями на оплату политической рекламы в ходе избирательной кампании, Суд решил анализировать возникшую проблему с точки зрения соответствия установленных ограничений положениям ст. 10 Конвенции, но вместе с тем «в свете права на свободные выборы, защищенного ст. 3 Протокола». ⁶²

В определенных ситуациях реализация прав, гарантированных ст. 10 Конвенции, может вступить в противоречие с правом на свободные выборы согласно ст. 3 Протокола. В частности, отсутствие сбалансированности в освещении избирательных кампаний конкурирующих политических сил

⁵⁷ Параграф 62 Постановления Суда от 14 февраля 2006 г. по делу № 28793/02 «Христианско-демократическая народная партия (*Christian Democratic People's Party*) против Молдовы» (СБПиР. 2006-II); § 37 Постановления Суда от 8 декабря 1999 г. по делу № 23885/94 «Партия свободы и демократии (*Freedom and Democracy Party (Özdep)*) против Турции» (СБПиР. 1999-VIII).

⁵⁸ Пункт 4 Резолюции ПАСЕ 1546 (2007).

⁵⁹ *Руководящие* указания по финансированию политических партий, утв. Венецианской комиссией на 46-м пленарном заседании (9–10 марта 2001 г.) // CDL-INF (2001) 8.

⁶⁰ Статья 4 Конституции Французской Республики от 4 октября 1958 г.

⁶¹ Параграф 75 Постановления Суда от 5 октября 2006 г. по делу № 72881/01 «Московское отделение Армии спасения (*The Moscow Branch of the Salvation Army*) против России» (СБПиР. 2006); § 64 Постановления Суда от 5 апреля 2007 г. по делу № 18147/02 «Московская церковь сайентологии (*Church of Scientology Moscow*) против России».

⁶² Параграф 42 Постановления Большой палаты Суда от 1998 г. по делу № 24839/94 «Боуман (*Bowman*) против Великобритании» (СБПиР. 1998-I); *Veneau M. Restoring the Campaigner's Voice: Free Elections and Freedom of Speech* // *European Law Reports*. 1998 Vol. 23. P. 698–605.

может привести к искажению свободного волеизъявления избирателей. Комиссия отметила в связи с этим в одном из своих ранних решений, что термин «свободное волеизъявление народа» в тексте ст. 3 Протокола означает, что «выборы не могут проводиться в условиях какого-либо давления на выбор одного или нескольких кандидатов, и когда избиратель делает этот выбор, его нельзя недолжным образом заставлять голосовать за одну либо другую партию». И напротив, «некоторые ограничения свободы выражения мнения, которые были бы совместимыми со ст. 10 Конвенции, могут при определенных обстоятельствах серьезным образом повлиять на избирательный процесс, нарушив право, закрепленное в ст. 3 Протокола».⁶³

Таким образом, учитывая, что Суд предпочитает рассматривать вопросы ограничения деятельности политических партий и предвыборной агитации с точки зрения положений соответственно ст. 11 и ст. 10 Конвенции, трактуя их как обладающие приоритетом специальные положения (*lex specialis*), он должен учитывать, что данные права представляют собой проявления и необходимые элементы демократии, центральным элементом которой являются свободные выборы — объект защиты ст. 3 Протокола. Следовательно, указанные ограничения должны анализироваться по крайней мере в свете практики правоприменительных органов европейской региональной системы защиты прав человека относительно права на свободные выборы, а в отдельных случаях оправданным представляется и отдельный анализ их соответствия положениям ст. 3 Протокола.

Пределы ограничений избирательных прав. Учитывая, что сами субъективные избирательные права лишь «подразумеваются» в тексте ст. 3 Протокола, ограничения этих прав также являются «подразумеваемыми».⁶⁴ В связи с этим перед Судом встала задача по выработке общих подходов к определению оснований и критериев таких ограничений.

Концепция «подразумеваемых ограничений», т. е. ограничений, вытекающих из самой природы того или иного права, не является чем-то совершенно новым для Суда и нашла применение в его практике по другим статьям Конвенции. Так, отмечая возможность наличия подразумеваемых ограничений, заложенных в саму природу права на доступ к правосудию, Суд отмечал, что таковые «не должны ограничивать или сокращать остающийся в распоряжении индивида доступ таким образом либо до такой степени, что само существо права оказывается ущемленным».⁶⁵ Исходя из этого, а также учитывая выработанный им подход к оценке соответствия Конвенции ограничений, налагаемых на права, предусмотренные ст. 8–11 Конвенции, Суд в своем первом деле по ст. 3 Протокола отметил, что подразумеваемые ограничения не будут выходить за рамки дозволенных Конвенцией, если они «не ограничивают рассматриваемые права до такой степени, что ущемляют самую их суть и лишают их эффективности, если они налагаются для достижения легитимной цели и если используемые средства не являются непропорциональными».⁶⁶ Эти три условия и их интерпретацию в практике Суда следует рассмотреть последовательно.

Неприкосновенность существа права. Требование о том, что подразумеваемые ограничения избирательных прав не должны ущемлять

⁶³ Решение Комиссии от 6 октября 1976 г. по делу № 7140/75 «Икс (X) против Великобритании» // СбРиД. № 7. С. 96.

⁶⁴ Параграф 52 Постановления Суда от 2 марта 1987 г. по делу № 9267/81.

⁶⁵ Параграф 57 Постановления Суда от 28 мая 1985 г. по делу № 8225/78 «Ашингдейн (Ashingdane) против Великобритании» // Серии А. № 93.

⁶⁶ Параграф 52 Постановления Суда от 2 марта 1987 г. по делу № 9267/81.

«самую их суть», означает, как отметил Суд, что положения избирательного законодательства и выборной практики «не должны быть такими, чтобы исключать определенных лиц либо группы лиц из участия в политической жизни страны и, в частности, в выборе органов законодательной власти».⁶⁷ Например, положения Конституции Республики Кипр 1960 г. и принятого в соответствии с ней законодательства предусматривали организацию избирательного процесса, в том числе при выборах депутатов Палаты представителей, исходя из разделения всех избирателей на две общины — греческую и турецкую. В частности, предполагалось формирование двух отдельных списков избирателей — в зависимости от принадлежности избирателя к одной из двух основных общин, населяющих остров (ст. 63 Конституции).⁶⁸ Однако после событий 1963 г. и турецкой оккупации северной части Кипра реализация этих положений на практике на той части острова, которая осталась под контролем законных властей Республики, оказалась невозможной,⁶⁹ что фактически отстранило оставшихся жить на этой территории членов турецкой общины от участия в парламентских выборах. Такая ситуация позволила Суду сделать вывод о том, что «заявитель как член турецко-кипрской общины, живущий в контролируемой правительством зоне Кипра, был полностью лишен какой-либо возможности выразить свое мнение при выборе членов Палаты представителей страны, гражданином которой он является и в которой он всегда жил»,⁷⁰ и, следовательно, о нарушении его права на свободные выборы, гарантируемого ст. 3 Протокола.⁷¹ В схожей ситуации оказалась заявительница по упоминавшемуся ранее делу «Мэттьюс против Великобритании» — жительница Гибралтара, которая в результате существовавшего в рамках Европейского сообщества правового регулирования оказалась «полностью лишена всякой возможности выразить свое мнение при выборе членов Европейского парламента».⁷² Аналогично британское законодательство, берущее свое начало от средневекового института «гражданской смерти» и лишавшее избирательных прав всех лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, было признано нарушающим ст. 3 Протокола, так как «оно лишает предусмотренного Конвенцией права голосовать значительную категорию лиц».⁷³ Нарушение было установлено и по делу против Италии в связи с лишением избирательного права лиц, признанных банкротами в судебном порядке.⁷⁴

Вместе с тем Суд не признал ущемляющим самую суть пассивного избирательного права требование украинского законодательства об уплате избирательного залога кандидатом в депутаты Верховной рады. При этом он отметил, что «сумма, уплата которой требуется от заявителя, не может рассматриваться как чрезмерная или как устанавливающая непреодолимый административный либо финансовый барьер для полного решимости

⁶⁷ Параграф 28 Постановления Суда от 22 июня 2004 г. по делу № 69949/01 «Азиз (Aziz) против Кипра» (СбПиР. 2004-V).

⁶⁸ Там же (§ 26).

⁶⁹ Там же.

⁷⁰ Там же (§ 29).

⁷¹ Там же (§ 30).

⁷² Параграф 64 Постановления Суда от 18 февраля 1999 г. по делу № 24833/94.

⁷³ Параграф 82 Постановления Большой палаты Суда от 6 октября 2005 г. по делу № 74025/01 «Хёрст (Hirst) № 2 против Великобритании» (Там же. 2005-IX).

⁷⁴ Параграф 34–35 Постановления Суда от 13 июля 2006 г. по делу № 3638/02 «Винченцо Тайяни (Vincenzo Taiani) против Италии».

кандидата, желающего принять участие в избирательной гонке». ⁷⁵ При рассмотрении данного постановления Суда логичной представляется параллель с ранее сформулированной им правовой позицией, согласно которой – нарушает право на доступ к судебной защите обязанность уплатить разумного размера государственную пошлину. ⁷⁶

Однако положение ст. 3 Протокола не означает, что гражданин ни в каком случае не может быть лишен избирательных прав. Основным аргументом в пользу установления нарушения указанного положения во всех рассмотренных случаях являлось отсутствие внятного обоснования ограничения. Центральным в связи с этим является вопрос о том, какие именно соображения могут быть положены в основу ограничения избирательных прав.

Цель ограничения. В отличие от других конвенционных положений (например, ст. 8–11 Конвенции, ст. 2 Протокола № 4), ст. 3 Протокола не содержит перечня целей, ради достижения которых допустимо ограничение права на свободные выборы. Признавая это, Суд сделал вывод о том, что перечень данных целей применительно к ст. 3 Протокола является «широким». ⁷⁷ Судом пока не предпринималось попыток привести исчерпывающий или хотя бы примерный список таких целей.

В одном из своих постановлений Суд отметил в связи с этим, что ограничения избирательных прав согласно ст. 3 Протокола могут быть оправданы, если они обусловлены «причиной настоятельного значения для демократического порядка» ⁷⁸ или, как более точно высказался один из судей, «в лучших интересах демократии». ⁷⁹ Одним из комментаторов этот тест был сформулирован следующим образом: ограничения являются обоснованными, если они направлены на предотвращение тенденций, «опасных для самой демократии», ⁸⁰ т. е. предлагается концепция так называемой «воинственной демократии», ⁸¹ или демократии, способной защитить саму себя.

Наиболее показательным примером применения такой концепции является, пожалуй, признание в 1979 г. Комиссией неприемлемыми жалоб активистов профашистского Нидерландского народного союза, ⁸² утверждавших, что наказание одного из них за распространение расистских памфлетов и отказ в регистрации кандидатами на муниципальных выборах нарушает их права, гарантируемые соответственно ст. 10 Конвенции и ст. 3 Протокола. Комиссия отклонила их жалобу со ссылкой на ст. 17 Конвенции (запрет злоупотребления правами), отметив, что реализация

⁷⁵ Параграф 73 Постановления Суда от 28 марта 2006 г. по делу № 13716/02 «Суховецкий (*Sukhovetsky*) против Украины» (СбПиР. 2006-VI).

⁷⁶ Параграф 60 Постановления Суда от 19 июня 2001 г. по делу № 28249/05 «Кройц (*Kreuz*) против Польши» (Там же. 2001-VI).

⁷⁷ Параграф 62 Постановления Суда от 28 марта 2006 г. по делу № 13716/02.

⁷⁸ Параграф 57 Постановления Суда от 15 июня 2006 г. по делу № 33554/03.

⁷⁹ *Постановление* Большой палаты Суда от 6 октября 2005 г. по делу № 74025/01 (§ 3 совпадающего мнения судьи Кафлиша (*Caflich*)).

⁸⁰ *Wheatley S. Democracy in International Law: a European Perspective // International and Comparative Law Quarterly. 2002. Vol. 51. P. 225.*

⁸¹ *Harvey P. Militant Democracy and the European Convention on Human Rights // European Law Review. 2004. Vol. 29. P. 407–420; Militant Democracy / ed. A. Sajó. Utrecht, 2004.*

⁸² *Решение* Комиссии от 11 октября 1979 г. по делам № 8348/78 и 8406/78 «Глимервеен (*Glimmerveen*) и Хагенбек (*Hagenbeek*) против Нидерландов» // СбРиД. № 18. С. 187.

конвенционных прав не может быть направлена на «разрушение других прав и свобод, закрепленных в Конвенции».⁸³

Применительно к рассматриваемой теме реализация избирательных прав отдельными индивидами не может быть направлена на искажение свободного волеизъявления электората в целом. Действительно, в двух наиболее иллюстративных и значимых делах, по которым Суд признал обоснованным такое экстремальное ограничение активного избирательного права, как его полное лишение, в основу вывода об отсутствии нарушения ст. 3 Протокола легло подробное обоснование необходимости принятия таких мер в целях обеспечения большей репрезентативности и честности самого избирательного процесса и соответствия его результатам действительному мнению общества.

Признавая необоснованной жалобу гражданина, лишённого избирательных прав в связи с его долгосрочным постоянным проживанием за границей, Суд указал на то, что «не проживающий [в государстве своей гражданской принадлежности] гражданин менее прямо и менее постоянно связан с ежедневными проблемами своей страны и имеет меньше знаний о них».⁸⁴ Аналогично Суд поддержал лишение избирательных прав некоторых категорий государственных служащих, отметив, что «такая дисквалификация... преследует двойной результат, являющийся существенным для надлежащего функционирования и поддержания демократических режимов, а именно обеспечение того, чтобы кандидаты различных политических убеждений пользовались одинаковыми средствами влияния... и защита электората от давления со стороны таких должностных лиц».⁸⁵ Таким образом, в обоих приведенных случаях лишение избирательных прав некоторых категорий граждан направлено на выявление действительной воли оставшегося большинства избирателей. При этом следует также отметить, что в обоих случаях приобретение соответствующего статуса является исключительно добровольным и не исключает последующего приобретения утраченных избирательных прав — в случае возвращения в страну гражданской принадлежности либо увольнения с государственной службы соответственно.

Пропорциональность ограничения. При анализе оснований и критериев ограничения избирательных прав с точки зрения ст. 3 Протокола важным является учет свободы усмотрения, которой при этом вправе пользоваться государство. Концепция «свободы усмотрения» (*marge d'appréciation*) является одной из основных при оценке Судом допустимости ограничения тех конвенционных прав, которые не являются абсолютными, и означает ту «свободу действий... которой страсбургские органы позволяют пользоваться национальным органам власти до того, как они будут готовы установить, что ограничение гарантированного Конвенцией права представляет собой нарушение одной из конвенционных гарантий».⁸⁶ При этом традиционно «свобода усмотрения скорее будет шире... когда Суд сталкивается с делом, связанным с комплексным либо противоречивым

⁸³ Там же. С. 195.

⁸⁴ Решение Суда от 7 сентября 1999 г. по делу № 31981/96 «Хильбе (*Hilbe*) против Лихтенштейна» // СбПиР. 1999-VI.

⁸⁵ Параграф 40 Постановления от 1 июля 1997 г. по делам № 18747/91, 19376/92, 19379/92, 27755/95, 28208/95 «Гитонас (*Gitonas*) и другие против Греции» (Там же. 1997-IV).

⁸⁶ *Yourow H. C. The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence. The Hague, 1996. P. 13.*

политическим, экономическим либо социальным вопросом».⁸⁷ Ясно, что дела о предполагаемых нарушениях права на свободные выборы зачастую затрагивают противоречивые политические вопросы, в том числе связанные с особенностями исторического развития и социальной эволюции того или иного европейского государства.

Уже в первом постановлении относительно права на свободные выборы Суд отметил, что государства «обладают широкой свободой усмотрения в этой сфере».⁸⁸ И хотя меньшинство встретило это общее и потому далеко идущее утверждение решительной критикой («Упор на свободу усмотрения — это не ответ в данном деле, так как эта свобода подчинена эффективному уважению прав, защищаемых в Конвенции»,⁸⁹ — заявило оно), эта позиция получила развитие в дальнейшей практике Суда по избирательным делам. Что еще более примечательно, по таким делам Суд готов принимать во внимание особенности историко-социального развития соответствующего государства. Так, по вызвавшему много дискуссий делу о запрете баллотироваться на парламентских выборах в Латвии бывшему члену Коммунистической партии Большая палата Суда, не соглашаясь с постановлением палаты, установившим нарушение ст. 3 Протокола, посчитала нужным отметить, что пределы ограничений избирательных прав «отличаются в зависимости от исторических и политических факторов, особых каждого государства» и что «любое избирательное законодательство должно оцениваться в свете политической эволюции соответствующего государства».⁹⁰

Другими словами, эта специфика свободы усмотрения по избирательным делам — учет истории политического развития соответствующей страны — делает возможными ситуации, при которых ограничение права на свободные выборы, допустимое и даже необходимое в условиях одного государства (например, нового члена Совета Европы, находящегося в условиях продолжающегося перехода от авторитаризма к демократии), будет являться неприемлемым в контексте другого, или, как недавно отметила Большая палата Суда, «правила в этой области различаются в зависимости от исторических и политических факторов, особенных для каждого государства».⁹¹

Данный подход представляет собой хороший способ учета проблем, характерных для новых европейских демократий, хотя и таит в себе некоторую угрозу.⁹²

Современные тенденции и проблемы развития правовых позиций Европейского Суда по правам человека относительно права на

⁸⁷ *Merrills J. G. The Development of International Law by the European Court of Human Rights. Manchester, 1993. P. 160.*

⁸⁸ Параграф 52 Постановления Суда от 2 марта 1987 г. по делу № 9267/81.

⁸⁹ Там же (совместное особое мнение судей Кремона (*Cremona*), Биндшедлер-Роберт (*Bindschedler-Robert*), Шпильманна (*Spielmann*) и Валтикоса (*Valticos*)).

⁹⁰ Параграф 106 Постановления Большой палаты Суда от 16 марта 2006 г. по делу № 58278/00 «Жданокa (*Zdanoka*) против Латвии» (СбПиР. 2006-IV).

⁹¹ Параграф 111 Постановления Большой палаты Суда от 8 июля 2008 г. по делу № 10226/03 «Юмак (*Yumak*) и Садак (*Sadak*) против Турции».

⁹² Постановление Большой палаты Суда от 16 марта 2006 г. по делу № 58278/00 (особое мнение судьи Розакиса (*Rozakis*)) // СбПиР. 2006-IV; *Jacquemot F. Retour sur la Dualité de Lecture de l'Arrêt Zdanoka // Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme. 2008. Vol. 73. P. 195–222; Бауринг Б. Позиция Европейского Суда по правам человека в вопросе об избирательных правах граждан в контексте латвийской практики: критический взгляд // Права человека. 2008. № 6. С. 28–42.*

свободные выборы. Первые годы XXI в. ознаменовались значительно бóльшим количеством постановлений Суда по делам, связанным с предполагаемым нарушением права на свободные выборы (ст. 3 Протокола). Это можно связать прежде всего с вступлением в Совет Европы молодых демократий Центральной и Восточной Европы. Свою роль, по-видимому, сыграл и то обстоятельство, что на фоне устоявшихся правовых позиций Суда по таким классическим проблемам защиты прав человека, как запрет пыток (ст. 3 Конвенции) или право на судебную защиту (ст. 6 Конвенции), потенциал, который заложен или может быть открыт в содержании конвенционного права на свободные выборы, остается во многом неизведанным, а дошедшие до Страсбурга избирательные дела становятся, по выражению заместителя секретаря Суда, «площадкой противоборства противостоящих друг другу судебных философий»,⁹³ что, разумеется, не может не вызывать повышенного внимания к ним со стороны судей. В этих условиях одинаково интересным и рискованным предприятием является попытка наметить и по возможности объяснить те новые тенденции, которые складываются либо могут сложиться в практике Суда по рассматриваемой тематике. Именно поэтому представляется полезным после изложения основных правовых позиций, уже сформулированных в практике Суда, остановиться на том новом, что может привнести и уже начинает привносить Страсбург в выработку общеевропейских электоральных стандартов.

Возможность оценки конвенционности избирательной системы. Хотя центральным и основным, как отмечалось выше, является понимание сформулированного в ст. 3 Протокола права на свободные выборы с точки зрения субъективных индивидуальных избирательных прав — права избирать и быть избранным, учитывая невозможность реализации этих прав в отрыве от общественных процессов в целом, невозможно игнорировать и институциональное измерение права на свободные выборы, основным выражением которого является существующая в том или ином государстве избирательная система, которую в узко-юридическом смысле следует понимать как систему правовых норм, «регламентирующих особенности определения состава коллегиального органа, формируемого посредством выборов».⁹⁴

Комиссией был выработан подход, согласно которому ст. 3 Протокола «не может толковаться как статья, предписывающая какой-либо определенный тип избирательной системы, который гарантировал бы, чтобы состав законодательной ассамблеи отражал общее количество голосов, поданных за каждого кандидата или группу кандидатов».⁹⁵ Более того, так как ст. 3 Протокола не провозглашает принцип равного избирательного права, не предполагается, что за каждого из избранных депутатов должно быть подано примерно равное количество голосов избирателей.⁹⁶

Классическим примером применения такого традиционного подхода является мотивировка вынесенного в 1980 г. решения Комиссии о неприемлемости жалобы, поданной британской Либеральной партией и двумя

⁹³ O'Boyle M. Electoral Disputes and the ECHR: an Overview, CDL-UD(2008)010rev. // [http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-UD\(2008\)010rev-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-UD(2008)010rev-e.pdf).

⁹⁴ Белов С. А. Избирательная система как правовой институт. Автореф. дис. ... к. ю. н. СПб., 2003. С. 8.

⁹⁵ Решение Комиссии от 8 декабря 1981 г. по делу № 8941/80 «Икс (X.) против Исландии» // СбРиД. № 27. С. 151.

⁹⁶ Там же. С. 150.

ее сторонниками,⁹⁷ утверждавшими, что существующая в Соединенном Королевстве избирательная система по выборам депутатов Палаты общин (система простого большинства по одномандатным округам, сводящаяся к принципу «кто набрал большинство голосов — того и мандат») лишает адекватного представительства в парламенте партии, которые пользуются поддержкой значительной части населения страны, но не большинства в каждом конкретном округе. Комиссия не могла не признать, что «система простого большинства может дать результаты, весьма отличающиеся от надлежащего отражения различных тенденций голосования» и что «в зависимости от партийной системы, существующей в данной стране, и распределения избирателей по округам система простого большинства может даже создать парламентское большинство партии либо партийной коалиции, собравшим лишь меньшинство голосов». Более того, такая система «может вовсе не отражать меньшие группы голосующих».⁹⁸ Эти замечания не помешали Комиссии признать жалобу явно необоснованной и потому неприемлемой со ссылкой на то, что подобная британской система давно используется во многих демократических странах, а ее конституционность подтверждалась такими ведущими национальными конституционными судами, как Федеральный конституционный суд ФРГ и Верховный суд США.⁹⁹

Делая такой вывод, Комиссия тем не менее оставила «открытым» вопрос, могут или нет особые черты электорального поведения поднять вопрос по ст. 3 Протокола, также во взаимосвязи со ст. 14 [Конвенции (запрет дискриминации)], если религиозные либо этнические группы могут оказаться вовсе не представленными».¹⁰⁰

Подобная ситуация возникла в недавно рассмотренном Большой палатой Суда деле «Юмак и Садак против Турции».¹⁰¹ Заявители участвовали в парламентских выборах в Турции 2002 г. в качестве кандидатов от Народно-демократической партии в населенной преимущественно курдами провинции Ширнак,¹⁰² где данная партия получила более 45 % голосов избирателей, принявших участие в голосовании.¹⁰³ Однако заявители не были избраны депутатами, так как их партия не преодолела существовавший в Турции на тех выборах избирательный барьер, т. е. набрала менее 10 % голосов избирателей в масштабах страны в целом.¹⁰⁴ Большая палата большинством голосов установила отсутствие нарушения ст. 3 Конвенции, исследовав политическую историю Турции в послевоенные годы и согласившись с аргументом правительства о том, что такой высокий избирательный барьер, преодоление которого требуется для допуска партии к распределению парламентских мандатов, обоснован стремлением избежать разрушительной парламентской фрагментации и обеспечить тем самым правительственную стабильность.¹⁰⁵

⁹⁷ Решение Комиссии от 18 декабря 1980 г. по делу № 8765/79 «Либеральная партия (*Liberal Party*), госпожа Р. (*Mrs R.*) и господин М. (*Mr M.*) против Великобритании» // Там же. № 21. С. 211.

⁹⁸ Там же. С. 224.

⁹⁹ Там же. С. 225.

¹⁰⁰ Там же.

¹⁰¹ *Постановление* Большой палаты Суда от 8 июля 2008 г. по делу № 10226/03 «Юмак (*Yumak*) и Садак (*Sadak*) против Турции».

¹⁰² Там же (§ 11).

¹⁰³ Там же (§ 16).

¹⁰⁴ Там же.

¹⁰⁵ Там же (§ 125).

Большая палата во многом выстроила свой вывод на том, что у заявителей имелась реальная возможность быть избранными в парламент — а у их избирателей, принадлежащих к этническому меньшинству, соответственно возможность быть в нем представленными — с использованием таких особенностей турецкого законодательства, как возможность выдвижения в качестве независимых кандидатов,¹⁰⁶ на которых требование об избирательном барьере не распространяется, и сложившаяся практика включения представителей одной партии в списки другой,¹⁰⁷ не имеющей трудностей с преодолением существующего избирательного барьера. Наличие и действенность этих особенностей, названных Судом «гарантиями»,¹⁰⁸ и позволило Большой палате сделать вывод о том, что десятипроцентный избирательный барьер на парламентских выборах в Турции не ущемляет существо права на свободные выборы¹⁰⁹ и, соответственно, ст. 3 Протокола не была нарушена.¹¹⁰

Оставшиеся в меньшинстве четыре судьи Большой палаты, не согласившиеся с выводом об отсутствии нарушения ст. 3 Протокола, назвали перечисленные особенности не гарантиями, а «уловками»,¹¹¹ указав на то, что их использование желающими быть избранными кандидатами создает «очевидную проблему политической морали».¹¹²

Так или иначе, даже не установив нарушения в конкретных обстоятельствах данного дела, исходя из наличия в турецкой избирательной системе определенных гарантий или уловок, Большая палата тем не менее не преминула возможностью подвергнуть анализу на соответствие конвенционным положениям избирательную систему страны в целом. Этот подход принципиально отличается от самоустранения Комиссии от такого анализа в деле британской Либеральной партии. Похоже, что Рубикон перейден и Суд готов — в рамках разрешения вопроса о соответствии положениям ст. 3 Протокола, закрепляющим индивидуальные избирательные права — подвергать анализу избирательную систему государства в целом.

Формирование позитивных обязательств в рамках ст. 3 Протокола. Хорошо известно, что ряд положений Конвенции и дополнительных протоколов к ней предполагает, помимо обязанности воздерживаться от совершения тех или иных действий (так называемые «негативные обязательства»), также обязанность «государства совершать определенные действия для обеспечения прав человека».¹¹³ Так, например, ст. 3 Конвенции, помимо безусловного обязательства государства не пытаться и не подвергать анализу кого бы то ни было бесчеловечному и унижающему достоинство обращению либо наказанию, предполагает также его обязанность проводить эффективное, независимое и своевременное расследование таких случаев.¹¹⁴

¹⁰⁶ Там же (§ 136–138).

¹⁰⁷ Там же (§ 139).

¹⁰⁸ Там же (§ 132).

¹⁰⁹ Там же (§ 146–147).

¹¹⁰ Там же (§ 148).

¹¹¹ Там же (§ 4 совместного особого мнения судей Тюлькенс (*Tulkens*), Вайич (*Vajić*), Егер (*Jaeger*) и Шикута (*Šikuta*)).

¹¹² Там же.

¹¹³ *Harris D., O'Boyle M., Warbrick C. Law of the European Convention on Human Rights.* London, 1995. P. 19.

¹¹⁴ См., напр., § 98 Постановления Суда от 26 января 2006 г. по делу № 77617/01 «Михеев (*Mikheyev*) против России».

Анализ практики Суда, по нашему мнению, позволяет сделать вывод о постепенном формировании корпуса позитивных обязательств и в рамках положений ст. 3 Протокола.¹¹⁵ Прежде всего речь идет о необходимости соблюдения процедурных требований на различных стадиях избирательного процесса. Пожалуй, впервые такой вывод был сделан Судом в 2002 г. в постановлении по делу, связанному с дисквалификацией кандидата на парламентских выборах в Латвии в связи с якобы недостаточным знанием ею государственного языка.¹¹⁶ Суд признал, что проверка лингвистической компетенции заявительницы — одним экзаменатором, вне ясной процедуры, без независимого контроля и непонятно по каким основаниям — создает «отсутствие каких-либо гарантий объективности», а потому была «не совместима с требованиями процедурной справедливости и правовой определенности».¹¹⁷ Другими словами, на государство возлагается позитивная обязанность — обеспечить при проведении процедур, связанных с дисквалификацией кандидатов и ограничивающих таким образом их права, предусмотренные ст. 3 Протокола, соблюдение минимальных процессуальных гарантий.

Ранее Судом была признана неприменимость ст. 6 Конвенции, устанавливающей основные процессуальные гарантии в рамках судебных разбирательств, к избирательным спорам, так как они связаны с определением политических, а не гражданских прав.¹¹⁸ В этих условиях ст. 3 Протокола (возможно, во взаимосвязи со ст. 13 Конвенции) остается единственным положением, применимым к судебным процессам, связанным, например, с обжалованием решений избирательных комиссий об отказе в регистрации кандидатов, списков кандидатов, оспариванием итогов голосования, результатов выборов.

Важным представляется вывод, сделанный Судом в недавно рассмотренном деле против Российской Федерации. Центризбирком России отказал партии-заявительнице в регистрации выдвинутого ею списка кандидатов на выборах депутатов Государственной Думы 1999 г.¹¹⁹ Верховный Суд РФ по жалобе партии признал решение об отказе в регистрации незаконным, и список кандидатов партии был зарегистрирован.¹²⁰ Однако впоследствии Президиум Верховного Суда отменил данное судебное решение в порядке надзора, и регистрация списка кандидатов была аннулирована.¹²¹ Как известно, отмена вступивших в законную силу судебных решений в порядке надзора в условиях отсутствия необходимости исправления фундаментальных дефектов, допущенных нижестоящими судами, является часто встречающейся причиной установления Судом нарушения принципа правовой определенности (п. 1 ст. 6 Конвенции) по делам против

¹¹⁵ См. также: *Natale V. Le Droit à des Élections Libres ou la Construction d'un Véritable Ordre Démocratique Européen* // *Revue trimestrielle des droits de l'homme*. 2006. Vol. 68. P. 954.

¹¹⁶ Постановление Суда от 9 апреля 2002 г. по делу № 46726/99 «Подколзина (*Podkolzina*) против Латвии» // СБПиР. 2002-II.

¹¹⁷ Там же (§ 36).

¹¹⁸ Параграф 50–52 Постановления Суда от 21 октября 1997 г. по делу № 24194/94 «Пьер-Блош (*Pierre-Bloch*) против Франции» (СБПиР. 1997-VI).

¹¹⁹ Параграф 11 Постановления Суда от 11 января 2007 г. по делу № 55066/00 и 55638/00 «Российская консервативная партия предпринимателей (*Russian Conservative Party of Entrepreneurs*) и другие против России» (СБПиР. 2007-I).

¹²⁰ Там же (§ 15–16).

¹²¹ Там же (§ 18–19).

России.¹²² В случае избирательного спора Суд не мог напрямую применить ст. 6 Конвенции, однако использовал ту же логику нарушения правовой определенности в рамках анализа по ст. 3 Протокола.¹²³ Это позволяет сделать вывод о том, что Суд может интегрировать выработанные им на основе п. 1 ст. 6 Конвенции правовые позиции в содержание позитивных обязанностей в рамках ст. 3 Протокола.

Данный процесс схож с наблюдаемым в последнее время постепенным формированием процессуального аспекта в рамках ст. 8 Конвенции по делам, связанным с выдворением иностранцев и лиц без гражданства за пределы страны их постоянного проживания, а также с отказом допустить их в страну, где проживают их родственники. Судом ранее, как и в отношении избирательных споров, было установлено, что ст. 6 Конвенции не применяется к судебным процессам, связанным с въездом, пребыванием в стране и выдворением иностранцев,¹²⁴ так как они не направлены на определение гражданских прав и обязанностей последних либо выдвинутых против них уголовных обвинений.¹²⁵ Вместе с тем некоторые из ее элементов оказываются включены в состав позитивных обязательств по ст. 8 Конвенции, в частности независимость¹²⁶ и непредвзятость¹²⁷ органа, принимающего соответствующее решение.

Аналогично объем процессуальных гарантий и в рамках ст. 3 Протокола может охватить, например, требования независимости и беспристрастности органов, проводящих выборы, таких как избирательные комиссии.¹²⁸

Взаимобогащение практики Суда по ст. 3 Протокола и других источников европейской электоральной стандартов. Положения ст. 3 Протокола и практика их толкования и применения Комиссией, а впоследствии и Судом не являются единственным источником международно-правового регулирования права на свободные выборы на европейском правовом пространстве. Значительные усилия по кодификации и сравнительно-правовому анализу лучших образцов европейской электоральной практики предприняты Венецианской комиссией Совета Европы, которая, в частности, подготовила и приняла Свод рекомендуемых норм при проведении выборов, состоящий из ряда руководящих принципов и пояснительного доклада к ним.¹²⁹ ПАСЕ выработала ряд резолюций по рассматриваемой тематике, как общего характера,¹³⁰ так и по конкретным ситуациям и странам

¹²² См., напр., § 52 Постановления Суда от 24 июля 2003 г. по делу № 52854/99 «Рябых (*Ryabykh*) против России» (Там же. 2003-IX).

¹²³ Параграфы 58–67 Постановления Суда от 11 января 2007 г. по делу № 55066/00 и 55638/00.

¹²⁴ *Постановление Суда* от 5 октября 2000 г. по делу № 39652/98 «Маауйя (*Maouiia*) против Франции» // СбПиР. 2000-Х.

¹²⁵ Там же (§ 40).

¹²⁶ Параграф 124 Постановления Суда от 20 июня 2002 г. по делу № 50963/99 «Аль-Нашиф (*Al-Nashif*) против Болгарии».

¹²⁷ Параграфы 71–72 Постановления Суда от 11 июля 2000 г. по делу № 29192/95 «Чилиз (*Ciliz*) против Нидерландов» (СбПиР. 2000-VIII).

¹²⁸ См.: Постановление Суда от 8 июля 2008 г. по делу № 9103/04 «Грузинская Лейбористская партия (*Georgian Labour Party*) против Грузии» (частично особое мнение судьи Муларони (*Mularoni*)).

¹²⁹ Принят на 52-й сессии Венецианской комиссии (18–19 октября 2002 г.), заключение № 190/2002, CDL-AD(2002)23 (текст на русском языке: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-rus.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-rus.asp)).

¹³⁰ Резолюция ПАСЕ 1547 (2007) «Состояние прав человека и демократии в Европе».

в контексте осуществляемого ею мониторинга выполнения государствами-участниками обязательств, принятых на себя при вступлении в Совет Европы,¹³¹ либо в ответ на возникшие в этих государствах кризисные ситуации.¹³²

Вместе с тем эти документы скорее являются актами так называемого «мягкого права»,¹³³ которые, как и документы ОБСЕ, сами по себе не носят юридически обязательного характера,¹³⁴ однако при определенных обстоятельствах могут вносить свой вклад в развитие и конкретизацию международного права как такового.

Кроме этих актов, на европейском пространстве вот уже более пяти лет действует Конвенция Содружества Независимых Государств (СНГ) о стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах — участниках СНГ¹³⁵ (далее — Конвенция СНГ), подготовленная на основе обобщения и содержательного развития международно-правовых норм, относящихся к организации демократического избирательного процесса.¹³⁶ В настоящее время данная Конвенция действует в отношении трех государств, которые одновременно являются членами Совета Европы и СНГ, а потому связаны требованиями как Конвенции СНГ, так и ст. 3 Протокола. К числу таких государств, помимо Армении и Молдовы, относится и Россия.

Конвенция СНГ вряд ли может быть использована Судом при выработке им новых правовых позиций по ст. 3 Протокола, так как, будучи плодом деятельности другой международной организации, она предполагает существование собственного механизма имплементации, в частности создание Межгосударственного избирательного совета (ст. 21 Конвенции СНГ). Относительно Конвенции СНГ о защите прав человека и основных свобод — также предполагающей создание собственного контрольного механизма (который остается лишь на бумаге по настоящий момент) — Судом ранее уже был сделан вывод о том, что не исключено ее признание в качестве альтернативного механизма международного разрешения споров, обращение заявителя к которому делает неприемлемой его последующую жалобу в Суд.¹³⁷

Не исключено использование Судом в мотивировке своих решений актов других органов Совета Европы, которые сами по себе, как ранее отмечалось, не являются юридически обязательными. Так, например, важность уже упоминавшегося свода рекомендуемых норм при проведении выборов, принятого в 2002 г. Венецианской комиссией, была признана Комитетом министров Совета Европы, который отметил, что этот документ

¹³¹ См., напр.: Резолюция ПАСЕ 1380 (2004) «Выполнение обязательств Турцией».

¹³² См., напр.: Резолюция ПАСЕ 1363 (2004) «Функционирование демократических институтов в Грузии».

¹³³ Rodley N. Soft law, tough standards: non-treaty instruments relevant to the protection of the rights to life and humane treatment // *Interights Bulletin*. 1993. Vol. 7. P. 43–46.

¹³⁴ Вагизов Р. Г. Общая характеристика роли ОБСЕ в обеспечении и защите прав человека в Европе // *Адвокат*. 2008. № 6. С. 80.

¹³⁵ Официальный текст (на русском языке) впервые официально опубликован: *Вестник Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств*. СПб., 2002. № 3. С. 343–366.

¹³⁶ Борисов И. Б., Лысенко В. И. Предисловие // Конвенция о стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах — участниках СНГ. Документы и материалы. М., 2008. С. 14.

¹³⁷ Решение Большой палаты Суда от 2 июня 2004 г. по вопросу компетенции по запросу Комитета министров.

«отражает принципы европейского избирательного наследия» и, более того, «является основой возможного дальнейшего развития правового регулирования демократических выборов в европейских странах». ¹³⁸ Учитывая, что соответствующая Декларация была принята Комитетом министров на уровне министров, что согласно сложившейся практике обычно происходит на основе консенсуса, а также исходя из того, что все государства — участники Конвенции и Протокола входят в состав Совета Европы, а уполномоченные представители их правительств и образуют Комитет министров, данный Свод рекомендуемых норм может быть признан отражением последующей практики применения Конвенции и Протокола и подтверждением соглашения участников относительно толкования указанных международных договоров, т. е. учитываться Судом при их толковании. ¹³⁹

Суд постепенно начинает признавать особую интеллектуальную роль Венецианской комиссии, состоящей из «независимых экспертов, достигших международной известности благодаря своему опыту в демократических институтах либо своему вкладу в развитие права и политической науки». ¹⁴⁰ Свидетельством этому стало то, что, рассматривая дело, связанное с регулированием правового статуса и финансирования политической партии, Суд запросил мнение Венецианской комиссии, ¹⁴¹ подготовившей специальное заключение, выводы которого во многом были положены в основу постановления Суда. ¹⁴² Не менее важную роль сыграло мнение Венецианской комиссии в другом недавно вынесенном постановлении Суда. ¹⁴³ В данном случае Суд основывался на специальном докладе Венецианской комиссии, посвященном анализу поправок, внесенных в 2008 г. в Избирательный кодекс Молдовы ¹⁴⁴ и лишивших пассивного избирательного права на парламентских выборах лиц, имеющих двойное гражданство. Как справедливо отметил заместитель секретаря Суда, в сфере избирательных споров Венецианская комиссия могла бы сыграть ту же роль, которую играет Европейский Комитет по предупреждению пыток либо бесчеловечного или унижающего обращения или наказания в развитии практики Суда по ст. 3 Конвенции. ¹⁴⁵

Не так внимательно Суд прислушивается к мнению ПАСЕ. Так, в постановлении по делу «Юмак и Садак против Турции» Большая палата Суда, хоть и привела текст резолюции ПАСЕ, утверждающей, что избирательный барьер, превышающий 3 % голосов избирателей в стране в целом, нарушает демократические принципы, ¹⁴⁶ тем не менее сама пришла к выводу о том, что десятипроцентный избирательный барьер в контексте турецкого

¹³⁸ Декларация Комитета министров Совета Европы, принятая на его 114-м заседании 13 мая 2004 г., о Своде рекомендуемых норм при проведении выборов.

¹³⁹ Параграф 3 (b) ст. 31 Венской конвенции.

¹⁴⁰ Параграф 1 ст. 2 уточненного Статута Венецианской комиссии, утв. резолюцией Комитета министров от 21 февраля 2002 г. № (2002) 3, принятой на его 784-м заседании.

¹⁴¹ Параграф 3 Постановления Суда от 7 июня 2007 г. по делу № 71251/01 «Националистическая баскская партия (*Parti Nationaliste Basque — Organisation Régionale d'Iparralde*) против Франции» (СБПИР. 2007-VII).

¹⁴² См., напр.: Там же (§ 47).

¹⁴³ Постановление Суда от 18 ноября 2008 г. по делу № 7/08 «Танаше (*Tănase*) и Чиртоача (*Chirtoacă*) против Молдовы».

¹⁴⁴ Там же (§ 40, 110).

¹⁴⁵ O'Boyle M. Electoral Disputes and the ECHR: an Overview. P. 14.

¹⁴⁶ Параграф 52 Постановления Большой палаты Суда от 8 июля 2008 г. по делу № 10226/03 «Юмак (*Yumak*) и Садак (*Sadak*) против Турции», со ссылкой на резолюцию ПАСЕ 1547 (2007).

избирательного законодательства соответствует ст. 3 Протокола (см. выше анализ данного постановления). Рассматривая возможность использования актов ПАСЕ в деятельности Суда, нельзя не учесть природу этого органа, носящего межпарламентский характер, а потому неизбежно занимающего политические позиции.¹⁴⁷ Вместе с тем Суд не может не замечать точку зрения ПАСЕ, которая зачастую по ряду вопросов носит новаторский характер.¹⁴⁸

* * *

Избирательные права непросто нашли свою дорогу в текст Конвенции. Неприятие правительствами государств — участников Совета Европы их включения в юридически обязательный международный договор было обусловлено традиционным представлением о том, что избирательная система государства относится исключительно к сфере его внутренних дел и как таковая не может быть предметом международно-правового регулирования, тем более в контексте защиты прав человека. Так или иначе, благодаря проактивной позиции правоприменительных органов в Страсбурге — Комиссии и Суда — которые и делают европейскую региональную систему защиты прав человека действенной, было признано, что к защищаемым Конвенцией и Протоколом правам человека относятся и избирательные права, в том числе право избирать и быть избранным. Вместе с тем такое признание поставило больше вопросов, чем первоначально могло дать ответов. На сегодняшний день можно сказать, что Суд в основном наметил контуры применения положений ст. 3 Протокола. При этом пока не сложилась устойчивая практика: слишком многое в этой сфере пока остается неизведанным, многие перевалы еще ждут своих покорителей. Выше была предпринята попытка обозначить некоторые направления такого поступательного движения: анализ конвенционных избирательной системы государства в целом, формирование позитивных обязательств в электоральной сфере, грани взаимосвязи ст. 3 Протокола с другими содержательными положениями Конвенции, прежде всего ее ст. 10–11. Учитывая политизированность темы, важной представляется выработка четкой и внятной позиции Суда в отношении правового статуса таких источников международных электоральных стандартов, как формально относящиеся к «мягкому праву» акты других органов Совета Европы, прежде всего Венецианской комиссии, а также других действующих на европейском пространстве международных организаций, таких как ОБСЕ. Так или иначе, единственным юридически обязательным международным договором, закрепляющим гарантии реализации избирательных прав граждан и действующим в отношении нескольких членов Совета Европы, в том числе России, помимо, разумеется, Протокола, является Конвенция СНГ, обладающая значительным потенциалом. Удастся ли раскрыть этот потенциал — покажет время и, прежде всего, создание соответствующего имплементационного механизма. Впрочем, сравнительно-правовой анализ положений практики Суда по ст. 3 Протокола и Конвенции СНГ выходит за узкие рамки настоящей статьи.

¹⁴⁷ Puig L. M., de. International Parliaments. P. 111.

¹⁴⁸ Голубок С. Ведение стратегических дел в международных инстанциях: сопровождение ведения стратегических дел в Европейском Суде по правам человека посредством взаимодействия с другими органами и структурами Совета Европы // Сб. материалов экспертного семинара «Повышение эффективности использования судебных механизмов в правозащитной деятельности: стратегические судебные дела» (Москва, 10 декабря 2007 г.). М., 2008 (www.demokratia.ru/docs/?content=file&id=13).

ЗНАЧЕНИЕ РЕШЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В РОССИЙСКОЙ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ И ЭФФЕКТИВНЫЕ ВНУТРЕННИЕ СРЕДСТВА ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ

Г. В. ГРИГОРЯН



Григорян Гаяне Вагановна,
соискатель кафедры
гражданского права
юридического факультета СПбГУ

В соответствии со ст. 19 Конвенции о защите прав человека и основных свобод¹ Европейский суд по правам человека (далее — Конвенция; Европейский суд) учрежден в целях обеспечения соблюдения обязательств, принятых на себя государствами — участниками Конвенции. Осуществляя функцию контроля за соблюдением этими государствами прав и свобод, гарантированных Конвенцией и Протоколами к ней, Европейский суд не разрешает споры между конкретными лицами, в его компетенции находятся вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней, которые могут быть ему переданы в случаях, предусмотренных положениями ст. 33, 34 и 47 Конвенции. Так, в соответствии со ст. 34 Конвенции, Суд может принимать жалобы от любого физического лица, любой неправительственной организации или любой группы частных лиц, которые

утверждают, что явились жертвами нарушения одной из стран-участниц их прав, признанных в Конвенции или в Протоколах к ней.

Популярность Европейского суда обусловлена именно возможностью частных лиц обратиться с жалобами на нарушение положений Конвенции в отдельном государстве. Часто такие жалобы поступают от лиц, пострадавших от незаконных действий правоохранительных органов и суда, не исчерпавших внутригосударственных средств правовой защиты своих нарушенных прав. Имея возможность требовать компенсации материального и морального вреда путем подачи гражданского иска в соответствии со ст. 1070 и 1100 ГК РФ, многие незаконно подвергнутые перечисленным в ст. 1070 ГК мерам уголовного или административного преследования лица, тем не менее, не пользуются предоставленными государством

э-утренними средствами правовой защиты. И, казалось бы, Европейский суд должен отклонять подобные жалобы на основании ст. 35 Конвенции, предусматривающей право Суда принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты. Однако в случаях, когда по жалобам заявителя на сотрудников правоохранительных органов не было проведено эффективное уголовное расследование (а в соответствии со ст. 13 Конвенции каждый, чьи права и свободы, признанные в Конвенции, нарушены, имеет право на эффективное средство правовой защиты в государственном органе, даже если нарушение было совершено лицами, действовавшими в качестве официальных), Европейский суд придерживается позиции, что любое иное внутреннее средство правовой защиты, доступное заявителю, в том числе подача иска о возмещении вреда, может являться при определенных обстоятельствах лишь теоретическим и иллюзорным средством.² «Заявитель не обязан исчерпывать средства правовой защиты, которые хотя теоретически и являются средствами правовой защиты, на практике не предоставляют возможности восстановить нарушенные права... Если избранное средство правовой защиты было адекватным в теории, но с течением времени оказалось неэффективным, заявитель не обязан исчерпывать его».³

По делам, в которых заявители жалуются на применение пыток и жестокое обращение со стороны сотрудников правоохранительных органов, а также на незаконное применение различных мер пресечения, таких как заключение под стражу, подписка о невыезде и т. д., уголовное расследование (правовое средство защиты по смыслу Конвенции) по жалобам на жестокое обращение в государстве должно быть тщательным и всесторонним. Иначе говоря, государственные органы должны принимать все меры в целях установления действительности произошедшего «и не должны полагаться на успешные или необоснованные выводы и прекращать расследование либо принимать на их основе какие-либо решения».⁴ Европейский суд также неоднократно напоминал, что для того, чтобы расследование по жалобе на предполагаемое жестокое обращение могло считаться эффективным, оно должно быть независимым. Как известно, в соответствии с нашей системой расследования уголовных дел расследование по жалобам на жестокое обращение со стороны сотрудников правоохранительных органов чаще всего ведется этими же органами. Это означает, что ни о какой независимости расследования не может быть и речи. Часто постановления о прекращении таких дел основываются исключительно или преимущественно на показаниях сотрудников милиции, которые и подозреваются в жестокое обращение, а следовательно, не являются беспристрастными свидетелями.⁵

В одном из дел, рассмотренных Европейским судом («Михеев (*Mikheyev*) против Российской Федерации»), в котором заявитель, помимо прочего, ссылаясь на ст. 3 и 13 Конвенции, жаловался на неэффективность проведенного расследования по его жалобе на жестокое обращение и применение

² Постановление от 9 марта 2006 г. по делу «Менешева (*Menesheva*) против Российской Федерации», жалоба № 59261/00 // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание (далее: БЕСПЧ). 2006. № 11. С. 73, 89–109.

³ Постановление от 26 января 2006 г. по делу «Михеев (*Mikheyev*) против Российской Федерации», жалоба № 77617/01 // Там же. № 6. С. 53, 99–129.

⁴ Параграф 108 Постановления от 26 января 2006 г.

⁵ Постановление от 5 июля 2005 г. по делу «Трубников (*Trubnikov*) против Российской Федерации», жалоба № 49790/99 // БЕСПЧ. 2005. № 2. С. 39–56.

пытках со стороны органов милиции, свои доводы и критические замечания представила группа российских неправительственных организаций, участвовавшая в деле в качестве третьих сторон. В качестве факторов, снижающих эффективность официального расследования на стадии предварительного расследования, третьи стороны справедливо указали и вышеназванную систему уголовного расследования.

Таким образом, хотя в России существует механизм правовой защиты жертв пыток (ст. 21 Конституции РФ, ст. 9 УПК РФ, ст. 117, 286, 302 УК РФ, ст. 1069–1070 ГК РФ), эффективность официального расследования по жалобам на жестокое обращение со стороны сотрудников правоохранительных органов крайне низка.

Нередки случаи, когда лица, подвергшиеся ненадлежащему обращению со стороны сотрудников правоохранительных органов, сразу после соответствующих событий подают заявления о возбуждении уголовного дела в отношении этих сотрудников. Однако в нарушение норм процессуального законодательства дела не возбуждаются и расследование не проводится — часто вплоть до момента официального уведомления властей Российской Федерации о рассмотрении жалобы заявителя Европейским судом.⁶ В деле «Менешева (*Menesheva*) против Российской Федерации» заявитель в заявлении о возбуждении уголовного дела указала имена, звания сотрудников, причастных к нанесению ей телесных повреждений, упомянула, что может их опознать, приложила копию заключения медицинского специалиста, подтверждавшего причинение ей телесных повреждений, что является по терминологии Европейского суда «доказуемой» жалобой о том, что лицо подверглось серьезному ненадлежащему обращению. Положение ст. 3 Конвенции («Никто не должен подвергаться ни пыткам, ни бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию»), взятое в совокупности с общей обязанностью государств согласно ст. 1 Конвенции «обеспечивать каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определенные в... Конвенции», подразумевает необходимость проведения эффективного официального расследования. Закрепленные в прецедентном праве Европейского суда минимальные стандарты, касающиеся эффективности расследования, предусматривают требования о том, что расследование должно быть независимым, беспристрастным и доступным общественному контролю и что компетентные власти должны действовать с примерной рачительностью и расторопностью. Значит, как только заявитель довел соответствующую информацию до сведения компетентных органов, процессуальная обязанность расследовать утверждения заявителя о ненадлежащем обращении с ним уже возникла.

В одной из жалоб, рассмотренных Европейским судом, заявитель утверждал, что высокопоставленный сотрудник МВД советовал ему отозвать свою жалобу из Европейского суда, иначе органы внутренних дел найдут основания, чтобы возбудить против него новое уголовное дело и заключить под стражу. Другой сотрудник МВД во время допроса также угрожал заявителю арестом и голодной смертью в изоляторе, требуя отозвать свою жалобу из Европейского суда, так как это разбирательство создало неприятности высокопоставленным чиновникам.⁷

⁶ Постановление от 9 марта 2006 г. по делу «Менешева (*Menesheva*) против Российской Федерации», жалоба № 59261/00 // Там же. 2006. № 11. С. 73, 89–109.

⁷ Постановление от 16 июня 2005 г. по делу «Лабзов (*Labzov*) против Российской Федерации», жалоба № 62208/00 // Там же. 2005. № 10. С. 51, 66–76.

Следующим распространенным поводом для подачи жалоб в Европейский суд является отсутствие у лиц, подозреваемых в совершении уголовного преступления, эффективных внутренних средств правовой защиты в отношении длительности судебного разбирательства.⁸ По мнению Европейского суда, власти Российской Федерации в подобных случаях должны указать средства правовой защиты, которые могли бы ускорить разрешение дела заявителя или предоставить ему адекватную компенсацию за уже произошедшие задержки. Иначе нарушается ст. 13 Конвенции, поскольку заявитель не располагал национальными средствами правовой защиты, посредством которых он мог бы реализовать свое право на судебное разбирательство в разумный срок, гарантируемое п. 1 ст. 6 Конвенции.⁹

Согласно позиции Европейского суда, ст. 13 Конвенции требует, чтобы при возможном нарушении одного или нескольких прав, предусмотренных Конвенцией, жертве нарушения был доступен механизм привлечения к ответственности за данное нарушение представителей государства и государственных органов. Страны-участницы имеют определенные пределы усмотрения относительно того, каким образом выполнять свои обязательства по данному положению Конвенции. По общему правилу, если какое-либо средство правовой защиты само по себе не удовлетворяет требованиям ст. 13 Конвенции, совокупность средств, предлагаемых национальной правовой системой, может удовлетворять данным требованиям. Однако объем обязательства государства по ст. 13 Конвенции варьируется в зависимости от характера жалобы заявителя, и в некоторых ситуациях Конвенция требует предоставить определенное средство правовой защиты. Так, в делах, касающихся подозрительных смертей или жестокого обращения, принимая во внимание фундаментальное значение прав, предусмотренных ст. 2 и 3 Конвенции, статья 13 Конвенции требует (помимо выплаты в случае необходимости компенсации) провести тщательное и эффективное расследование, способное установить и привлечь к ответственности виновных.¹⁰

В действующем российском законодательстве нет определенности относительно средств правовой защиты, которые могут быть использованы и, что существенно, будут действительными (эффективными) в той или иной ситуации. Именно поэтому даже использование всех доступных средств защиты заявителями не приводит к достижению желаемого результата, а значит, нарушается ст. 13 Конвенции.

Итак, каковы причины нежелания правоохранительных органов выносить сор из избы? Безусловно, основная причина — это авторитет Европейского суда и обязательная сила его окончательных постановле-

⁸ Пункт 1 ст. 6 Конвенции гласит: каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.

⁹ Постановление от 30 ноября 2004 г. по делу «Кляхин (*Klyakhin*) против Российской Федерации», жалоба № 46082/99 // БЕСПЧ. 2004. № 7. С. 69–89. — Аналогичные нарушения п. 1 ст. 6 и ст. 13 Конвенции признаны в постановлениях от 23 сентября 2003 г. по делу «Еманакова (*Emanakova*) против Российской Федерации», жалоба № 60408/00 (Европейский суд по правам человека и Российская Федерация. Постановления и решения, вынесенные до 1 марта 2004 года / сост. М. В. Виноградов; отв. ред., сост. Ю. Ю. Берестнев. М., 2005. С. 203–211); от 29 июня 2006 г. по делу «Ольшанникова (*Olishan-nikova*) против Российской Федерации», жалоба № 22892/03 // http://www.lawyersnet.ru/?page=itrec_3&id=355 (2009. 24 авг.).

¹⁰ Параграфы 140–141 Постановления от 26 января 2006 г.

ний, принятых в отношении Российской Федерации, для всех органов государственной власти РФ, в том числе и для судов (ст. 46 Конвенции).¹¹ Доведение дела до Европейского суда, и тем более признание Европейским судом нарушений соответствующих норм Конвенции означает, что государство-участник не смогло обеспечить соблюдения прав и свобод своих граждан, что система расследования уголовных дел и система правосудия имеют серьезные недочеты, что является большим недостатком для правового государства, каковым Российская Федерация провозглашена в Конституции.

Государство, признанное нарушителем Конвенции, обязано устранить как само нарушение, так и причины, приведшие к возможности такого нарушения. Если положения Конвенции были нарушены судебным органом государства — участника Конвенции, это нарушение должно быть устранено соответствующим судебным органом. Именно поэтому УПК РФ содержит норму, в соответствии с которой установленное Европейским судом нарушение положений Конвенции при рассмотрении судом РФ уголовного дела, связанное с применением федерального закона, не соответствующего положениям Конвенции, а также иными нарушениями положений Конвенции, является новым обстоятельством, ввиду которого возобновляется производство по уголовному делу (п. 4 ст. 413 УПК). Принятию этой нормы предшествовало Постановление Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1996 г. № 4-П, в котором установлено, что «решения межгосударственных органов могут приводить к пересмотру конкретных дел высшими судами Российской Федерации и, следовательно, открывают дорогу для полномочий последних по повторному рассмотрению дела в целях изменения ранее состоявшихся по нему решений, в том числе принятых высшей внутригосударственной судебной инстанцией».¹²

Аналогичное положение содержит и норма п. 7 ст. 311 АПК РФ, тесно связанная с нормой п. 2 ст. 304 АПК, закрепляющей в качестве одного из оснований для изменения или отмены в порядке надзора судебных актов, вступивших в законную силу, случаи, когда при рассмотрении дела в порядке надзора Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ установит, что оспариваемый акт «нарушает права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права, международным договорам Российской Федерации».

Надо отметить, что ГПК РФ не называет решения Европейского суда в качестве основания для пересмотра судебных актов судов общей юрисдикции по гражданским делам (ст. 392), что, на наш взгляд, представляется не оправданным. Означает ли это, что для судов общей юрисдикции решения Европейского суда в гражданском судопроизводстве не являются обязательными для исполнения? Конечно, нет. Пункт 4 Постановления Пленума

¹¹ Об обязательности решений Европейского суда см. также п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12).

¹² *Постановление Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1996 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности пункта 5 части второй статьи 371, части третьей статьи 374 и пункта 4 части второй статьи 384 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан К. М. Кульнева, В. С. Лалуева, Ю. В. Лукашова и И. П. Серебренникова» // СЗ РФ. 1996. № 7. ст. 701.*

Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении»¹³ прямо предусматривает обязанность судов общей юрисдикции, в том числе при рассмотрении гражданских дел, руководствоваться в своей правоприменительной практике постановлениями Европейского суда по правам человека, в которых дано толкование положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, подлежащих применению в данном деле. Чем же объясним различный подход законодателя к значению и роли постановлений Европейского суда как оснований для пересмотра судебного акта в единой системе судов общей юрисдикции по уголовным и гражданским делам? В литературе высказана точка зрения, в соответствии с которой положения ГПК РФ по рассматриваемому вопросу с позиции принципа независимости судебной власти РФ от судебно-правовой системы Совета Европы являются более логичными, нежели положения АПК и УПК РФ.¹⁴ Автор обосновывает свою позицию тем, что решения Европейского суда по жалобам граждан РФ на нарушения их прав, гарантированных Конвенцией, при осуществлении правосудия по гражданским делам до сих пор касались установления фактов неисполнения судебных актов, нарушения разумных сроков судебного разбирательства, что не приводит к необходимости пересмотра судебных постановлений.

Представим следующую ситуацию. Гражданину РФ был причинен вред (материальный и моральный) в результате незаконного заключения под стражу. Он, в соответствии с п. 1 ст. 1070 и ст. 1100 ГК РФ, обратился в суд с иском о возмещении вреда (в том числе компенсации морального вреда), ссылаясь на факты ненадлежащего обращения с ним со стороны сотрудников органов внутренних дел и оспаривая законность применения к нему данной меры пресечения. Ему отказано в удовлетворении иска, так как суд пришел к выводу, что действия сотрудников органов внутренних дел законны, заключение под стражу было необходимо для целей расследования уголовного дела, а что касается утверждения о ненадлежащем обращении, то суд ссылается на отказ прокурора в возбуждении уголовного дела в связи с жалобой заявителя на действия сотрудников органов внутренних дел и на вывод служебной проверки, проведенной органами внутренних дел, согласно которым факты ненадлежащего обращения подтверждения не нашли. Кассационная и надзорная инстанции оставили данное судебное решение без изменения. Рассмотрев жалобу заявителя, Европейский суд пришел к выводу, что в данном деле имело место нарушение ст. 3, 13, п. 1 ст. 6 Конвенции, и в качестве компенсации морального и материального вреда присудил определенную денежную сумму. Получается, что решение суда первой инстанции об отказе в возмещении вреда не должно быть пересмотрено, так как в гражданском судопроизводстве установленное Европейским судом нарушение положений Конвенции не входит в число оснований для пересмотра судебных решений, вступивших в законную силу, по вновь открывшимся обстоятельствам (ст. 392 ГПК РФ). Но почему установленное Европейским судом нарушение Конвенции не сделать таким основанием и, помимо компенсации, присужденной Европейским судом, предоставить гражданину, чьи права нарушены, возможность добиться выплаты компенсации и внутри государства? Вероятно, это привело бы к тому, что суды при рассмотрении исков граждан

¹³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2.

¹⁴ Федина А. С. Значение решений Европейского суда по правам человека в реализации принципа законности в гражданском судопроизводстве // Юрист. 2007. № 3. С. 57.

о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями правоохранительных органов, более внимательно относились бы к обстоятельствам дела. Возможно, это послужит поводом к тому, чтобы проблемы решались все-таки внутри страны, а не на международном уровне.

В этих соображениях можно усмотреть угрозу принципу независимости судебной власти государства от судебной системы Совета Европы, но ведь аналогичные положения (относительно оснований пересмотра вступивших в законную силу судебных решений) содержатся в УПК и АПК РФ. Внесением соответствующих изменений в ГПК законодатель добьется единого подхода к значению и роли постановлений Европейского суда. Полагаем, можно согласиться с теми авторами, которые рассматривают средства международной защиты как дополнение к защите прав человека внутри государства (принцип субсидиарности). Именно принцип субсидиарности, не нарушая основных общепризнанных принципов международного права — принципа невмешательства во внутренние дела, а также принципа суверенного равенства государств, — способен обеспечить эффективность и действенность механизмов контроля за исполнением государствами международных обязательств.¹⁵

В случае выявления нарушений положений Конвенции Европейский суд, в соответствии со ст. 41 Конвенции, присуждает справедливую компенсацию, только если внутреннее право государства-участника допускает возможность лишь частичного устранения последствий нарушения. Возвращаясь к рассмотренной выше ситуации (когда лицу было отказано в удовлетворении иска о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями правоохранительных органов), надо полагать, что Европейский суд должен отклонить требования заявителя о справедливой компенсации. Ведь если постановление Европейского суда будет являться основанием для пересмотра вступивших в законную силу судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам, тогда у заявителя появится реальный шанс получить полное возмещение вреда на основании ст. 1070 и 1100 ГК РФ. А если Европейский суд все же присудит заявителю компенсацию морального и (или) материального вреда в качестве справедливой компенсации, тогда «в делах по пересмотру или возобновлению производства по делу... вопрос о том, каким образом такая компенсация будет принята в расчет, должен решаться по усмотрению компетентного внутригосударственного суда либо соответствующих властей с учетом обстоятельств каждого дела».¹⁶ В любом случае справедливая компенсация не может служить средством обогащения пострадавшей стороны, это положение нашло закрепление в практике Европейского суда.

Констатация Европейским судом нарушения Конвенции «налагает на государство-ответчика обязательство положить конец нарушению и устранить его последствия с целью восстановления, насколько это возможно, положения, существовавшего до нарушения (*restitutio in integrum*)».¹⁷

¹⁵ Красиков Д. В. Юрисдикция Европейского суда по правам человека: принцип субсидиарности. Автореф. дис. ... к. ю. н. Казань, 2004. С. 13.

¹⁶ Пункт 16 Пояснительной записки к Рекомендации Комитета министров Совета Европы от 19 января 2000 г. № R (2000) 2 «По пересмотру дел и возобновлению производства по делу на внутригосударственном уровне в связи с решениями Европейского суда по правам человека» (Журнал российского права. 2000. № 9. С. 61–64).

¹⁷ Постановление Европейского Суда от 31 октября 1995 г. по делу «Папамихалопулос и другие против Греции» // Series B. № 330. P. 58–59.

В соответствии с п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»,¹⁸ «выполнение постановлений, касающихся Российской Федерации, предполагает в случае необходимости обязательство со стороны государства принять меры частного характера, направленные на устранение нарушений прав человека, предусмотренных Конвенцией, и последствий этих нарушений для заявителя...». Указанная выше мера и являлась бы «мерой частного характера». Она, наряду с самой возможностью обращения граждан в Европейский суд, послужила бы гарантией права на вынесение объективного и справедливого решения суда. Здесь же следует упомянуть и Рекомендацию Комитета министров Совета Европы № R (2000) 2 от 19 января 2000 г., нацеленную как раз на меры индивидуального (частного) характера. В Рекомендации отмечается, что хотя Конвенция не содержит положений, обязывающих государства-участников предусматривать во внутреннем праве возможности для пересмотра дел и возобновления производства по делу, наличие таких возможностей было бы в определенных обстоятельствах чрезвычайно важным, а по некоторым делам — действительно единственным средством достижения *restitutio in integrum*.

Не случайно в Проекте Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации», внесенном Верховным Судом Российской Федерации Постановлением от 6 февраля 2007 г. № 4,¹⁹ предлагалось дополнить ст. 392 ГПК пунктом 5 и отнести к вновь открывшимся обстоятельствам установление Европейским судом по правам человека нарушения положений Конвенции при рассмотрении судом Российской Федерации данного дела. По этим основаниям, согласно проекту закона, вступившие в законную силу постановления судов общей юрисдикции могут быть пересмотрены, если выявленные нарушения прав и законных интересов не могут быть устранены либо компенсированы иным способом. Итак, важно выяснить, будет ли являться присужденная Европейским судом справедливая компенсация этим «иным способом», иначе говоря: будет ли постановление Европейского суда о выплате заявителю справедливой компенсации препятствием для пересмотра вступивших в законную силу решений наших судов по вновь открывшимся обстоятельствам. Представляется, что будет, но не всегда.

А что если п. 5 ст. 392 ГПК изложить таким образом, чтобы исключить оговорку об «иных способах» устранения или компенсации выявленных нарушений, и сделать основанием пересмотра вступивших в законную силу судебных решений сам факт установления Европейским судом нарушений Конвенции при рассмотрении данного дела, как это сделано, например, в ст. 311 АПК РФ. Однако ясно, что не все установленные нарушения Конвенции, имевшие место при рассмотрении гражданских дел в суде, приводят к необходимости пересмотра судебных актов по этим делам по вновь открывшимся обстоятельствам. Например, когда Европейским судом выявлены факты неисполнения судебных актов, нарушения «разумных сроков» судебного разбирательства (когда Европейский суд постановляет, что имело место нарушение п. 1 ст. 6 Конвенции и ст. 1 Протокола № 1

¹⁸ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

¹⁹ Официально не опубликовано; доступно в СПС «КонсультантПлюс».

и государство-ответчик обязано обеспечить соответствующими средствами исполнение решения национального суда),²⁰ — в этих случаях, действительно, нет необходимости в пересмотре судебных решений и оговорка об «иных способах» компенсации вполне логична. Но возможны и другие случаи нарушений Конвенции (как в вышеприведенном примере), и в подобных случаях пересмотр судебных решений нужен, если даже Европейским судом присуждена справедливая компенсация («иной способ» компенсации), просто в делах по пересмотру должен решаться и вопрос о том, каким образом такая компенсация будет принята в расчет. Ведь у государства-ответчика после выявления Европейским судом нарушений Конвенции появляется обязательство по принятию мер индивидуального характера в тех случаях, когда справедливая компенсация не может реально компенсировать допущенные нарушения Конвенции.²¹ А пересмотр решений внутригосударственных судов и есть мера индивидуального характера. Итак, справедливая компенсация, присужденная Европейским судом, будет являться иным способом устранения или компенсации нарушений прав и законных интересов (в смысле п. 5 ст. 392 ГПК) только в тех случаях, когда она полностью компенсирует понесенные убытки. Однако соответствующие изменения в ГПК не внесены.²²

²⁰ См., напр.: *Постановление от 25 октября 2005 г. по делу «Федотов (Fedotov) против Российской Федерации»*, жалоба № 5140/02 // БЕСПЧ. 2006. № 3. С. 4, 58–75.

²¹ *Дерковская А. О.* Правовые последствия постановлений Европейского суда по правам человека // *Закон и право.* 2004. № 6. С. 68.

²² Федеральным законом от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ ст. 392 ГПК РФ дополнена пунктом 5 следующего содержания: признание Конституционным Судом РФ не соответствующим Конституции РФ закона, примененного в конкретном деле, в связи с принятием решения, по которому заявитель обращался в Конституционный Суд РФ. Таким образом, из предложенных в п. 10 ст. 1 Проекта Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» двух новых оснований для пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам решения, определения суда, постановления президиума суда надзорной инстанции, вступивших в законную силу, было принято только одно.

ПОНЯТИЕ, СИСТЕМА И ЗНАЧЕНИЕ ГАРАНТИЙ В СОВРЕМЕННОМ МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

А. М. ИБРАГИМОВ*

Одним из ключевых понятий современного международного права являются международные гарантии. Их высокий статус обусловлен той значительной ролью, которую они играют при разрешении правовых вопросов в международных отношениях.

Исторически возникновение гарантий восходит к появлению первых известных договоров между древними государствами. С течением времени и развитием производственных отношений средства обеспечения выполнения договоров претерпели эволюцию. Изменения затронули и международно-правовые гарантии. Они формировались постепенно, использовались чаще, нежели другие средства реализации договорных обязательств, так как в гарантиях государствами усматривалось больше потенциала и конструктивности. Сформировалось убеждение, что с помощью влиятельных гарантов (гаранта) можно добиться договорных целей. Более того, международное сообщество прониклось пониманием преимуществ гарантий в том, что касается выбора наиболее эффективного способа из всех возможных средств реализации договоров.

Между тем парадокс ситуации заключается в наличии длительной практики применения гарантий при отсутствии их устойчивого и единого понятия в международном праве. Немалая доля вины за это легла на науку, так как она не в должной мере обслуживала интересы правотворчества. Вместе с тем правовая доктрина пытается ликвидировать такое отставание. В рамках оценки теоретических наработок, касающихся понимания юридических гарантий в широком смысле, прежде всего следует отметить осознание их связи с социальными гарантиями. Более того, общепризнанно, что юридические гарантии являются разновидностью социальных гарантий.

«Социальная гарантия — это материальные и юридические средства обеспечения реализации социально-экономических прав членов общества».¹ Как верно указывает И. З. Фархутдинов, с помощью этого определения можно установить понятие «юридическая гарантия», исходя из того, что данный термин подразумевает юридические средства обеспечения реализации прав людей² и т. д. В юридических словарях «гарантия» определяется как система обеспечения реальности прав, установленных

* Ибрагимов Ахмед Муслимович — к. ю. н., доцент, кафедра международного права юридического факультета Дагестанского государственного университета.

© А. М. Ибрагимов, 2009

¹ *Политология. Энциклопедический словарь* / под ред. М. Ю. Аверьянова. М., 1993. С. 57.

² *Фархутдинов И. З. Иностраные инвестиции в России и международное право.* Уфа, 2001. С. 134.

законодательством.³ Как нам представляется, в общем виде под правовой гарантией подразумеваются социально необходимые предпосылки, обеспечивающие при посредстве правового регулирования реальность прав и обязанностей, закрепленных в правовой норме. Таким образом, можно констатировать наличие общепринятого понимания юридических гарантий.

Термин «гарантия» имеет несколько значений, как в обычном, так и в формально-юридическом его употреблении. «Гарантировать» означает обеспечить, защитить, взять на себя ответственность за что-нибудь, поручиться за кого-нибудь.⁴ Приведенные значения как нельзя лучше подчеркивают обеспечительное свойство гарантий. Между тем следует провести разграничение упомянутых значений, для того чтобы выделить и проанализировать гарантии в их узкой, международно-правовой интерпретации.

Сделать это можно, рассмотрев отличия международно-правовых гарантий от гарантий в гражданском праве государств. Гражданское право претендует на роль отрасли, наиболее полно отражающей суть гарантий. Под гарантией в гражданском праве понимается обязанность продавца или подрядчика нести за качество проданной или изготовленной вещи ответственность, которая выражается в обязанности лица, давшего гарантию, исправить недостатки, появившиеся не по вине покупателя или заказчика. Помимо этого в гражданском праве слово «гарантия» в ряде случаев употребляется как синоним поручительства или же означает некоторые особые случаи поручительства, например банковские гарантии. Иногда термином «гарантия» обозначается сумма, внесенная в качестве обеспечения.

Гарантии в международном праве являются неотъемлемой частью международных правоотношений, участниками которых являются субъекты международного права. При сравнении гарантий в международном и национальном праве, равно как и при их сопоставлении в международном публичном и частном праве, обнаруживаются различия в объектах и субъектах гарантий, их источниках, содержании и т. д. В связи с этим могут представлять интерес результаты работы комиссии Генеральной Ассамблеи ООН по изучению вопросов обеспечения международных платежей и их гарантий. Из существа этих результатов вытекает, что гарантийные соглашения, обеспечивающие торговые сделки, связаны с поручительством. Согласно поручительству, гарант ответствен перед кредитором в том случае, если установлена вина должника за невыполнение обязательств. Для целей реализации международных коммерческих сделок большое значение имеют банковские гарантии, которые не всегда отрегулированы национальным законодательством, но повсеместно являются итогом деловой практики.⁵

В международно-правовой науке и в международной практике наличествует несколько семантических особенностей употребления термина «гарантия». В первом и, пожалуй, основном значении «гарантией» называют обязанность государства обеспечить определенное положение вещей или же поддержать установленное положение международно-правового

³ Краткий юридический словарь / отв. ред. А. В. Малько. М., 2008. С. 62; Популярный юридический энциклопедический словарь / М. И. Ткач. Ростов/Д., 2008. С. 44; Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия. 5-е изд. М., 2007. С. 176.

⁴ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1992. С. 127.

⁵ United Nations General Assembly. United Nations Commission on International Trade Law. Distr. General. A/CN.9/20, 17 February 1969. P. 3–6.

характера. Это значение характерно для двух групп гарантийных правоотношений.

А. Гарантия целостности и неприкосновенности государства. Объектом этой политической по сути гарантии является независимость государства, его неприкосновенность и, как правило, его границы, т. е. гарантируется само существование государства как такового, обеспечение реальной возможности осуществления им суверенитета.

Следует привести несколько примеров таких гарантий.

1) В ныне действующем советско-иранском договоре о гарантии и нейтралитете от 1 октября 1927 г. устанавливается обязанность каждой стороны воздерживаться от каких-либо действий, направленных против другой стороны, например от нападения. Хотя этот договор двусторонний, его реальное гарантирующее значение много шире, и с ним, стало быть, должны считаться и третьи государства.

2) 14 апреля 1988 г. в Женеве были подписаны международные соглашения по Афганистану, включая Декларацию о международных гарантиях. В них были предусмотрены гарантии урегулирования афганского кризиса, воплотившиеся в отказе от конфронтации и любых попыток дестабилизировать обстановку в регионе. Гарантами обеспечения этих соглашений выступили СССР и США.

3) В заключенных 17 сентября 2008 г. в Москве российско-абхазском и российско-югоосетинском договорах о дружбе, сотрудничестве и взаимной помощи указано, что Россия, Абхазия и Южная Осетия будут уважать целостность и неприкосновенность друг друга в международных отношениях. Обязательства по этим договорам подкреплены официальными заявлениями Президента РФ о гарантировании Российской Федерацией безопасности этих новых государств.

Приведенные примеры позволяют сделать некоторые выводы о содержании рассматриваемых гарантий. Эти гарантии — политического порядка, они юридически состоятельны как отвечающие требованиям общих принципов международного права средства и даются на случай совершения каким-либо третьим государством противоправного акта в отношении государства, которому дана гарантия: посягательства на его целостность и неприкосновенность, нападения на границы и т. д. Очевидно, что государство-гарант, принимая обязанность бороться против таких актов со стороны третьего государства, в первую очередь обязуется само не совершать такого рода противоправных действий. Ведь невозможно обещать свою поддержку в случае совершения противоправных действий со стороны и вместе с тем допускать возможным совершение таких действий самим государством, давшим обещание. Следовательно, содержание гарантий составляют два вида обязательств гаранта:

— воздерживаться от всякого рода действий, противоречащих смыслу гарантий, от нападения на государство, неприкосновенность которого гарантирована;

— противодействовать третьим странам, нарушающим обязательство гарантии.

Б. Вторую большую группу международных гарантий образуют случаи, которые прямо указывают на международно-договорное обязательство государства гарантировать принятие мер, относящихся к его внутреннему законодательству или к заключению им международного соглашения. Такую гарантию, как правило, дает государство, которое обязано принять соответствующие меры. В таких случаях гарантия идентична обязательству. В качестве примера обязательств по осуществлению мероприятий

в национальном законодательстве можно привести традиционную договорную формулировку о мерах государства-участника по инкорпорации договора во внутригосударственное право. А вот известный пример заключения международного соглашения в обеспечение предусмотренных ранее принятым договором гарантий: согласно мирному договору 1947 г. с Италией это государство должно было заключить или подтвердить соглашения с Австрией, чтобы гарантировать беспрепятственное пассажирское и грузовое движение между Северным и Восточным Тиролем. В новейшее время так называемые рамочные договоры (договоры о дружбе, сотрудничестве и взаимной помощи, союзные договоры и др.) прямо или косвенно обязывают участников гарантировать их соблюдение посредством разработки и реализации конкретных, уточняющих сферы сотрудничества соглашений.

Второе значение термина «гарантия» указывает на меры, обеспечивающие неуклонное следование тому или иному правилу или незыблемость какого-либо положения. Для этих случаев характерно отсутствие специального соглашения о гарантии, однако совокупность принятых мер (возможно, и в договорной форме) сама по себе обеспечивает достижение определенного результата (цели договора). Такой массив обеспечительных мероприятий имеет, по сути, характер гарантийных мер. Приведем два примера, которые и сегодня остаются темой для обсуждений.

По поводу проекта мирного договора США с Японией от 7 мая 1951 г. советское правительство заявило, что в качестве гарантии против возрождения японского милитаризма в договоре должны быть установлены ограничения размеров вооруженных сил Японии, с тем чтобы они не превышали требований самообороны. Правительство СССР указало на необходимость включения в этот договор гарантий обеспечения будущей безопасности стран, пострадавших от японской агрессии. Указанные гарантии, считал СССР, должны были стать одной из главных задач мирного договора. Практика показала правоту позиции советского правительства, его предложения не только сделали невозможным принятие ущербного мирного договора, они предотвратили угрозу разработки и реализации новых агрессивных планов японского истеблишмента. Тем самым позиция советского правительства содействовала достижению результата в важном деле обеспечения мира и безопасности на Дальнем Востоке.

Не менее важен Заключительный акт СБСЕ от 30 июля — 1 августа 1975 г. для обеспечения ключевых требований Устава ООН о неприменении силы в международных отношениях и мирном урегулировании международных споров. В этом основополагающем документе подчеркнуто, что государства-участники в своих отношениях будут действовать в соответствии с целями и принципами Устава ООН.⁶ Сегодня, по прошествии нескольких десятков лет после принятия Заключительного акта, можно констатировать, что посредством осуществления соответствующей системы мер государствам в целом удалось отстоять его высокие идеалы мира и безопасности.

В-третьих, в международном праве юридические гарантии зачастую сосуществуют со сходными с ними институтами, именующимися залогом и поручительством. Эти институты объединяет основная функция — обеспечение установлений международных договоров. Другими словами,

⁶ Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе. 30 июля — 1 августа 1975 г. М., 1987. С. 3.

гарантии, залог и поручительство идентифицируются как юридические средства, при помощи которых международные договоры достигают своих целей. Но если международно-правовые гарантии выступают как часто практикуемые средства, имеющие сугубо публично-правовое выражение, то залог и поручительство применяются несколько реже и при этом могут иногда выходить за рамки публично-правовых отношений. Кроме того, гарантия, в отличие от последних, не имеет вещного обеспечения в том, что касается обязательств гаранта. Выполнение гарантом своих обязательств всецело зависит от него самого. Однако из этого не следует карт-бланш гаранта, дающий, в частности, право на применение силы для осуществления данной им гарантии. Применение силы явно или молчаливо могло бы быть допущено классическим международным правом, ведь оно отчасти было правом войны. Современное международное право налагает запрет на произвольное применение силы в международных отношениях, ограничивая его самообороной и принудительными действиями государств во исполнение решения Совета Безопасности ООН. Таким образом, реальность международных гарантий покоится на добросовестности государства-гаранта, на его верности данному им обещанию.⁷ Несколько иначе обстоит дело с вышеупомянутыми залогом и поручительством.

Залогом в международном праве называется передача государству-кредитору на время территории или других объектов в обеспечение договорных обязательств. В условиях современного международного права залог должен применяться с учетом содержания основных принципов международного права и его институтов. Предметом залога сегодня могут быть материальные средства, включая денежные суммы, различного рода ценности. Например, государства могут делать займы под залог платины, золота или других драгоценностей. Вместе с тем залоговые отношения не могут быть полностью изолированы от международно-правовых гарантий. Самостоятельность залога не препятствует признанию за ним определенных гарантийных качеств.

Обязательство поручительства также представляет собой автономный способ обеспечения международных обязательств. Его отличие от гарантий сводится к тому, что одно государство не побуждает другое государство прекратить нарушение своих обязательств, как это присуще гарантийным отношениям, а само выполняет его обязательства. Правда, факт поручительства не затрагивает права регрессного требования, оно сохраняется за поручителем. Важно другое. В недавней практике международных отношений имели место случаи, когда термин «гарантия» означал поручительство. Один из таких случаев был отражен в приложении к Договору о торговле и мореплавании между СССР и Данией. В ст. 4 приложения указано, что правительство СССР несет ответственность лишь по торговым сделкам, которые будут заключены или гарантированы в Дании от имени торгового представительства. Но ввиду того, что последнее не является юридическим лицом, возникает ответственность советского правительства, органом которого являлось торгпредство.⁸ Поручительство настолько тесно связано с международно-правовыми гарантиями, что в одно из их определений поручительство вошло как дефинитивный признак.

⁷ *Перетерский И. С.* Понятие гарантии в международном праве // Сов. государство и право. 1956. № 9. С. 53.

⁸ *Короленко А. С.* Торговые договоры и соглашения СССР с иностранными государствами. М., 1953. С. 118.

Понятие международно-правовых гарантий следует отличать от некоторых связанных с ним категорий. Так, не следует расценивать в качестве международно-правовых гарантий регулируемое международным правом ограничение способов прекращения международных договоров. Как пишет О. И. Тиунов, способы прекращения взятых государствами обязательств — самостоятельный институт права международных договоров. Приверженность нормам, ограничивающим способы прекращения договоров, свидетельствует о следовании государств международной законности, но это не значит, что таким образом она гарантирована от нарушений. Речь идет лишь об отделении законных, установленных международным правом способов прекращения договоров от тех, которые этому праву противоречат, в то время как международно-правовые гарантии — это средства обеспечения договоров, предполагающие активные действия государств-гарантов по их защите.⁹

Иногда в литературе гарантией в ее специальном значении признается оккупация территории государства-агрессора (например, фашистской Германии). Как отмечает О. И. Тиунов, такая оккупация не может быть признана гарантией каких-либо прав, она представляет собой политический вид ответственности агрессора за грубое нарушение международного права в форме ограничения суверенных прав на территорию.¹⁰ Нам представляется, что оккупация не может быть гарантией в полном смысле этого термина, по всей вероятности, она сочетает в себе признаки политическо-го вида ответственности (в большей мере) и гарантий.

Из всего вышеизложенного следует вывод о вхождении института международно-правовых гарантий в рамки системы международного права через посредство разнообразных юридических источников (договоров, деклараций государств и т. д.). Это вполне естественно — международно-правовые гарантии не могут существовать отдельно, для самих себя. Они обслуживают процессы, развивающиеся в пределах единой для государств нормативной системы, преследуя при этом важную обеспечительную цель. Вместе с тем, будучи одним из элементов общей международно-правовой системы, международные гарантии образуют свою собственную систему.

Система международно-правовых гарантий может быть условно определена как подсистема, но более важно, что она суть объективная данность, комплекс связанных между собой действий или компонентов, призванных решить единую задачу — обеспечить или защитить те или иные правовые нормы или же поддержать определенное положение вещей. Взаимосвязь гарантий в международном праве проявляется в том, что если в международных отношениях происходят изменения в связи с применением одних гарантий, такая метаморфоза неизбежно сказывается на характере указанных отношений через посредство действия других правовых гарантий. Например, гарантия территориальной целостности и независимости Австрийской республики вызвала подвижки в характере международной ответственности за международную политику в отношении Австрии. В отношении нейтральной Австрии все государства обязаны придерживаться политики нейтралитета, что, по сути, является гарантией особого статуса этой страны. Л. Х. Мингазов пишет: «...нормы права взаимосвязаны, образуют систему, в которой одни нормы (например, регулятивные)

⁹ Тиунов О. И. СССР и обеспечение международных договоров. Иркутск, 1989. С. 48.

¹⁰ Бирюков П. Н. Международное право. 3-е изд. М., 2006. С. 215.

обеспечиваются другими нормами (охранительными)».¹¹ Исходя из общего смысла этого аргумента, собственно юридические гарантии, имея в виду их правовую установку, не могут быть обеспечены без посредства организационных гарантий. Вот другой пример системности. Общие гарантии (например, Устава ООН) не произведут эффективного действия без их воплощения в специальных (конкретных) гарантиях. Международно-правовые гарантии «заработают» лишь тогда, когда государства будут реализовывать их системно, и в определенных формах правовой деятельности. Важнейшей из этих форм является деятельность государственных органов по обеспечению или охране требований международных гарантий в сфере своей предметной компетенции.

Представляется, что для более целостной характеристики взаимосвязи гарантий будет приемлема следующая систематизация их видов: 1) обеспечение независимости и территориальной целостности; безопасности против агрессии; 2) гарантии выполнения международных договоров, предусмотренные Статутом международного суда ООН; 3) обеспечение выполнения договорных обязательств с помощью органов, определяемых международным соглашением (например, МАГАТЭ); 4) гарантия — поручительство со стороны третьего государства о том, что конкретный договор будет выполнен надлежащим образом;¹² 5) с некоторыми оговорками — оккупация территории государства-агрессора.¹³ Эти виды гарантий могут иметь конкретные формы. В частности, гарантии обеспечения независимости и территориальной целостности бывают индивидуальными или коллективными; составным элементом обеспечения безопасности против агрессии могут быть общие и специальные гарантии; и т. д.

Перечисленные виды гарантий находятся в системной связи. Так, например, гарантии выполнения договоров, предусмотренные Статутом международного суда ООН, тесно связаны с гарантией обеспечения независимости государства; такое же положение характерно для обеспечения независимости и целостности территории государства с точки зрения его отношения к гарантии-поручительству третьего государства о надлежащем выполнении договора; гарантия-поручительство, в свою очередь, может быть связана с обеспечением безопасности против агрессии и другими видами гарантий.

Итак, международные гарантии существуют как нормативный комплекс. В таком качестве они органически вытекают из общей системы международного права. Сообразно пониманию системы международного права как объективно существующей целостности внутренне взаимосвязанных юридических источников, система гарантий являет собой в известной степени самостоятельную общность правовых норм, специализирующихся на определенных вопросах регулирования. Подобная квалификация создает ощущение сходства гарантий с понятием института права, к тому же в теории международного права весьма распространено мнение, что юридические гарантии представляют собой правовой институт. Нам представляется, что это мнение не совсем корректно. Гарантии могут считаться институтом, имеющим отраслевую принадлежность. Вместе с тем

¹¹ Мингазов Л. Х. Эффективность норм международного права. Казань, 1990. С. 54.

¹² Шуршалов В. М. Право международных договоров. М., 1979. С. 80–81.

¹³ В принципе такая оккупация представляет собой политический вид ответственности агрессора, но при этом она может обладать некоторыми признаками гарантийного средства, как это было в системах, созданных в Версале в 1919 г. и в Ялте и Потсдаме в 1945 г.

они имеют межотраслевой характер, оставаясь регулятором конкретных вопросов. Вот одна наиболее характерная иллюстрация. Действующий советско-иранский договор о гарантии и нейтралитете от 1 октября 1927 г. распространяет гарантийные обязательства не только на значительные сферы двустороннего взаимодействия, но и связывает эти обязательства между собой способом, который производит впечатление межотраслевого правового подхода (например, в договоре отражены гарантийные нормы административного, гражданского и уголовно-правового характера). Итак, гарантии обладают универсальным качеством, предполагающим сочетание межотраслевых и отраслевых свойств. Впрочем, мы отдаем себе отчет в небесспорности своих суждений, потому в ряде случаев используем словосочетание «институт гарантий».

Содержание теоретического материала, имеющегося в настоящей работе, может быть соотнесено соответствующим постановке вопроса о значении гарантий в международном праве. Между тем следует упомянуть второй аспект значения международно-правовых гарантий, а именно их важную роль в урегулировании международных проблем. Содержание предпринятого нами исследования показывает значимость института правовых гарантий для целей упорядочения тех или иных вопросов договорного права. Вместе с тем важно особо подчеркнуть некоторые черты международных гарантий в контексте их значения для обеспечения обязательств государств. Во-первых, хотя нельзя отрицать достижений государств на пути к выполнению ими своих договорных обязательств, проблема соблюдения международных договоров все же сохраняется. Более того, в ряде случаев участники договоров не скрывают утраты интереса к зафиксированным в них обязательствам. В связи с этим представляется, что международные гарантии, опирающиеся на авторитет их субъектов, могут посредством использования необходимых средств воздействия возродить потерянный интерес стран к взятым на себя обязательствам. Во-вторых, роль международных гарантий в урегулировании проблемы выполнения договоров определяется тем, что они в известной степени заменяют собой другие важные средства (международный контроль, обсуждение выполнения международного договора на сессиях международных организаций и конференций и т. д.). В-третьих, международно-правовые гарантии прошли испытание временем,¹⁴ они давно вошли в практику международных отношений как достаточно эффективные средства. Наконец, в-четвертых, для подтверждения созидательного значения международных гарантий их нужно освободить от влияния политической конъюнктуры и прагматических соображений заинтересованных государств.

Проведенный анализ позволяет сформулировать определение международно-правовых гарантий. Это — регламентированная нормами международного договора деятельность государств-гарантов, которые (индивидуально или коллективно) берут на себя обязательства по обеспечению его действия, защите установленных договором прав и обязательств государств, которым дана гарантия, установленного им правового положения или определенного положения вещей в соответствии с основными принципами международного права.

Наше определение следует в общем русле доктринальных подходов к его конструированию. Так, с точки зрения Л. Каваре, гарантия — это

¹⁴ Ибрагимов А. М. Очерк истории международно-правовых гарантий. Казань, 2008. С. 5.

обязательство обеспечить, защитить и соблюдать поддержание определенного порядка вещей. Как социальная ценность она укрепляет соглашение государств, придает прочность их договорным обязательствам.¹⁵ Согласно доктрине А. Н. Талалаева, международная гарантия — акт, в котором государства обязуются сделать все от них зависящее, чтобы побудить другие государства выполнить заключенный между ними договор.¹⁶ С. А. Малинин под правовыми гарантиями в науке международного права понимает обязательства, принятые на себя государством или международной организацией, по охране прав какой-то стороны, по созданию условий для выполнения договорных обязательств, обеспечению того или иного состояния международных отношений.¹⁷ Очевидно, С. А. Малинин расширяет круг гарантов за счет введения в него международных организаций, что отражает имеющуюся тенденцию к росту числа субъектов гарантий, хотя институциональный элемент не эффективен в должной мере, как не обладающий соответствующими ресурсами для обеспечения гарантий.

Международно-правовые гарантии являются важным средством обеспечения действия договора и достижения его цели. Их сущность, целевая установка и взаимосвязь образуют систему гарантий. Эффективность этой системы зависит от добросовестности и согласованности действий участников международного договора, способных отказаться от политизации гарантийных правоотношений.

¹⁵ *Cavare* L. Droit international public positif. V. 1. Paris, 1967. P. 792.

¹⁶ *Талалаев А. Н.* Право международных договоров: Действие и применение договоров. М., 1985. С. 113.

¹⁷ *Малинин С. А.* Мирное использование атомной энергии. М., 1971. С. 47–49.

ПОНЯТИЕ МОДАЛЬНОСТИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

СИЛЬВИО НОРМАН

От переводчика. Вниманию российского читателя предлагается статья выдающегося квебекского специалиста по имущественному праву, профессора юридического факультета университета им. Лавала в г. Квебек Сильвио Нормана.

Предваряя текст статьи, необходимо указать на некоторые сложности, возникшие при переводе.

Прежде всего, вызвал проблемы перевод самого термина «modalité», вынесенного в заголовок статьи. Дело в том, что в XX в. во французском и квебекском имущественном праве наметился определенный отход от абсолютизма права собственности, характерного для Кодекса Наполеона в первое столетие его существования. Этот термин можно было бы перевести как «особый вид» или «особая форма» права собственности, однако в российской науке гражданского права термины «виды» и «формы» собственности имеют свое давно установившееся содержание. Такой перевод способен ввести в заблуждение русского читателя. Вместе с тем в силу перипетий истории российское гражданское право в XX в. развивалось по пути, отличному от правовых систем стран романо-германской правовой семьи, и понятия, аналогичного понятию «modalité», в отечественном праве не появилось. Поэтому мы сочли возможным дать русскую кальку — «модальность».

В статье весьма часто используется и другой термин французского и квебекского имущественного права, с трудом поддающийся переводу, — «démembrement de la propriété». В данном случае речь идет о такой правовой ситуации, когда правомочия собственника оказываются «расщепленными», т. е. принадлежат нескольким лицам: самому собственнику и держателю (держателям) расчленения. Гражданский кодекс Квебека выделяет четыре поименованных расчленения права собственности: узуфрукт, право пользования, эмпитевзис и сервитут. Помимо прямо перечисленных в Кодексе, могут создаваться и другие (непоименованные) расчленения права собственности. С точки зрения римского права то, что во французской и квебекской цивилистической доктрине называется расчленением права собственности, является правом на чужую вещь (*jura in re aliena*). Д. Н. Шлепнев переводит выражение «démembrement du droit de propriété» как «ограниченное вещное право», «вещное право, предоставленное несобственнику».¹ Данный описательный перевод, по сути, верен, однако не вполне отражает специфику правопонимания французских (и квебекских) цивилистов и производность этого права от права собственности. И понятие модальности, и понятие расчленения знакомы и французскому, и квебекскому гражданскому праву. Однако во французской правовой системе

© S. Normand, 2006

© А. Н. Остроух (предисловие, перевод), 2009

¹ Шлепнев Д. Н. Французский язык для юристов. Толковый словарь. Ростов/Д., 2006. С. 42.

— ни существуют пока только на доктринальном уровне, в то время как особенность ГК Квебека состоит в том, что в него включены многие доктринальные положения, т. е. квебекский законодатель кодифицировал цивилистическую доктрину.

Определенные сложности возникли в связи с переводом наименований некоторых других институтов квебекского вещного права (большинство из которых имеются и во французском гражданском праве), не имеющих аналогов в российском праве.

Прежде всего, необходимо указать на термин «patrimoine», основополагающий для французского и квебекского имущественного права, который переведен нами вслед за Д. Н. Шлепневым как «патримоний». Было бы неверно переводить этот термин просто как «имущество» или «право на имущество», что делают некоторые переводчики. Д. Н. Шлепнев на основе толкового юридического словаря Ж. Корню² следующим образом определяет это понятие: «...правовая универсалия, представляющая собой совокупность имущественных благ и обязательств конкретного лица, имеющих выражение в денежном эквиваленте. Патримоний образует единое неделимое целое, внутри которого выделяется актив (т. е. права) и пассив (т. е. обязательства). В патримоний входит не только имущество, действительно имеющееся на данный момент, но также и то, которое будет получено в будущем. Термин относится как к физическим, так и к юридическим лицам».³ Кроме того, мы бы хотели отметить еще один признак патримония: он может включать как вещные, так и личные права (например, право требования возмещения ущерба, нанесенного репутации).

Еще одна сложность возникла с переводом на русский язык терминов «nue-propriété» и «nu-propiétaire» (букв.: «голая собственность»/«голое право собственности» и «голый собственник»), восходящих к римскому праву. Во французском и квебекском гражданском законодательстве они используются применительно к институту узуфрукта, чтобы показать, что собственник лишен правомочия пользования вещью и извлечения плодов и доходов, однако сохраняет за собой право распоряжения, в то время как полезные свойства из вещи извлекает узуфруктуарий. Доктрина (хотя и весьма редко) применяет эти термины и к институту эмфитевзиса. В. Захватаев предлагает переводить термин «nue-propriété» применительно к французскому ГК как «собственность без права пользования». По отношению к ГК Квебека нам пришлось бы переводить его как «право собственности без права пользования и извлечения плодов и доходов», поскольку правомочие пользования (jouissance), содержащееся в ст. 544 Кодекса Наполеона и ст. 406 ГК Нижней Канады, в ГК Квебека 1994 г. разделено на два: использование (user) и извлечение плодов и доходов (jouir). К тому же выражение «собственность без права пользования» нам представляется неоднозначным с юридической точки зрения. Мы сочли обоснованным взять буквальный перевод Д. Н. Шлепнева — «голое» право собственности (прилагательное «голый» стоит в кавычках, чтобы показать его употребление в переносном значении), несмотря на всю непривычность такого перевода для российского читателя.

Учитывая, что в квебекском позитивном праве суперфиций является уже не правом на чужую вещь, как в римском праве, а модальностью (т. е. особым видом) права собственности, то выражение «propriété superficiiaire» (букв. «суперфициальная собственность») в целях благозвучия переведено нами как «собственность-суперфиций».

² *Vocabulaire juridique* publié sous la dir. de G. Cornu. Paris, 2007. P. 667.

³ Шлепнев Д. Н. Французский язык для юристов. С. 98.

Возникла сложность с переводом на русский язык термина «fiducie». Если в соответствии с ГК Нижней Канады 1866 г. его еще можно было с определенной долей условности перевести как «доверительная собственность», или «траст» (именно этот термин употребляется в английском тексте Кодекса), то ГК 1994 г. прямо отвергает понимание фидуции как собственности. Учитывая особенности этого института и его отличие от классической доверительной собственности (траста), мы сочли уместным оставить в русском варианте термин «фидуция». Термин «fiduciaire» переведен нами как «фидуциар», чтобы избежать неточности и сохранить терминологическое единообразие, так как по ГК 1866 г. он являлся доверительным собственником, а по ГК 1994 г. является доверительным управляющим.

В перевод французского слова «substitution» мы бы внесли одно уточнение. Во всех переводах французского ГК оно переводится как «подназначение наследника».⁴ Поскольку субституция как во французском, так и в квебекском праве возможна и в силу дарения, то правильнее было бы говорить о подназначении получателя вещного права, либо о подназначении наследника или одаряемого, либо просто о подназначении. Именно этот смысл мы и вкладываем в используемый в переводе термин «субституция».

Английские термины и фразы переведены нами в тех случаях, когда их значение явно не вытекает из контекста.

Латинские термины и выражения переведены нами лишь в тех случаях, когда они не синонимичны предшествующему авторскому тексту.

Что касается персоналий французских цивилистов, цитируемых автором переводимой статьи, то комментарии к некоторым из них можно найти в недавно появившемся блестяще выполненном переводе книги французского цивилиста Р. Каброяка «Кодификации» (М., 2007). В частности, переводчик Л. В. Головкин дает пояснения к таким персоналиям, как Жан Луи Альперэн (с. 65, сн. 1), Кристиан Атиас (с. 169, сн. 3), Шарль Бедан (с. 104, сн. 3), Жан Дома (с. 55, сн. 2), Луи Жоссеран (сн. на с. 450), Жан Карбонье (с. 59, сн. 1), Амбруаз Колен и Анри Капитан (с. 332–333, сн. 3), Анри, Леон и Жан Мазо (сн. на с. 395), Филипп Малори (с. 158, сн. 4), Шарль Обри и Фредерик-Шарль Ро (с. 253, сн. 1), Анри Робер Жозеф Потье (с. 61, сн. 1), Рене Саватье (с. 196, сн. 1), Франсуа Терре (с. 302, сн. 4). Указанные авторы давно стали классиками французской цивилистики, их авторитет чрезвычайно велик и в Квебеке.

Надеемся, что исследование основополагающего института гражданского права — права частной собственности, проведенное на основе квебекского материала, будет интересным и познавательным и для русского читателя.

Перечень периодических изданий, которые цитирует автор:

C. de D. — *Les Cahiers de Droit* («Юридические тетради»);

C. P. du N. — *Cours de perfectionnement du notariat* («Курсы повышения квалификации нотариата»);

D. — *Recueil Dalloz* («Сборник издательства “Далоз”»);

R. du B. — *La Revue du Barreau* («Вестник адвокатуры»);

R. du N. — *La Revue du Notariat* («Вестник нотариата»);

R. L. — *Revue légale* («Юридический вестник»);

R. T. D. civ. — *Revue trimestrielle de droit civil* («Триместровый журнал гражданского права»);

Rev. hist. dr. fr. et étran. — *Revue historique du droit français et étranger* («Журнал истории французского и зарубежного права»);

⁴ *Французский Гражданский кодекс 1804 г. С позднейшими изменениями до 1939 г. / пер. с фр. И. С. Перетерского. М., 1941. С. 216; Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с фр. В. Захватаев; отв. ред. А. Довгерт. Киев, 2006. С. 328.*

Revue de la recherche juridique — Droit prospectif («Журнал юридических исследований — Перспективы права»);

Revue internationale de droit comparé («Международный журнал сравнительного правоведения»).

Перевод настоящей статьи выполнен с любезного согласия автора по изданию: Normand S. La notion de modalité de la propriété // *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial / dans S. Normand (dir.)*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2006. P. 255–281.

Ниже все примечания, которые обозначены надстрочной «звездочкой» (астериском) или заключены в квадратные скобки, принадлежат переводчику.

Ася Николаевна Остроух,

к. ю. н., доцент кафедры теории и истории государства и права
Кубанского государственного университета

Отношение к имуществу в том виде, как это отношение признается современным гражданским правом, существенно отличается от того, каким оно было при обычном праве.* Отличавшееся в то время большой гибкостью, оно допускало разделение (зачастую бессрочное) между несколькими лицами многочисленных способов пользования, которые имущество было в состоянии предложить.⁵ Во Франции этой своеобразной концепции отношения к имуществу, постепенно пересматривавшейся, был нанесен почти смертельный удар при отмене феодализма. Благодаря новому определению право собственности, с течением времени приобретшее абсолютный характер, стало наиболее совершенным отношением к имуществу, на которое лицо могло претендовать. Однако чтобы приспособиться к установлениям, потребовалось какое-то время, и лишь во второй половине XIX в. были преодолены последние предрассудки против утверждения об абсолютном господстве собственника над объектом своего права.⁶ Весьма негибкое, новое монолитное восприятие права собственности могло длиться только какое-то определенное время. Если бы не появились различные смягчения, это определение стало бы препятствием к максимальному использованию имущества. Понятие модальности права собственности — часть преобразований, цель которых смягчить абсолютизм этого права.

Данная статья не претендует на глубокое исследование каждого из видов модальности права собственности. Ее целью, скорее, является определить это понятие и описать его важнейшие элементы. Прежде чем приступить к сути вопроса, необходимо определиться с той юридической средой, правовой структурой, в состав которой входит модальность, т. е. с понятием права собственности.

* *Droit coutumier* (обычное право) — один из исторических источников французского права (наряду с римским, каноническим и королевским правом), сыгравший большую роль в становлении национального права. Естественно, что колонисты, заселявшие Новую Францию (современный Квебек), привозили с собой кутюмы своих регионов, которыми руководствовались в частной жизни. Конец множественности кутюмов в колонии положен Декретом Людовика XIV 1664 г., согласно которому жизнь колонии регулировалась отныне Парижским кутюмом.

⁵ Patault A.-M. *Introduction historique au droit des biens*. Paris, 1989.

⁶ Patault A.-M. *La propriété non exclusive au XIX^e siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immeuble* (1983) // 61 *Rev. hist. dr. fr. et étran.* P. 217.

1. ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ КАК АРХЕТИП

Гражданский кодекс Квебека (ГКК) в главе, посвященной природе и объему права собственности, устанавливает в ст. 947, что «право собственности есть право свободно и наиболее полным образом пользоваться имуществом, извлекать из него плоды и доходы и распоряжаться им с учетом пределов и условий осуществления этого права, установленных законом». По отношению к любому имущественному праву право собственности предоставляет наиболее широкие преимущества, на которые можно претендовать по отношению к данному объекту. Подобная власть проистекает из того, что собственник, в принципе, является обладателем всей совокупности правомочий, присущих праву собственности.

Различные преимущества, которые могут извлекаться из имущества, традиционно разделяются на три большие категории: право пользования (*jus utendi*), право извлечения плодов и доходов (*jus fruendi*) и право распоряжения (*jus abutendi*). К этим признакам следует добавить право приращения (*accessio*), являющееся существенным правомочием, входящим в состав права собственности (ст. 948 ГКК). Тем не менее приращение не так часто признается в качестве правомочия, входящего в состав права собственности, как три других. Однако и доктрина⁷ признает это правомочие, и квебекская рекодификация имущественного права предоставляет доказательства уместности такого признания (ст. 948, 1017, 1040, 1110 и 1196 ГКК). Таким образом, собственник может осуществлять весьма разнообразные действия с объектом своего права. Эти действия, часто описываемые как имеющие строго материальный характер (читать книгу, проживать в доме или уничтожить имущество), могут также иметь и юридический характер (предоставлять имущество в аренду, обременять его ипотекой, устанавливать сервитут на недвижимость или отчуждать имущество).⁸

В течение первых десятилетий после французской кодификации комментаторы Гражданского кодекса четко не разграничивают правомочия и признаки права собственности. Так, Александр Дюрanton мог писать: «Основными признаками этого права являются, таким образом, право пользования вещью, свободное и исключительное распоряжение этой вещью».⁹ Примерно в 1840-х годах правовая доктрина берет под защиту частную собственность, реагируя на идеи, выдвинутые авторами, которые доходят до утверждения, что собственность неприемлема и несправедлива.¹⁰ Доктрина в этот период прилагает усилия, чтобы представить право собственности как неотъемлемое естественное право. Кроме того, в том описании, которое доктрина дает этому праву, она приписывает ему три признака: абсолютность, исключительность и бессрочность.¹¹ Эта триада создается поэтапно. Шарль Обри и Фредерик-Шарль Ро выделили два

⁷ *Frenette F.* Du droit de propriété: certaines de ses dimensions méconnues (1979) // 20 C. de D. P. 439. — *Christian Atias* называет приращение «настоящим дополнительным правомочием права, предусмотренного ст. 544» (*Atias Ch.* Droit civil. Les biens. 4^e éd. Paris, 1999. P. 81).

⁸ *Josserand L.* Cours de droit civil positif français. 2^e éd. T. 1. Paris, 1932. P. 760.

⁹ *Duranton A.* Cours de droit français suivant le Code civil. T. 4. Paris, 1826. P. 211.

¹⁰ *Proudhon P.-J.* Qu'est-ce que la propriété. Paris, 1966 (1840). P. 185 sq.

¹¹ *Levy J.-Ph.* Histoire de la propriété. Paris, 1972. P. 107 (Coll. Que sais-je? n° 36); *Halperin J.-L.* Histoire du droit privé français depuis 1804. Paris, 1996. P. 118–119.

Первым признака этого права,¹² тогда как Шарль Демоломб добавил третий, т. е. бессрочный характер.¹³ Однако следует уточнить, что этот автор рассматривает бессрочность как качество, вытекающее из абсолютного характера данного права.¹⁴ С этого времени в доктринальных трудах обычно (хотя и не всегда) выделяются три признака права собственности.

Указанные признаки права собственности позволяют описать объем прав, которые предоставляет право собственности его обладателю. Они способствуют упрочению господства собственника над объектом своего права. Абсолютность отсылает к полной власти собственника над своим имуществом, он обладает *plena in re potestas*. Собственник — это обязательно то лицо, которое осуществляет наиболее полную власть над имуществом. Исключительность отсылает к признанному за собственником полномочию выступать единственным лицом, способным претендовать на совокупность правомочий, входящих в состав права собственности. Тем самым отношение к имуществу отличается от того, каким оно было при обычном праве.¹⁵ Исключительный характер права собственности отсылает к полномочию, признаваемому за собственником, осуществлять (причем безраздельно) исключительное право на выгоды от имущества. Объемом этого господства объясняется то обстоятельство, что собственник может, благодаря предоставленным ему средствам, обеспечить защиту своего права собственности. Бессрочность понимается в том смысле, что право собственности существует столь же долго, сколько существует объект этого права. Данное право, таким образом, переходит от собственника к собственнику. Право собственности бессрочно и потому, что оно не прекращается по причине неиспользования имущества.¹⁶ Авторы также согласны, что право собственности не может быть временным. Это не значит, что нельзя ни отказаться от своего права собственности, ни расчленить его; это попросту означает, что нельзя передать право собственности на определенный промежуток времени, а впоследствии вернуть его обратно.

Если авторы в общем согласны относительно правомочий, входящих в состав права собственности, то из этого не вытекает с необходимостью, что они согласны и относительно его признаков. Наиболее существенный пересмотр признаков права собственности был осуществлен, пожалуй, де Варей-Сомьером, который в начале XX в. без колебаний размышлял об уместности выделения этих признаков.¹⁷ Анализ привел этого автора к отрицательному заключению. Взамен он защищает идею существования единственного признака права собственности, а именно общего права собственника на выгоды, которые предоставляет или в состоянии предоставить вещь. Позднее Самюэль Жиносар в произведении, где он выдвигает смелую теорию, почти не испытывает влечения к признакам права собственности и полагает, что право собственности отличается своим остаточным характером: «Если право собственности может и не быть ни всеобъемлющим, ни бессрочным, то оно всегда является остаточным

¹² *Zachariæ K. S. Cours de droit civil français / traduit de l'allemand par Ch. Aubry et F.-Ch. Rau. Strasbourg, 1839. P. 391, 400–401.*

¹³ *Demolombe Ch. Traité de la distinction des biens. 3^e éd. T. 1. Paris, 1866. P. 461–462.*

¹⁴ *Ibid. P. 458–462.*

¹⁵ *Patault A.-M. La propriété non exclusive au XIX^e siècle.*

¹⁶ *Bonnet V. La durée de la propriété (2002) // 27 Revue de la recherche juridique. Droit prospectif. P. 273, 276.*

¹⁷ *Vareilles-Sommieres De. La définition et la notion juridique de la propriété (1905) // 4 R. T. D. civ. P. 443, 481–485.*

и именно данным образом представляется относящимся к самой вещи: оно предоставляет собственнику все преимущества, помимо тех из них, частичных или временных, которые признаны за обладателями других прав на вещь или по отношению к вещи либо предоставлены этим обладателям».¹⁸

Помимо этих попыток пересмотра фундаментальных концепций имущественного права, результатом которых стал отказ от отдельных элементов предшествовавших доктринальных концепций, авторы в целом демонстрировали большое уважение к традиционным характеристикам права собственности. Большинство авторов воспроизводили эти характеристики и пытались подтвердить их непреходящий характер, даже если доказательства не всегда были убедительны. Кроме того, бывало и так, что авторы держались отстраненно по отношению к признанию некоторых признаков права собственности. Таким образом, большинство авторов поддерживают точку зрения, согласно которой право собственности бессрочно, хотя некоторые из них иногда отрицают этот характер и полагают что, напротив, оно временно.¹⁹ Следует добавить, что определение каждого из признаков может иметь много вариантов.

Помимо рассмотрения составных частей права собственности, уместно задаться вопросом о важности определения института, который в течение многих лет нес на себе выраженный отпечаток идеологической концепции. Утверждение и защита полноты права собственности породили статическое восприятие этого права, которое согласно доктрине, в конечном счете, стало архетипом, более или менее согласующимся с потребностями общества и даже с правовой реальностью. Эта точка зрения подвергалась пересмотру авторами, которые подчеркивали необходимость подходить к праву собственности более гибко по сравнению с тем, как его обычно рассматривала традиционная доктрина.²⁰

Когда все правомочия, входящие в состав права собственности, оказываются в руках одного и того же лица, и, кроме того, имеются в наличии все признаки, присущие этому праву, мы можем утверждать, что здесь однозначно имеется право собственности. Итак, данное право представляет собой наиболее обширную власть, которую может осуществлять лицо над имуществом. Некоторые, не колеблясь, признают в данном случае образное выражение «чистое и простое»²¹ право собственности или выражение «обыкновенное право собственности».²² Однако это не всегда так. Отнюдь не всегда. Примеры права собственности, которые отступают от этой модели, многочисленны. Таким образом, случается, что правомочия разделены между двумя обладателями, или же что признаки, признаваемые за правом собственности, более или менее выражены. Это особенное состояние, которое характерно для права, не имеет неизбежным последствием отрицание существования права собственности. Действительно, данное право может претерпеть различные трансформации, которые не ставят под сомнение его существование и не затрагивают его сущности. Многообразие вариантов, в которых может проявляться право собственности, уже было указано многими авторами. Трансформации, которым может подвергаться

¹⁸ *Ginossar S.* Droit réel, propriété et créance. Paris, 1960. P. 32.

¹⁹ *Bonnet V.* La durée de la propriété. P. 289.

²⁰ *Josserand L.* Cours de droit civil positif français; *Atias Ch.* Droit civil. P. 104–105.

²¹ *Carbonnier J.* Droit civil. T. 3. Les biens. 16^e éd. Paris, 1995. P. 139.

²² *Josserand L.* Cours de droit civil positif français. P. 919; *Malaurie Ph.* Droit civil. Les biens. La publicité foncière. 5^e éd. Paris, 2002. P. 199.

это право, бывают двух видов (в зависимости от объема изменений): право собственности может быть расчленено или выступить объектом модальности. Далее будет рассмотрен только последний вариант.

2. ПРОИСХОЖДЕНИЕ ПОНЯТИЯ МОДАЛЬНОСТИ

С давних пор юристы отмечали, что право собственности могло иногда отличаться определенным числом вариаций, особенностей, но вместе с тем его последствием не было разделение правомочий, создающее расчленение права собственности, а именно (если ограничиться поименованными расчленениями): узуфрукт, право пользования, эмпфитевзис или сервитут. Потье в своем описании «права собственности» признает, что это право предоставляет своему обладателю прерогативы столь многочисленные, сколь и обширные. Однако он уточняет, что, несмотря на значительность прерогатив, которыми обладает собственник, данное право может быть несовершенно. Это признание привело его к противопоставлению права собственности «совершенного» и права собственности «несовершенного»: «Несовершенство права собственности может также лишать собственника части его правомочий, которые, как мы сказали, содержатся в праве собственности и которые содержатся в нем только потому, что право собственности является полным и совершенным. Право собственности является полным и совершенным тогда, когда оно бессрочно, и когда вещь не обременена вещными правами других лиц помимо собственника. Напротив, оно несовершенно тогда, когда оно должно прекратиться по истечении определенного времени или по наступлении определенного условия. Право собственности в особенности несовершенно, когда оно обременено узуфруктом; в данном случае оно называется “голым” правом собственности, *nuda proprietas*».²³

В качестве примера «несовершенного» права собственности Потье достаточно долго комментирует случай с условной собственностью на недвижимых.* Автор излагает этот случай, настаивая на существенных ограничениях, накладываемых данной ситуацией на право собственника, который должен воздерживаться от осуществления отдельных физических или юридических действий, способных причинить ущерб тому, к кому предположительно отойдет недвижимость. После французской кодификации 1804 г. это различие между совершенным и несовершенно совершенным правом собственности разбивают некоторые авторы, которые находят его по-прежнему уместным.²⁴

Часто доктрина и судебная практика испытывают трудности с квалификацией ситуаций, которые отклоняются от традиционных правовых понятий и признанных правовых режимов. В параграфах, посвященных

²³ *Pothier R. - J. Traité sur différentes matières de droit civil. T. 4. Paris; Orléans, 1774. P. 346. — См. также: Guyot J.-N. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. T. 14. Paris, 1785. P. 51.*

* В тексте — *la propriété résoluble d'un héritage*. Речь идет об имуществе, у которого имеются два собственника, один из которых является таковым на отлагательном условии, а другой — на отменительном. Наступление условия имеет последствием укрепление права собственности на отлагательном и уничтожение права собственности на отменительном условиях.

²⁴ *Delvincourt C.-É. Cours de Code civil. T. 1. Paris, 1824. P. 149–150; Toullier Ch.-B.-M. Cours de droit civil français. T. 2 / continué et complété par J.-B. Duvergier. Paris, 1846. P. 36–37.*

праву собственности, авторы рассматривают институты, которые даже если и имеют общие черты с правом собственности, то в отдельных отношениях отличаются от него. Отсюда вытекает необходимость излагать ситуации, которые отдалаются от архетипа. Таким образом, с середины XIX в. до сегодняшнего дня авторы объединяют эти ситуации под такими заголовками, как: «О различных модификациях права собственности»,²⁵ «О некоторых особенных состояниях права собственности»,²⁶ «Особые формы права собственности»²⁷ или даже «Особое право собственности».²⁸ В то же время каждый вид этого «особого права собственности» порождает вопрос о том, насколько он отклоняется от классического описания права собственности. Отсюда вытекает тенденция квалифицировать эти отдельные случаи как «право собственности *sui generis* [своего рода]»,²⁹ «виды права собственности»,³⁰ «право собственности, имеющее некоторые особенности»,³¹ «разновидность права собственности»³² или «*incomplete ownership* [неполное право собственности]». ³³ Эти выражения позволяют подчеркнуть особенность этого права собственности, несмотря на тесную связь, которую оно сохраняет с архетипом.

Понятие модальности было введено для того, чтобы квалифицировать ситуации, когда право собственности подвергается изменению, не затрагивающему его сущность. Это лишь особое право собственности, которое в силу различных причин предоставляет своему держателю правомочия, осуществление которых ограничено. Некоторые авторы полагают, что это понятие имеет ограниченный смысл, тогда как другие признают за ним гораздо большее значение.

Сторонники «узкого» понимания используют понятие модальности, чтобы описать особые ситуации, связанные с переходом права собственности. В целом речь идет о переносе в сферу вещных прав ситуации, типичной для обязательственного права, т. е. наступления будущего события — условия или срока, которые могут затронуть право собственности.³⁴ Французская доктрина в имущественном праве часто вкладывает этот смысл в понятие модальности права собственности.

²⁵ *Zachariae K. S. Le droit civil français / trad. de l'allemand par G. Massé et C. Vergé.* T. 2. Paris, 1855. P. 64.

²⁶ *Baudry-Lacantinerie G., Chauveau M. Traité théorique et pratique de droit civil.* T. 5. Des biens. Paris, 1896. P. 191.

²⁷ *Beudant Ch. Cours de droit civil français.* 2^e éd. T. IV. Les biens. Paris, 1934. P. 381.

²⁸ *Maurie Ph. Droit civil.* P. 199.

²⁹ По вопросу о собственности-суперфиции см.: *Baudry-Lacantinerie G., Chauveau M. Traité théorique et pratique de droit civil.* T. 5. N 22. P. 237; *Cardinal J.-G. Le droit de superficie, modalité du droit de propriété. Étude historique et critique du concept juridique et exposé de ses applications.* Montréal, 1957. P. 27. — О доверительной собственности см.: *Royal Trust Co. c. Tucker* [1982] // 1 R. C. S. P. 250, 272 (судья *Beetz*). — Об общей собственности см.: *Marty G., Raynaud P. Droit civil. Les biens.* 2^e éd. Paris, 1980. P. 74. Par. 59.

³⁰ *Demolombe Ch. Cours de Code Napoléon.* T. 9. Paris, 1866. P. 436–437.

³¹ *Maurie Ph. Droit civil.* P. 285.

³² По вопросу о собственности-суперфиции см.: *Marty G., Raynaud P. Droit civil.* P. 236.

³³ По вопросу о праве собственности эмфитевты, о подназначении и об условной собственности см.: *Marler W. D., Marler G. C. The Law of Real Property.* Quebec; Toronto; Burroughs, 1932. P. 32. Par. 64.

³⁴ *Mazeaud H., L. et J., Chabas F. Leçons de droit civil.* T. II. 6^e éd. / par F. Gianviti. Paris, 1984. P. 137.

Другие французские авторы понимают модальность как дополнение к понятию права собственности. Оно позволяет обозначить ситуации, отклоняющиеся от идеальной схемы, в которых может проявляться право собственности. Амбруаз Колен и Анри Капитан признают существование различных видов модальности права собственности и в качестве наиболее важных называют общую совместную собственность и суперфиций.³⁵ Однако эти авторы не дают определение понятию модальности. Луи Жоссеран, который первый выдвинул теорию понятия модальности, утверждает что «право собственности, чья пластичность практически бесконечна, податливо к видоизменениям, которые в то же время представляют собой ограничения».³⁶ Впоследствии он посвятил главу своего трактата изложению некоторых видов модальности. Он различает три вида модальности в зависимости от того, затрагивают ли они право собственности (общая собственность, условная собственность), его объект (суперфиций и дома, разделенные на этажи или квартиры) или его правомочия (неотчуждаемость). Жан Карбонье, рассматривая нераздельную, условную и неотчуждаемую собственность, квалифицирует эти ситуации как модальности права собственности и обосновывает этот термин следующим образом: «Это способы существования, которые затрагивают право собственности и обычно всегда выражаются, в конечном счете, в ограничениях правомочий собственника, однако без того чтобы право собственности расчленилось».³⁷ Кристиан Атиас в параграфе о совместной собственности излагает, в сущности, схожее определение модальности: «Особая, побочная, т. е. не необходимая, несущественная форма права, которая предположительно может проявляться неоднократно, не искажая этого права. Право собственности — это род, видом которого является совместная собственность».³⁸ Несмотря на более или менее разработанные параграфы, которые эти авторы посвятили модальности права собственности, следует признать, что французская доктрина довольно-таки сдержанна по отношению к этому понятию.

В квебекском праве понятие модальности используется доктриной, в частности Жан-Ги Кардиналом,³⁹ как понятие, включающее в себя общую собственность и «суперфиций». Любопытно, что в своем труде о суперфиции Кардинал редко использует понятие модальности, хотя оно и фигурирует в заголовке его монографии.⁴⁰ Это отсутствие удивляет, так как использование данного понятия могло бы способствовать лучшему пониманию природы этого института. Комитет по имущественному праву в составе Бюро по пересмотру Гражданского кодекса вводит понятие «модальностей» (англ. *modalities*) права собственности в отчете, который он представил в 1975 г. Комитет предлагает, таким образом, введение титула в книге об имуществе, который назывался бы следующим образом: «О расчленениях и модальностях права собственности» (англ. *Dismemberments*

³⁵ Colin A., *Capitant H. Cours élémentaire de droit civil français. 2^e éd. T. 1. Paris, 1919. P. 770.*

³⁶ *Josserand L. Cours de droit civil positif français. P. 919.*

³⁷ *Carbonnier J. Droit civil. P. 158.*

³⁸ *Atias Ch. Droit civil. P. 133–134.*

³⁹ *Cardinal J.-G. La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités (1964–1965) // 67 R. du N. P. 329, 331–337.*

⁴⁰ *Ibid.* — В основной части своего труда *Cardinal* использует понятие модальности, чтобы изложить различные формы, которые может принимать собственность-суперфиций (*Ibid.* P. 98–148).

and modalities of the right of ownership).⁴¹ Первая категория включает узуфрукт, право пользования, право проживания и сервитут; вторая — совместную собственность, эмфитевзис и суперфиций.⁴² В окончательной версии своего отчета Бюро заменяет понятие «модальности» (англ. *modalities*) понятием «видоизменения» (англ. *modifications*).⁴³ Профессор Френетт в критическом комментарии к книге об имуществе подчеркивает, что Бюро, кажется, не имеет «четкого определенного представления» о значении понятий видоизменения, расчленения и модальности. Он предлагает различать эти три понятия следующим образом: «Право собственности может подвергаться различным видоизменениям, образуемым либо способами, влекущими за собой расщепление связки правомочий, присущих праву собственности, — тогда это расчленения, либо способами, не влекущими за собой расщепления этой связки, — тогда это модальности».⁴⁴

Законодатель сохраняет в итоге понятие «модальность» (англ. *modes*), которое изначально употребляло Бюро. Кроме того, определив понятие права собственности в абз. 1* ст. 947, он уточняет в абз. 2, что «право собственности может иметь модальности и расчленения». Кроме того, законодатель вводит новый подраздел, именуемый «О модальностях права собственности» (англ. *Special modes of ownership*) между титулом о праве собственности и титулом о расчленениях (ст. 1009–1118 ГКК). В этом подразделе описывается правовой режим как общей собственности (совместной и долевой), так и собственности-суперфиция. Первая статья указанного титула уточняет, что речь в нем идет об «основных модальностях права собственности» (ст. 1009 ГКК), давая понять, что термин открыт. В своих комментариях министр юстиции напоминает, что доктрина уже стала рассматривать условную собственность как модальность права собственности, и что другие модальности, такие как неотчуждаемая собственность, могут создаваться по соглашению сторон.⁴⁵

Кодекс не дает определения понятия модальности. Тем не менее министр в своих комментариях к ст. 947 следующим образом различает понятие модальностей и расчленений: «Статья непосредственно провозглашает, что право собственности может иметь модальности и расчленения. Мы говорим о модальностях права собственности тогда, когда нормы права регулируют отношения нескольких лиц, которые имеют полное право собственности, включающее все правомочия (пользования, извлечения плодов и доходов и свободного распоряжения). Однако мы говорим о расчленении, когда двое или более лиц обладают каждый одним или несколькими правомочиями, входящими в состав права собственности, на одно и то же имущество, но не всеми».⁴⁶

⁴¹ *Office de Revision du Code Civil / Civil Code Revision Office. Rapport sur les biens / Report on Property. Montréal, 1975. P. 124.*

⁴² Включение эмфитевзиса в число модальностей было подвергнуто критике профессором *Frenette* (*Frenette F. Commentaires sur le rapport de l'O. R. C. C. sur les biens (1976) // 17 C. de D. P. 991, 1011–1012*).

⁴³ *Office de Revision du Code Civil. Rapport sur le Code civil du Québec. Vol. 1. Projet de Code civil. Québec, 1978. P. 223; Civil Code Revision Office. Report on the Québec Civil Code. Vol. 1. Draft Civil Code. Québec, 1978. P. 221.*

⁴⁴ *Frenette F. Des biens // Les enjeux de la révision du Code civil / dir. dans André Poupart. Montréal, 1979. P. 361, 368.*

* Статьи ГК Квебека делятся на абзацы, которые структурно соответствуют частям кодекса в российской правовой традиции.

⁴⁵ *Commentaires du ministre de la Justice. Québec, 1993. P. 592.*

⁴⁶ *Ibid. P. 556.*

С учетом определений, уже сформулированных авторами, и формулировок квебекского позитивного права, появившихся в результате рекодификации, понятие модальности права собственности может быть определено как *особая форма, которую принимает право собственности, полностью сохраняя единым, под властью своего держателя, комплекс правомочий, входящих в состав права собственности.*

Введение данного понятия — показатель изменений, произошедших в имущественном праве под эгидой рекодификации квебекского гражданского права. Таким образом, это усовершенствование должно рассматриваться как составная часть попытки обновления имущественного права, которая противостоит точке зрения, оцениваемой как слишком традиционалистская. Изменения, внесенные в Кодекс, имели своим последствием то, что имущественное право отошло от определенного абсолютизма, характерного для формулировки этого права в Гражданском кодексе Нижней Канады: * «Во время кодификации 1866 г. право собственности рассматривалось как наиболее абсолютное право, однако с тех пор было признано, что оно претерпело ряд воздействий, чтобы упорядочить соответствующие права многочисленных собственников и защитить общий интерес... Это право может иметь различные модальности, которые с течением времени становятся все более привычными. Таким образом, данными модальностями являются общая собственность и собственность-суперфиций».⁴⁷

Кроме того, следует уточнить, что судебная практика и доктрина смягчили строгость, которой отличалось имущественное право по старому Кодексу. Один из аспектов эволюции квебекского имущественного права, который следует рассмотреть и который часто упускают из виду, это значение, придаваемое намерению сторон в процессе толкования правовых институтов. Бесспорно, оно способствовало смягчению определенного догматизма. Действительно, стремление квебекских судов содействовать признанию непоименованных вещных прав производно от того значения, которое эти суды обычно признавали за выражением воли сторон в сделке. В деле о квалификации права охоты и рыбалки судья обоснованно отметил, что толкование, даже если оно более или менее соответствует цивилистической традиции, должно преобладать только в случае, если речь идет о воле сторон, выраженной в договоре: «Это понятие личного бессрочного сервитута есть понятие второстепенное, совершенно исключительное, более или менее согласующееся с принципами, которыми руководствуется имущественное право в квебекском гражданском праве; понятие, которое, стало быть, в действительности должно признаваться только в случаях, когда оно необходимо, чтобы признать силу за явно выраженным намерением сторон договора».⁴⁸

Помимо этого, новый Кодекс установил нововведения, значение которых нельзя недооценивать. Так, заменив слово «вещи» словом «имущество» в определении права собственности (ст. 947 ГКК), он признал существование права собственности на бестелесные объекты. Признание целевого патримония также свидетельствует о стремлении к изменениям. К этим нововведениям примыкает и понятие модальности. К тому же Карбонье видел в модальностях права собственности и их развитии доказательство «силы реакции против унитарной концепции (римской и революционной) [права

* Гражданский кодекс Нижней Канады принят в 1865 г., вступил в силу 1 августа 1866 г. и действовал до 1994 г.

⁴⁷ Ibid. P. 554–555.

⁴⁸ Boucher c. R. (1982) // 22 R. P. R. P. 310, 315 (C. F.).

собственности]». ⁴⁹ В обновлении квебекского имущественного права можно заметить определенное сходство с той гибкостью, которой отличалось отношение к имуществу при обычном праве. ⁵⁰ Тем не менее законодатель не вызвал такого изменения права, которое привело бы к отказу от предписаний современного имущественного права. Однако законодатель пожелал, чтобы право лучше отражало потребности общества и чтобы оно облегчило использование имущества множеством лиц. Признание понятия модальности — составная часть этой попытки обновления.

Сущности, квалифицированные как модальности, обладают особенностью, в силу которой они отклоняются от традиционного понятия права собственности. Причины, объясняющие это отклонение, различны. Они могут быть связаны с множественностью субъектов (совместная собственность), с особенностями объектов (собственность-суперфиций и пространственно-временная собственность — общая собственность на определенное время), с временной «парализацией» одного или нескольких правомочий (неотчуждаемая собственность, собственность с субституцией и доверительная собственность) или, наконец, даже с существованием права (условная собственность или оговорка о сохранении права собственности за продавцом до полной уплаты покупателем цены вещи).

Не все упомянутые доктриной или судебной практикой модальности были восприняты юристами с одинаковым интересом. Собственность-суперфиций, совместная, условная ⁵¹ и неотчуждаемая ⁵² собственность получили практически единогласное признание в качестве модальностей. Рекодификация квебекского права способствовала их более легкому признанию. Зато привязка к этому понятию доверительной собственности, собственности с субституцией ⁵³ или пространственно-временной собственности ⁵⁴ некоторых, вероятно, приводит в недоумение.

Одно дело — ввести понятие модальности, другое дело — определить значение этого понятия. Действительно, необходимо осознавать, что различные модальности, описанные выше, представляют собой класс явлений с непрочными связями. Это то, на что совершенно обоснованно указывает Жан Карбонье: «Следует признать, что теория модальностей права собственности, охватывающая весьма различные социальные ситуации, обладает чисто техническим единством». ⁵⁵ Для целей настоящего исследования непринципиально, достигнуто согласие по поводу объединения всех вышеперечисленных видов собственности в категорию модальности или нет. Однако необходимо признать, что в каждом из приведенных примеров прерогативы, присущие праву собственности, признаются за обладателем модальности, даже если правомочия, которые он в состоянии отправлять над имуществом (объектом своего права), могут быть ограничены, иногда даже существенно.

⁴⁹ Carbonnier J. Droit civil. P. 168.

⁵⁰ См. об этом: Patault A.-M. La propriété non exclusive au XIX^e siècle. P. 37–82.

⁵¹ Mazeaud H., L. et J., Chabas F. Leçons de droit civil. P. 157.

⁵² Josserand L. Cours de droit civil positif français. P. 949.

⁵³ Эти две ситуации были увязаны с понятием модальности права собственности: Frenette F. La propriété fiduciaire (1985) // 26 C. de D. 727. — William DeMontmollin Marler и George C. Marler, в свою очередь, рассматривали субституцию как случай *incomplete ownership* (Marler W. D., Marler G. C. The Law of Real Property. P. 32. Par. 64).

⁵⁴ Normand S. La propriété spatio-temporelle (1987) // 28 C. de D. P. 261, 334–338.

⁵⁵ Carbonnier J. Droit civil. P. 166.

3. ОСОБЕННОСТИ ПОНЯТИЯ МОДАЛЬНОСТИ

Модальность, служащая примером пластичности права собственности (если использовать выражение Жоссерана),⁵⁶ должна удовлетворять некоторым определенным требованиям. Она требует наличия субъекта права (3.1). Имущество, объект модальности, должно обладать собственной спецификой (3.2). Помимо этого, модальность сохраняет в руках своего обладателя единый комплекс правомочий, входящих в состав права собственности (3.3). Однако модальность может затрагивать признаки права собственности (3.4).

3.1. Наличие субъекта права. В гражданском праве трудно представить право собственности без существования обладателя. Действительно, когда отношение к имуществу основано на праве собственности, тогда обязательно имеется обладатель этого права. В соответствии с концепцией гражданского права не может существовать собственность, лишенная обладателя: «*The ownership of a thing can never be in suspense*».⁵⁷ Итак, модальность права собственности немыслима вне существования собственника. В этом контексте уместно вернуться к случаю с фидуцией, учитывая проблемы с квалификацией, которые она долгое время вызывала, а также сложность совмещения этого института с самой идеей права собственности.

Во время действия ГК Нижней Канады поднимался вопрос о том, чтобы определить, кому принадлежало право собственности на имущество, переданное в фидуцию. Судебная практика и доктрина прилагали усилия, чтобы предложить решения, которые позволили бы примирить цели, к которым стремился законодатель во время введения этого института, с контекстом цивилистической правовой традиции. Верховный суд [Канады] пришел к заключению, что право собственности на имущество, переданное учредителем, принадлежит фидуциару, даже если речь идет о праве собственности, своеобразном в том отношении, что обладатель этого права собственности не может извлечь личной выгоды из имущества, которое ему было передано, и в том, что, помимо этого, его полномочия по управлению ограничены.⁵⁸ Позднее та же судебная инстанция развивала дальше эту квалификацию и приходила к выводу о том, что право собственности, признаваемое за фидуциаром, является правом собственности *sui generis*.⁵⁹ Последняя квалификация подлила масла в огонь уже вполне обозначившегося спора ученых. В поисках возможности примирить эту особую собственность с традиционным понятием права собственности профессор Френетт предложил рассматривать ее как модальность права собственности.⁶⁰ Итак, уместно задаться вопросом: можно ли сохранить данную квалификацию после рекодификации квебекского права?

При составлении нового кодекса законодатель захотел положить конец неопределенности, которая всегда витала над правом собственности на имущество, находящееся в фидуции. Выход нашли, пойдя по проторенной дорожке, поскольку законодатель решил представить фидуцию

⁵⁶ *Josserand L. Cours de droit civil positif français. P. 919.*

* Право собственности на вещь никогда не может находиться в состоянии неопределенности.

⁵⁷ *Marler W. D., Marler G. C. The Law of Real Property. P. 33. Par. 68.*

⁵⁸ *Currán c. Davis [1933] // R. S. C. P. 283, 293–294 (судья Rinfret).*

⁵⁹ *Royal Trust Co. c. Tucker. P. 272 (судья Beetz).*

⁶⁰ *Frenette F. La propriété fiduciaire.*

как целевой патримоний, т. е. как патримоний, лишенный обладателя. Законодатель даже посчитал необходимым уточнить, что ни учредитель, ни фидуциар, ни выгодоприобретатель не имеют вещных прав на этот патримоний (ст. 1261 ГКК). Кроме того, в своих комментариях министерства юстиции считает своим долгом объяснить ситуацию с имуществом, находящимся в фидуции, при отсутствии правовых отношений, основанных на праве собственности: «Имущество, составляющее патримоний фидуции, не является бесхозным имуществом, которое может быть обращено в собственность простым завладением, поскольку фидуциар имеет над ним господство и является его держателем. Это имущество также не может быть «парализовано» в силу факта отсутствия собственника. Обширные полномочия фидуциара действительно позволяют ему обеспечить не только сохранность имущества, но и свободный оборот, как если бы он был его собственником».⁶¹

Решение, которое поддержал законодатель, казалось, окончательно отбросило концепцию права собственности на весь целевой патримоний. Тем не менее существуют сомнения в успехе данной операции.

Теория имущественных прав, сформулированная Жиносаром, способна ослабить значение изменения, предусмотренного Кодексом. Действительно, согласно концепции, предложенной автором, право собственности отличается от понятия вещного права. Она до такой степени отличается от этой категории имущественных прав, что не может быть с ними смешиваема: «Право собственности есть и остается абсолютным правом, пассивным субъектом которого является весь мир; следовательно, она не может быть вещным правом, поскольку находится на более высоком уровне».⁶² Таким образом, из этого следует, что хотя ст. 1261 ГКК не позволяет ни учредителю, ни фидуциару, ни выгодоприобретателю обладать вещным правом на имущество, переданное в фидуцию, тем не менее данная статья не препятствует существованию права собственности на это имущество. С учетом судебной практики, предшествовавшей рекодификации, из этих трех субъектов, пожалуй, фидуциар был бы лицом, наиболее предназначенным к тому, чтобы за ним признали это право собственности. Несмотря на привлекательность, которую данная теория может породить, законодатель, по-видимому, однозначно предпочитает рассматривать право собственности как вещное право. Действительно, формулировка некоторых статей Кодекса выдает такое намерение, в особенности ст. 912 ГКК, где законодатель говорит о «обладателе права собственности или другого вещного права».

За отсутствием права собственности, признанного за учредителем, фидуциаром или выгодоприобретателем, его можно было бы признать за самой фидуцией. Эта гипотеза создала пример, на который до сих пор не обращали внимание. В действительности фидуция редко рассматривалась в качестве субъекта права, хотя такое предположение было сформулировано в диссертации, в которой рассматривалось право, применявшееся при старом Кодексе.⁶³ Недавно профессор Мадлен Кантен Кьюмиэн, комментирующая право, появившееся после рекодификации, предположила, что

⁶¹ *Commentaires du ministre de la Justice*. P. 750.

⁶² *Ginossar S. Droit réel, propriété et créance*. Paris, 1960. P. 112.

⁶³ *Marcel Faribault* рассматривает фидуцию как институт (*institution*) и утверждает, что она является «новым субъектом права той же природы, что и общество с ограниченной ответственностью» (*Faribault M. Traitée théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*. Montréal, 1936. P. 154–155).

фидуция сама могла бы быть обладателем целевого патримония, и что она являлась бы, таким образом, собственником входящего в нее имущества.⁶⁴ Отбросив идею, согласно которой фидуция может быть юридическим лицом, указанный автор предполагает, что фидуция могла бы скорее стать третьим видом субъектов права, не являющимся ни физическим, ни юридическим лицом. Особенность этого нового субъекта в том, что, даже лишенный правосубъектности, он был бы собственником имущества, так же как он мог бы быть кредитором или должником. Понятие «доверительная собственность» могло бы вновь стать уместным, если такие рассуждения будут поддержаны.

Признание права собственности за фидуцией или за одним из ее субъектов, хотя последнее предположение и менее вероятно, позволяет по-новому рассмотреть доверительную собственность. Такая квалификация, которой трудно было бы придерживаться в отсутствие субъекта права, станет вероятной, если право собственности вновь займет свое место в мире фидуции. Однако следует признать, что в подобном случае юридическое значение понятия было бы весьма ограничено, поскольку направление, в котором эволюционирует фидуция (в частности, по причине применения норм об управлении имуществом другого лица), уже признает за ней сформировавшийся правовой режим.

3.2. Имущество как объект модальности характеризуется собственной спецификой. Признание модальности требует, чтобы прерогативы собственника, которыми наделен субъект права, осуществлялись над конкретным объектом. В соответствии со ст. 947 ГКК этот объект — обязательно имущество, которое может быть телесным и бестелесным, движимым и недвижимым. Несмотря на сомнения некоторых по поводу признания права собственности на бестелесное имущество,⁶⁵ представляется затруднительным на сегодняшний день придерживаться ограничительного толкования.⁶⁶

Модальность в соответствии со своей природой может распространяться на различные виды имущества. Тем не менее не следует полагать, что любое имущество может стать объектом модальности права собственности. Действительно, необходимо уточнить, что объект модальности должен быть индивидуализирован, он должен обладать собственной спецификой, так чтобы по отношению к этому имуществу могли реализовываться различные правомочия, входящие в состав права собственности. Соблюдение этого требования обязательно. Можно было бы привести многочисленные примеры возможностей и пределов, налагаемых данным требованием. Иллюстрацией могут служить собственность-суперффиций, пространственно-временная собственность, право охоты и рыбалки.

Некоторые виды недвижимого имущества могут быть такими объектами права, над которыми могут осуществляться все правомочия, входящие

⁶⁴ *Cumyn M. C.* La fiducie, un nouveau sujet de droit? // *Mélanges Ernest Caparros* / dir. dans J. Beaulne. Montréal, 2002. P. 129, 142.

⁶⁵ *Brierley J. E. C.* Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec [1995] // *Revue internationale de droit comparé*. P. 33, 36; *Dutoit B.* Du Québec aux Pays-Bas: les mœurs du droit de propriété dans deux codes civils récents // *Rapports suisses-présentés au XV^{ème} Congrès international de droit comparé / Swiss reports presented at the XVth International Congress of Comparative Law*. Bristol, 27 juillet au 1^{er} août 1998. Zürich, 1998. P. 199, 204–205.

⁶⁶ *Lamontagne D.-C.* Biens et propriété. 4^e éd. Cowansville, 2002. P. 135; *Régime complémentaire de retraite de la Société de transport de la Communauté urbaine de Montréal c. Bandera investment Co.* [1997] // *R. J. Q.* P. 1906, 1914 (C. S.).

в состав права собственности, но в силу особого положения данного имущества возможна только модальность права собственности. Именно это и имеет место в отношении собственности-суперфиция, определяемой ГК как «право собственности на строения, сооружения, насаждения, расположенные на недвижимости, принадлежащей другому лицу — собственнику земельного участка» (ст. 1011 ГКК). Главная особенность этого вида права собственности кроется в наложении двух видов недвижимости, право собственности на которые принадлежит двум разным обладателям: суперфициарию и собственнику земельного участка.⁶⁷ К недвижимости, простирающейся по горизонтали, добавляется располагающаяся по вертикали. Эта особенность объекта порождает особые отношения соседства между накладывающимися объектами недвижимости. Однако, несмотря на особенности объекта права, суперфициарий никоим образом не лишен прерогатив, присущих праву собственности. Действительно, он обладает всеми правомочиями, входящими в состав права собственности, над объектом своего права, зато осуществление этих прерогатив может быть ограничено. Отсюда необходимость обратиться к понятию модальности права собственности.

Показателен случай, когда речь идет о возможности признания объектом собственности-суперфиция пространство, не занятое строениями, сооружениями или насаждениями. Французская доктрина именует этот вид объекта «объемом» и даже ссылается на «право собственности на объемы в пространстве».⁶⁸ В квебекском праве трудно отрицать право собственника разделить таким образом пространство, расположенное над землей, поскольку в данном случае речь однозначно идет о целостности, которая физически существует.⁶⁹ Механизмом создания такой собственности-суперфиция должно обязательно быть разделение объекта (ст. 1110 ГКК). И напротив, два других механизма, предусмотренных законом, не могут применяться в данном случае, поскольку они приводят к возникновению собственности-суперфиция только тогда, когда уже возведены строения, сооружения или осуществлены насаждения.

Вдобавок к этому вертикальному дроблению недвижимой собственности, которое представляет собой собственность-суперфиций, возможно представить временное разделение объекта права собственности и, таким образом, прийти к созданию пространственно-временной собственности.⁷⁰ Объект права собственности в таком случае индивидуализирован не только в пространстве, но и во времени, а данное имущество может быть разделено на несколько объектов, доступных для завладения, однако без утраты своего морфологического единства. Если взять в качестве примера один год, имущество может быть разделено таким образом на четыре объекта права собственности, каждый из которых соответствует

⁶⁷ *Frenette F.* La propriété superficière // Répertoire de droit — Biens — Doctrine / dans *Chambre des notaires*. Document 5. Montréal, 2005. P. 6. Par. 9.

⁶⁸ *Savatie R.* La propriété de volumes dans l'espace et la technique des grands ensembles immobiliers. D. 1976. Ch. 18.

⁶⁹ Лучшее изложение этого вопроса см.: *Frenette F.* La propriété superficière. P. 7–8. Par. 10–12. — Противоположное мнение см.: *Brierley J. E. C.* Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec. P. 38.

⁷⁰ Наиболее полное изложение см.: *Normand S.* La propriété spatio-temporelle. P. 314–339; *Lafamme L., Frenette F., Cajolet M.* -P. L'indivision conventionnelle: applications diverses en matière immobilière et mode d'emploi dans chaque cas (1999) // 2 C. P. du N. P. 349, 357–359.

одному кварталу; все эти объекты могут быть приобретены как отдельные единицы. Владелец такой собственности имеет в отношении имущества исключительные права на прерогативы права собственности. Во время каждого из циклических периодов, когда его объект восстанавливается, владелец пространственно-временной собственности не признает никакого высшего господства, он имеет абсолютную власть над имуществом — объектом своего права.

Другие ситуации, помимо описанных случаев, в свою очередь, могут и не позволить идентифицировать объект, способный создать модальность права собственности. Иллюстрацией такого затруднения может служить исследование права охоты или рыбалки, в соответствии с цивилистической традицией представляющих собой типичную ситуацию, при которой трудно признать существование модальности права собственности за владельцем данного права. Причина этой трудности объясняется невозможностью выделить отдельный объект, в отношении которого владелец подобного права мог бы претендовать на обладание всеми правомочиями (элементами), входящими в состав права собственности. В действительности это право — не более чем право пользования (*usus*) данной землей с целью охоты или рыбалки.⁷¹ Нельзя согласиться с тем, что владелец этих прав может претендовать на право собственности на рыбу или дичь путем физического приращения. Имущество, обращаемое в собственность посредством охоты или рыбалки, не является ни плодами, ни доходами данных земель, речь скорее идет о *res nullii*,* обращаемых в собственность завладением (ст. 935 и 945 ГК). Непризнание права охоты и рыбалки объектом права собственности однозначно основано на отсутствии специфического объекта, на который мог бы распространяться комплекс прерогатив, входящих в состав права собственности, а не на том факте, что такое право имело бы своим объектом бестелесное имущество.

Эта причина, если бы она и могла быть упомянута, не может отныне преобладать в квебекском праве.⁷²

Однако это положение неоднозначно. В начале XX в. в судебном решении, известном и по сей день, Тайный совет** поддержал мнение, полностью противоположное изложенному.⁷³ По договору собственник земельного участка, пересекаемого несудоходной рекой, уступил «все права рыбалки в указанной реке».⁷⁴ Впоследствии права сторон были переуступлены другим лицам. Между ними возник спор об осуществлении права на рыбалку в этой реке. Лорд Галдейн, который сформулировал мотивы решения, вынесенного Тайным советом, высказал свое мнение о природе и продолжительности этого права. Он рассматривает это право как являющееся само по себе возможным объектом права собственности: «Это право на делимый объект или случай собственности. Нет достаточного основания, чтобы не рассматривать право рыбалки как отдельный делимый объект».⁷⁵ Признав,

⁷¹ *Terre F., Simler P. Droit civil. Les biens. 5^e éd. Paris, 1998. P. 667.*

* Букв.: «ничьи вещи», никому не принадлежащее имущество.

⁷² *Normand S. Les nouveaux biens (2004) // 106 R. du N. P. 177, 183–185.*

** Судебный комитет британского Тайного совета являлся высшей судебной инстанцией для Канады до 1933 г. по уголовным делам, до 1949 г. — по всем остальным делам. Последние дела из Канады были рассмотрены Судебным комитетом в середине 1950-х годов.

⁷³ *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine (1921) // 2 A. C. P. 426.*

⁷⁴ *Duchaine c. Matamajaw Salmon Club (1918) // 27 B. R. P. 196, 198.*

⁷⁵ *Matamajaw Salmon Club c. Duchaine. P. 437.*

что право рыбалки может быть объектом права собственности, отличным от земли, суд рассматривает рыбу как доход от реки, приобретаемый в собственность завладением. Право приращения становится, таким образом, дополнительным к основному, которое составляет само право рыбалки. Умозаключение, сформулированное Тайным советом, имеет своим результатом установление отдельного объекта, на котором зиждется право собственности. Обладатель права рыбалки может с того времени претендовать на все прерогативы, связанные с правом собственности на это объект. Такое заключение потребовало от доктрины, чтобы она дала соответствующую квалификацию этому праву. Было предложено несколько квалификаций: «пользование вещью»,⁷⁶ «личный бессрочный сервитут»,⁷⁷ личный сервитут⁷⁸ или даже «вещный сервитут».⁷⁹ Судебная практика и доктрина, пытаясь дать квалификацию, старались поместить право рыбалки среди расчлененной собственности. Итак, заключение Тайного совета должно было скорее привести к возведению права рыбалки на уровень права собственности,⁸⁰ даже если установление объекта, обладающего собственной спецификой, вызвало настоящую проблему.

Несмотря на заключение Тайного совета, следует учитывать, что другая точка зрения могла бы привести к совершенно другому заключению и дать толчок к созданию модальности права собственности. Действительно, в том же самом деле мнение, выраженное в Апелляционном суде* судьей Пеллетье, привело к весьма оригинальному анализу. Вначале он рассматривает масштабы уступки, которая касается совокупности прав рыбалки. Цедент, в свою очередь, сохраняет право собственности на русло для всех других целей. Отсюда вытекает вывод о существовании общей долевой собственности и раздела между двумя лицами выгод, предоставляемых рекой. Как выразился судья, «истец и ответчик оба являются собственниками русла реки. Здесь не совместная собственность, а такая общая собственность, которая в каждом конкретном случае будет предоставлять плоды или выгоды то одному, то другому собственнику».⁸¹ Этот возможный случай — пример одновременной собственности, вид неисключительной собственности, существование которой еще признавалось во Франции в течение первой половины XIX в.⁸² Подобный анализ дает преимущество не отделять право рыбалки от права собственности на устье реки. Основывая существование этого права на таком уточнении, судья допускает идентификацию объекта, на котором может основываться модальность собственности, не лишенная черт сходства с обычным правом.

В целом модальность собственности должна основываться на объекте, обладающем собственной спецификой. Этим объектом может быть любое имущество, независимо от того, воспринимается оно органами

⁷⁶ *Cardinal J.-G. Droit de chasse — servitude — occupation et accession — louage (1958–1959) // 61 R. du N. P. 79, 81.*

⁷⁷ *Boucher c. R. P. 315.*

⁷⁸ *Cumyn M. C. De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innomés: essai sur l'énumération limitative des droits réels (1986) // 46 R. du B. P. 3, 21–25.*

⁷⁹ *Cardinal J.-G. Droit de chasse... P. 82.*

⁸⁰ *Cossette A. Essai sur le droit de pêche dans les cours d'eau non navigables (1997–1998) // 100 R. du N. P. 3, 42.*

* Высшая судебная инстанция провинции.

⁸¹ *Duchaine c. Matamajaw Salmon Club. P. 203.*

⁸² *Patault A.-M. La propriété non exclusive au XIX^e siècle. P. 221–228.*

чувств или нет. Главное, чтобы имущество было такой формы, чтобы оно позволило в случае необходимости предоставить своему обладателю все правомочия собственности.

3.3. При модальности сохраняются неизменными правомочия, входящие в состав права собственности. Как и право собственности, модальность сохраняет власть своего обладателя над всей совокупностью правомочий, входящих в состав права собственности. Таким образом, он может претендовать на *usus*, на *fructus*, на *abusus* и даже на *accessio*. В своих комментариях министр юстиции настаивает на том, что обладатель модальности располагает всеми правомочиями, входящими в состав права собственности. В подобном исключительном случае однозначно имеется «полное право собственности, включающее все правомочия, входящие в состав права собственности: пользование, извлечение плодов и доходов и свободное распоряжение».⁸³ Вместе с тем в случае с гипотезой о расщеплении правомочий необходимо было бы прийти к выводу о расчленении собственности.

Это требование прямо ставит вопрос о приращении. Если оно является правомочием модальности, на что в Кодексе имеются некоторые косвенные указания (ст. 948 ГКК), то собственник, несомненно, пользуется этим правомочием. К тому же Кодекс говорит о приращении как применительно к общей долевой собственности (ст. 1017 ГКК), так и применительно к собственности-суперфицию (ст. 1110 ГКК).

Трудности, связанные с приращением, возникли и в случае с собственностью-суперficie, и более конкретно в случае, когда модальность создается отказом от преимущества приращения или уступкой приращения (ст. 1110 ГКК). Долгое время право, создаваемое этими двумя путями, вызывало большие проблемы с квалификацией. Неоднократно как судебная практика, так и доктрина признавали в таких ситуациях только примеры расчленения права собственности. Так, обязанный высказать свое мнение о возможности применять к недвижимости, построенной эмпфитевтой, правил об общей долевой собственности, Вышестоящий суд* уже пришел к заключению о том, что имеется «глубокая несовместимость между двумя видами держания».⁸⁴ Другими словами, право собственности — даже особенное — не может возникнуть из расчленения. В целом в обоих представленных гипотезах приращение не могло осуществляться в пользу другого лица, не являющегося собственником. Когда использовался один из этих двух механизмов, он неизбежно влек за собой создание расчленения. Обращение к понятию модальности становилось в таком случае невозможным.

Вследствие этого решения Вышестоящего суда законодатель внес поправку в ГК Нижней Канады (ГКНК), которая позволила эмпфитевте применять правила об общей долевой собственности на недвижимость, возведенную им в качестве улучшения на той недвижимости, которая находится в эмпфитевзисе (ст. 441b.1 и 569 ГКНК). Это решение, сохраненное во

⁸³ *Commentaires du ministre de la Justice*. P. 556.

* В тексте — *la Cour supérieure*. Судебная система провинции Квебек выглядит следующим образом: муниципальные суды, суд Квебека, Вышестоящий суд, Апелляционный суд. Вышей инстанцией для дел, рассмотренных судами провинции Квебек, является Верховный суд Канады (*la Cour suprême*). В некоторых провинциях судами, аналогичными Квебекскому Вышестоящему суду, являются суды Королевской скамьи (Альберта, Манитоба, Нью-Браунсвик).

⁸⁴ Roy c. Société immobilière du Cours Le Royer [1987] // R. D. I. P. 392, 395 (C. S.).

время рекодификации (ст. 1040 ГКК), проистекает из правомочий, переданных эмпфитевте. Действительно, Кодекс уточняет, что последний имеет «по отношению к недвижимости все права, признаваемые за собственником» (ст. 1200 ГКК). Министр еще более точен в своих комментариях об объеме прав, признанных за эмпфитевтой: «Последний имеет по отношению к недвижимости права собственника, а именно права, предусмотренные ст. 947–953, кроме тех, осуществление которых ограничено в настоящей главе или которые можно предусмотреть в акте об установлении».⁸⁵ Эмпфитевте, таким образом, передается материальное приращение. Кроме того, когда он возводит недвижимость, он становится собственником суперфиции и может принимать решение об установлении общей долевой собственности на такую недвижимость.⁸⁶ Правомочия, передаваемые эмпфитевте, не могут быть ограничены, даже если, как уточняет Кодекс, ограничения могут касаться осуществления прав (ст. 1200 ГКК).

Эмпфитевте, которому передаются все права, признаваемые за собственником, передается, таким образом, и приращение.⁸⁷ Французское право также признает это правомочие за эмпфитевтой.⁸⁸ Из этого вытекает, что в течение всего срока эмпфитевзиса обладатель этого расчленения имеет основание претендовать на право собственности на улучшения. Любопытно, что судебная практика отбросила эту гипотезу и тем самым пришла к утверждению, согласно которому приращением пользуется собственник, а не эмпфитевта.⁸⁹ Однако такое заключение трудно совместить с правом, признаваемым законодателем за эмпфитевтой, учредить общую долевую собственность на построенную им недвижимость (ч. 2 ст. 1040 ГКК).

Нельзя не прийти к выводу о том, что как в случае с эмпфитевзисом, так и в случае, когда собственность-суперфиций создается путем отказа от преимущества приращения или уступки приращения, только тот, кто пользуется приращением, может претендовать на право собственности на строения, сооружения или насаждения, которые осуществляются в отношении недвижимости. Собственник недвижимости (при эмпфитевзисе) или собственник земельного участка (при суперфиции) не могут получать выгоду от этого имущества в течение периода времени, когда приращение исключено из числа их прерогатив.

Удивительно, что критики, которые удивились таким поправкам в отношении собственности-суперфиция, не поставили вопрос об отсутствии остаточного характера модальности этого вида. На самом деле право собственности по своей сути является остаточным. В действительности обладатель права собственности может иметь весьма ограниченные права на объект своего права, тем не менее он остается собственником так долго, как он сохраняет юридическое приращение.⁹⁰ На ум сразу

⁸⁵ *Commentaires du ministre de la Justice*. P. 750.

⁸⁶ В случае, когда приращение не принадлежит эмпфитевте, т. е. когда он внес изменения в уже существующее строение, он может посредством декларации об общем эмпфитевзисе подчинить эту недвижимость нормам об общей долевой собственности (ст. 1138–1109 ГКК), не создавая, однако, модальности права собственности (ст. 1196 ГКК).

⁸⁷ *Frenette F.* 1) De l'emphytéose. Montréal, 1983. P. 199; 2) L'emphytéose / dans *Chambre des notaires, Répertoire de droit, nouvelle série — Biens — Doctrine*. Document 1. Montréal, 2005. P. 7. Par. 16; *Lafond P.-C.* Précis du droit des biens. Montréal, 1999. P. 941.

⁸⁸ *Bergel J.-L., Bruschi M., Cimamonti S.* Traité de droit civil. Paris, 2000. P. 297.

⁸⁹ H. L. P. Société en commandite c. Ville de Beauport [2000] // R. J. Q. P. 1095, 1097 (C. A.).

⁹⁰ См. выше, сн. 18 и соответствующий текст.

приходит вопрос: требует ли существование модальности, чтобы ее обладатель имел это правомочие? Модальность, созданная на основе расчленения права собственности, однозначно наделяет своего держателя всеми преимуществами права собственности. Можно даже согласиться с тем, что держатель пользуется до определенной степени юридическим приращением в течение срока этого видоизменения права собственности. Так, прекращение личного или вещного права в течение существования модальности осуществляется в пользу ее держателя. Юридическое приращение, признаваемое за обладателем модальности, соответствовало бы этой особой форме собственности. Оно прекращалось бы одновременно с модальностью. С этого момента только собственник, который находился на заднем плане в течение всего существования модальности, может претендовать на юридическое приращение.

То, что обладатель модальности может стремиться к прерогативам собственности, не означает, что на самом деле он пользуется всеми ими и каждой из них. В самом деле, возможно, чтобы обладатель был частично или даже полностью лишен какого-либо правомочия, но без осуществления разделения прерогатив права собственности, а следовательно, без создания расчленения. Неотчуждаемая собственность представляет собой пример собственности, обладатель которой не пользуется одним правомочием, которое, однако, находится под его властью, то есть правом распоряжения. В данном случае речь идет о правомочии, входящем в состав права собственности. Невозможно представить себе право собственности без *abusus*. Фактически неотчуждаемая собственность предполагает не отсутствие *abusus*, а, скорее, временную невозможность осуществить эту прерогативу права собственности. Профессор Жан Карбонье справедливо квалифицирует эту ситуацию как временную «парализацию» *abusus*.⁹¹ Исползованное слово хорошо отражает действительность. *Jus abutendi* всегда принадлежит собственнику неотчуждаемой вещи, однако он не может воспользоваться этой прерогативой. В случае если запрет прекратится, собственник сможет с этого момента распоряжаться имуществом. Лицо, обязанное передать имущество, обремененное субституцией,^{*} в том состоянии, в каком оно получило его в момент возникновения своего права (ст. 1245 ГКК), точно так же оказывается лишенным возможности осуществления этого правомочия.

3.4. Модальность может затрагивать свойства права собственности. Понятие права собственности рассматривалось авторами как более или менее адаптированное к некоторым институтам, особенно когда эти институты не отвечали всем признакам, обычно признаваемым за правом собственности. По этой причине некоторые отказывались признавать общую собственность правом собственности. Эта нерешительность объясняется ограниченностью прав, признаваемых за сособственником, и отдалением этого института от традиционных признаков права собственности, как это было отмечено доктриной: «Однако было справедливо замечено, что это понятие права собственности, в какой-то степени фиктивное, представляющее даже собственникам общей совместной собственности только ограниченные, отзываемые, более или менее подверженные угрозе запрета со стороны других лиц права на вещи, не очень-то согласуется с полнотой (а может, даже и с абсолютностью, и с бессрочностью), т. е.

⁹¹ *Carbonnier J. Droit civil. P. 125.*

* В тексте — *le grevé de substitution.*

со свободной передачей права, которые характеризуют понятие права собственности». ⁹² Как можно называть правом собственности права, которые столь плохо соответствуют этому понятию?

Можно было бы привести другие примеры, когда отнесение вещного права к понятию права собственности отвергалось по причине несоответствия этого института традиционным признакам права собственности.

Итак, понятие модальности было обоснованно введено, чтобы определить способ существования права собственности, который отличается меньшей выраженностью одного из признаков этого права. Каждый из трех признаков (абсолютность, исключительность и бессрочность) может быть существенно ослаблен. Однако даже в этом случае существование модальности не отрицается. ⁹³

Право собственности определяется как абсолютное, поскольку собственник, по сравнению со всеми другими держателями вещных прав, является лицом, обладающим наиболее обширными правами на объект своего права. Владелец модальности должен быть готов к более или менее выраженному уменьшению этого абсолютизма. Так, неотчуждаемая собственность отнюдь не предоставляет своему владельцу абсолютного права на объект. Владелец такой собственности, частично лишенный осуществления *abusus*, оказывается лишенным одной из прерогатив права собственности. То же относится и к сособственнику общей совместной собственности, обязанному в течение всего срока ее существования советоваться с другими сособственниками, прежде чем осуществлять сделки с совместно принадлежащим имуществом (абз. 2. ст. 1026 ГК). Тем не менее модальность не является менее соответствующей определению права собственности, даже если осуществление прерогатив ограничено. Либерализм, который долгое время господствовал в имущественном праве, способствовал переоценке этого признака права собственности. Эволюция права, по-видимому, продемонстрировала, что полное господство собственника над объектом своего права, особенно осуществление всех прерогатив, не обладает больше той привлекательностью, которую оно имело ранее. ⁹⁴ При определенных обстоятельствах эта эволюция может рассматриваться как ограничение максимального использования имущества и доступа к собственности.

Исключительность права собственности часто представляется как ненарушимое правило. Однако, хотя речь и идет в данном случае о распространенной ситуации, эта исключительность все же не должна рассматриваться как необходимое качество права собственности. В действительности общая собственность представляет собой изъятие из исключительного характера права собственности, имеющее большое значение. Но общая собственность, которую определяют как право собственности нескольких субъектов на один объект, не вызывает дробления ни имущества, ни тем более права собственности. Эта модальность, порожденная множественностью субъектов, влечет за собой конкурентное осуществление права собственности. Даже если подобное особое состояние не посягает на понятие права собственности, следует признать, что эта конкуренция ограничивает свободу сособственников. Фактические и юридические действия каждого из них по отношению к имуществу должны осуществляться

⁹² *Marty G., Raynaud P.* Droit civil. P. 74. Par. 59 (курсив мой. — С. Н.).

⁹³ *Laflamme L.* Le partage consécutif à l'indivision. Montréal, 1999. P. 45.

⁹⁴ *Atias Ch.* Droit civil. P. 91–100.

с учетом прав других сособственников.⁹⁵ Из этого следует, что если они и могут претендовать на все правомочия, входящие в состав права собственности, то они должны осуществлять их, учитывая неисключительный характер права собственности. Эта модальность прекращается разделом общей собственности (ст. 1049 ГКК). Следствием его выступает предоставление исключительного характера праву собственности.⁹⁶

Бессрочность часто понимается как признак права собственности, не знающий исключения. Так, можно было встретить утверждение: «Не существует временного права собственности».⁹⁷ Вместе с тем уместность этого признака иногда ставилась под вопрос,⁹⁸ а некоторые авторы, не колеблясь, называют некоторые ситуации «временным правом собственности». Имеются многочисленные показательные примеры «временного права собственности». Они включают случаи, когда право собственности затронуто применением оговорок, содержащихся в юридических документах, особенно когда переход права собственности сопровождается условием или сроком, а также когда создается неотчуждаемая собственность или осуществляется субституция.⁹⁹ Авторы также указывают на собственность-суперфиций и на право собственности, признаваемое при определенных обстоятельствах за эмфитевтой, как на другие примеры «временного права собственности».¹⁰⁰ Разумеется, общая совместная собственность часто рассматривается как нестабильная ситуация, которая не может длиться долго.

С тех пор как составлен перечень видов «временного права собственности», доктрина обычно прилагает все усилия, чтобы примирить эти исключения с правилом бессрочности. Один из наиболее часто приводимых аргументов — передаваемость права собственности. Действительно, когда оканчивается какое-либо «временное право собственности», право собственности не исчезает, а переходит к следующему собственнику. Профессора Зенати и Реве, в свою очередь, заявив, что право собственности предназначено для того, чтобы вписываться во временные рамки, не торопятся с признанием значения этого правила. Они согласны, что по договору право собственности может быть временным: «То, что не ограничивает закон, может быть ограничено договором. Ничто не мешает добровольному созданию временного права собственности».¹⁰¹ Эти два решения пытаются примирить юридическую догматику с ситуациями, которые не соответствуют ей.

Рассуждения о бессрочности редко учитывают специфику понятия модальности. На самом деле, если право собственности бессрочно, то модальность может быть временной. Некоторые даже рассчитывают на то, что продолжительность модальности, являющейся не более чем способом существования права собственности, ограничена.¹⁰² Более или менее отдаленное во времени окончание некоторых модальностей даже предусматривается в момент их создания.

Таким образом, неотчуждаемая собственность не может длиться неопределенное время. Ее временный характер даже является условием ее действительности (абз. 3. ст. 1212 ГКК). Свободный оборот имущества —

⁹⁵ *Laflamme L.* Le partage consécutif à l'indivision. P. 48–52.

⁹⁶ *Ibid.* P. 190.

⁹⁷ *Mazeaud H., L. et J., Chabas F.* Leçons de droit civil. P. 85.

⁹⁸ *Bonnet V.* La durée de la propriété.

⁹⁹ *Terre F., Simler P.* Droit civil. P. 116.

¹⁰⁰ *Malaurie Ph.* Droit civil. P. 137.

¹⁰¹ *Zenati F., Revet Th.* Les biens. 2^e éd. Paris, 1988. P. 132.

¹⁰² *Frenette F.* De l'emphytéose. P. 223–224.

предмет забот для законодателя, который рассматривает условия о неотчуждаемости как препятствия, способные нанести ущерб кредитным отношениям.¹⁰³ Имущество, составляющее объект оговорки о неотчуждаемости, возвращается, следовательно, рано или поздно в оборот, положив тем самым конец модальности. То же происходит и в отношении собственности при субституции, которая не может простирается далее двух очередей лиц, которым передается имущество* (ст. 1221 ГКК). В этих двух предположениях доктрина не усматривает необходимости ставить под сомнение бессрочный характер права собственности: «Ничто не дает основания видеть в этом посягательство на бессрочный характер права собственности; то, с чем мы имеем дело, — всего лишь механизм перехода права собственности от одного обладателя к другому».¹⁰⁴

Временная модальность также существует в пользу эмпитевты на построенную им недвижимость (ст. 1040 ГКК). Собственность-суперфиций, созданная путем отказа от преимущества приращения или путем уступки приращения, также не предназначена для неограниченного срока. По истечении своего срока эта модальность обязательно оканчивается.¹⁰⁵ Право собственности на строения, сооружения или насаждения, осуществленные суперфициарием, переходят в таком случае к тому, кто вправе на них претендовать. Кроме того, модальность может прекратиться ранее предусмотренного срока в случае, когда строения, сооружения или насаждения будут уничтожены. Действительно, модальность не может пережить свой объект. Она может вновь возникнуть, если до окончания срока происходит восстановление [объекта модальности].¹⁰⁶

Этот тип «временного» права собственности всегда вызывал трудности для доктрины, которая не жалела усилий, пытаясь эти трудности разрешить. Профессор Малори не видит в этих примерах препятствий правилу бессрочности: «Некоторые договоры предоставляют временное право собственности (эмпитевзис или аренда земельного участка с обязательством застройки). Однако на заднем плане этого временного права собственности застройщика вырисовывается бессрочное право собственника, который пользуется преимуществом приращения по окончании срока аренды».¹⁰⁷ Автор основывает свой вывод на передаваемости права. Этому заключению легко можно последовать, если исходить из понятия модальности, прекрасно поясненного профессором Френеттом: «Совпадение качества собственника-суперфициария и собственника земельного участка приводит к исчезновению временной модальности этого права, однако право собственности на имущество, находящееся над поверхностью земли, продолжает длиться для того, кто вследствие приобретения этого имущества осуществил слияние прав».¹⁰⁸

Итак, речь могла бы идти о случае временной модальности права собственности, но не о праве собственности *ad tempus* [на время], хотя доктрина и признает иногда, что собственность-суперфиций представляет собой действительный случай временного права собственности.¹⁰⁹

Кроме того, даже если модальность всегда может прекратиться, встречаются ситуации, когда она может претендовать на бессрочность. Общая

¹⁰³ *Commentaires* du ministre de la Justice. P. 712.

* В тексте — *deux ordres d'appelés*.

¹⁰⁴ *Terre F., Simler P.* Droit civil. P. 116.

¹⁰⁵ *Frenette F.* La propriété superficière. P. 23. Par. 56.

¹⁰⁶ *Commentaires* du ministre de la Justice. P. 658.

¹⁰⁷ *Malaurie Ph.* Droit civil. P. 137.

¹⁰⁸ *Frenette F.* De l'emphytéose. P. 223.

¹⁰⁹ *Bonnet V.* La durée de la propriété. P. 291.

совместная собственность, даже если она часто описывается как временное состояние права собственности, конечно, не является временной по своей сути.¹¹⁰ Ее срок часто ограничен, поскольку она может прекратиться в любой момент, когда будет потребован раздел [имущества] (ст. 1030 ГКК). Тем не менее никакая императивная норма закона не предписывает изначально ограничения продолжительности общей совместной собственности. Кроме того, она даже может обладать признаком бессрочности, когда имуществу, находящемуся в общей совместной собственности, была назначена долгосрочная цель (принудительная нераздельность) (ст. 1030 ГКК).¹¹¹

Собственность-суперфиций, созданная путем разделения объекта права собственности, также имеет бессрочный характер. Тем не менее она может прекратиться, как только вновь соединятся земля и имущество, находящееся над поверхностью земли. То же происходит и в отношении пространственно-временной собственности. Не следует полагать, что речь идет в данном случае о праве собственности *ad tempus*.¹¹² Владелец такого права собственности бессрочно обладает всем комплексом прерогатив права собственности на свое имущество. Его право не является временным, даже если оно то исчезает, то появляется вновь. Это право собственности только приспособляется к объекту своего права. Однако пространственно-временная собственность, как и любая другая модальность права собственности, может исчезнуть тогда, когда окончится временное разделение объекта права собственности.

* * *

Право собственности — наиболее полное из вещных прав — отвечает определению, весьма догматическому по содержанию. Оно предоставляет своему обладателю прерогативы (*usus, fructus, abusus* и *accessio*) и обладает собственными признаками (абсолютность, исключительность и бессрочность). Часто право собственности соответствует этой модели. Однако случается, что, полностью сохраняя под властью своего обладателя единые правомочия, входящие в состав права собственности, она обладает более или менее выраженными характеристиками. Даже в этом особом состоянии право, о котором идет речь, по-прежнему является правом собственности, однако правом собственности особой формы: модальностью права собственности.

Введение понятия «модальность» позволяет смягчить негибкость традиционного определения права собственности. Рекодификация квебекского права позволила осуществить другие мероприятия того же типа. Эти смягчения предоставляют преимущество сохранить структуру гражданского права, допуская в то же время его обновление. Отказ от таких преобразований обязал бы создать новую общую теорию имущественного права. Такое строительство, даже если оно может оказаться увлекательным, было бы усеяно сложностями и неясностями, тем более что, хотя имущественное право и претерпело существенные преобразования, оно не подвергалось таким изменениям, которые могли бы оторвать его от корней.

¹¹⁰ Delhay F. La nature juridique de l'indivision. Paris, 1968. P. 197.

¹¹¹ Michon c. Leduc (1890) // 19 R. L. P. 504 (B. R.); Laflamme L. Le partage consécutif à l'indivision. P. 158–164.

¹¹² Cossette A. La formule du temps partagé et le problème de la propriété spatio-temporelle (1987) // 90 R. du N. P. 2, 17.

БРАЧНЫЙ ДОГОВОР

Ю. В. БАЙГУШЕВА*

Закон понимает под брачным договором *соглашение супругов или лиц, которые желают вступить в брак, определяющее их имущественные права и обязанности в браке и/или после его прекращения* (ст. 40 Семейного кодекса РФ). Этот договор может быть направлен на изменение законного режима имущества супругов, а также на установление обязательства по оказанию одним супругом материальной помощи другому супругу.

В том случае, когда брачный договор непосредственно направлен на преобразование принадлежащего супругам права общей совместной собственности в право общей долевой или единоличной собственности либо на преобразование требования одного из супругов в общее требование мужа и жены, он является *распорядительной сделкой*. Распорядительные сделки подчиняются *принципу специальности*, согласно которому каждое распоряжение должно распространяться на *одно субъективное право*.¹ Поэтому, если супруги, руководствуясь предписанием абз. 1 п. 1 ст. 42 СК РФ, направляют свою волю на изменение не одного, а нескольких прав (например, права общей совместной собственности на автомобиль и права общей совместной собственности на гараж), то они совершают не одну, а несколько распорядительных сделок.

Посредством брачного договора супруги могут распорядиться как уже существующими имущественными правами, так и правами, которые у них возникнут в будущем (абз. 2 п. 1 ст. 42 СК РФ). В последнем случае, например при разделе требования об уплате покупной цены из будущей купли-продажи общего автомобиля, распоряжение супругов вступает в силу *в момент возникновения у них этого требования*. Возникшее требование на «логическую» секунду включается в состав общесупружеского имущества и лишь затем автоматически преобразуется в единоличное требование мужа и единоличное требование жены.

Распоряжение будущим общесупружеским требованием подлежит действию *принципа определенности*. Определенность будущего требования в отношении его содержания, размера и личности должника должна иметь место не в момент совершения распорядительной сделки, а в момент возникновения этого требования. Поэтому применительно к нашему примеру требование, которое возникло у супругов из договора купли-продажи автомобиля и гаража по цене, не позволяющей установить цену автомобиля, остается общесупружеским, несмотря на совершенное ими распоряжение.

* Байгушева Юлия Валериевна — к. ю. н., ассистент кафедры гражданского права и процесса Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова.

© Ю. В. Байгушева, 2009

¹ Крашенинников Е. А. Распорядительные сделки // Сборник статей памяти М. М. Агаркова. Ярославль, 2007. С. 27.

Брачный договор может быть направлен и на установление обязательства между супругами. Так, например, в нем может предусматриваться, что муж обязуется содержать жену до окончания ею вуза. В этом случае брачный договор представляет собой *обязательственную сделку*.

Как правило, воля супругов, заключающих брачный договор, направляется одновременно и на изменение принадлежащих им прав, и на возникновение у них новых прав и обязанностей. Поэтому когда говорят о брачном договоре, чаще всего имеют в виду *оформленную одним документом совокупность договоренностей, некоторые из которых являются распорядительными, а другие — обязательственными сделками*.

Как мы уже знаем, брачный договор может заключаться не только супругами, но и будущими супругами. Поскольку муж и жена являются дееспособными лицами, они заключают его самостоятельно. При недееспособности одного из супругов соответствующее волеизъявление от его имени может совершить опекун. Если это происходит, то брачный договор, направленный на обогащение подопечным имущества своего супруга, нуждается в разрешении органа опеки и попечительства (абз. 1 п. 2 ст. 37 ГК РФ). Брачный договор будущих супругов, не достигших 18-летнего возраста, как правило, нуждается в предварительном или последующем согласии их родителей (п. 1 ст. 26 ГК РФ).

Согласно п. 2 ст. 41 СК РФ брачный договор должен быть облечен в письменную форму и удостоверен нотариусом. В случае отсутствия нотариального удостоверения брачный договор является *незаконченным* и поэтому не приводит к желательному для его сторон правовому последствию; стало быть, при обязательственном характере этого договора он не влечет возникновения соответствующих прав и обязанностей.² Однако поскольку в период с 1 января 1995 по 1 марта 1996 г. российское законодательство не требовало, чтобы брачный договор заключался при содействии нотариуса, то договор, который супруги заключили в этот период в простой письменной форме, представляет собой законченную сделку (п. 5 ст. 169 СК РФ).

Абзац 2 п. 1 ст. 41 СК РФ предписывает, что брачный договор будущих супругов вступает в силу с момента заключения ими брака. По мнению некоторых авторов, заключение брака здесь фигурирует в качестве отлагательного правосделочного условия (п. 1 ст. 157 ГК РФ).³ Согласиться с этим мнением нельзя. В снабжении сделки условием проявляется частная автономия ее сторон: они могут поставить наступление или прекращение действия сделки в зависимость от будущего неизвестного обстоятельства, но могут совершить сделку и без включения в нее условия. Будущие супруги, напротив, не способны совершить брачный договор, который бы вступил в силу до того, как они заключат брак. Поэтому в рассматриваемом

² Отсюда явствует, что, вопреки ошибочной формулировке п. 2 ст. 165 ГК РФ, ни одна из сторон незаконченного обязательственного брачного договора не может его исполнить, так как нельзя исполнить обязанности по договору, которые не возникли (Крашенинников Е. А. Фактический состав сделки // Очерки по торговому праву. Вып. 11. Ярославль, 2004. С. 9. Прим. 13).

³ См., напр.: Антокольская М. В. Семейное право. 2-е изд. М., 2001. С. 167; Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. 4-е изд. М., 2003. Т. 3. С. 431–432 (автор параграфа — А. А. Иванов). — Против этого (впрочем, неубедительно) высказывается И. В. Жилинкова (Жилинкова И. В. Правовая природа брачного договора // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Алматы, 2007. С. 28–29).

случае заключение брака следует трактовать не как отлагательное условие в смысле ст. 157 ГК РФ, а как *отлагательное условие права (condicio juris)*, т. е. будущее неизвестное обстоятельство, от которого наступление действия договора зависит в силу самой его природы или специального правового предписания.⁴

В брачный договор супругов или будущих супругов может быть включено *отлагательное правосделочное условие* (например, оговорка о наступлении действия этого договора с момента прекращения брака или рождения в браке общего ребенка). Если это имеет место, то договор супругов вступает в силу с наступлением правосделочного условия, а договор будущих супругов — с наступлением и условия права, и правосделочного условия.

Если брачный договор супругов, снабженный отлагательным правосделочным условием, является распорядительной сделкой, в частности договором о преобразовании единоличного требования мужа к третьему лицу в общесупружеское требование, то в момент его заключения стороны брачного договора становятся носителями общего *условного* требования, которое с наступлением условия превращается в общее *полное* требование. До наступления условия требование остается единоличным требованием мужа. Поэтому распоряжение мужа этим требованием, например путем его уступки (абз. 1 п. 1 ст. 382 ГК РФ), не нуждается в согласии жены.⁵ Если брачный договор, заключенный супругами под отлагательным правосделочным условием, относится к числу обязательственных сделок, например, является договором о предоставлении мужем жене содержания, то его заключение вызывает возникновение известного *условного* требования, из которого с наступлением условия развивается *полное* требование жены к мужу. Условно управомоченная жена не может заявить это требование до наступления условия. Однако она может предъявить иск о признании этого требования.⁶

Стороны брачного договора могут предусмотреть в нем не только отлагательное условие, но и *отлагательный срок*, т. е. поставить наступление или осуществление действия этого договора в зависимость от будущего известного события. При распорядительном брачном договоре супругов его действие наступает лишь с наступлением отлагательного срока. Так, например, если при преобразовании единоличного требования мужа в общесупружеское требование определено, что требование станет общим только через один год после заключения договора, то до истечения этого периода времени единоличным носителем требования остается муж. Напротив, при обязательственном брачном договоре супругов, связанном

⁴ Крашенинников Е. А. Условие в сделке: понятие, виды, допустимость // Очерки по торговому праву. Вып. 8. Ярославль, 2001. С. 9. — Если брачный договор заключается супругами, то заключение брака также служит предпосылкой вступления этого договора в силу, хотя в этом случае оно и не фигурирует по отношению к брачному договору в качестве условия права.

⁵ Сказанное имеет силу и в отношении других распоряжений, в частности прощения мужем этого требования должнику (ст. 415 ГК РФ), зачета требования (ст. 410 ГК РФ) и т. д.

⁶ Подробнее о правовом положении сторон отлагательно обусловленных распорядительных и обязательственных сделок в период состояния подвешенности см.: Крашенинников Е. А. Правовое положение сторон отлагательно обусловленной сделки во время состояния подвешенности // Очерки по торговому праву. Вып. 12. Ярославль, 2005. С. 5–18; *Гражданское право* / под ред. А. П. Сергеева. М., 2008. Т. 1. С. 505–512 (автор параграфа — Е. А. Крашенинников).

с отлагательным сроком, действие договора наступает с момента его совершения. Так, например, муж, который обязался выплачивать жене содержание начиная с известной даты, уже является должником, а его жена — кредитором. Поэтому досрочное предоставление мужем оговоренной суммы, будучи досрочным исполнением обязательства из брачного договора (ст. 315 ГК РФ), не обосновывает *condictio indebiti* (п. 1 ст. 1109 ГК РФ). Что касается жены, то она, являясь кредитором по рассматриваемому обязательству с момента заключения брачного договора, может заявить свое требование мужу и тем самым приступить к реализации принадлежащего ей права требования только с наступлением отлагательного срока.⁷

В абз. 1 п. 1 ст. 43 СК РФ сказано, что брачный договор может быть расторгнут в любое время по соглашению супругов. При этом не учитываются следующие обстоятельства. Во-первых, расторжение договора представляет собой исключительно *юрисдикционный* способ аннулирования договорного обязательства (например, обязательства по предоставлению мужем жене содержания) и осуществляется не действиями сторон, а *преобразовательным* решением суда.⁸ Поэтому в случае аннулирования предусмотренного брачным договором обязательства путем соглашения супругов о расторжении брачного договора говорить нельзя. Во-вторых, допустимость расторжения брачного договора зависит от его содержания. Так, например, осуществимо расторжение договора, предусматривающего обязательство мужа по предоставлению жене содержания. Однако нельзя расторгнуть договор, посредством которого супруги преобразовали свое право общей совместной собственности на квартиру в право единоличной собственности мужа. В этом случае для уничтожения правового эффекта брачного договора необходимо заключение нового договора, направленного на обратное преобразование принадлежащего мужу права единоличной собственности в право общесупружеской совместной собственности, или соответствующее решение суда.⁹

Согласно п. 3 ст. 43 СК РФ действие брачного договора прекращается с прекращением брака. Если его действие состоит в возникновении обязательства (например, обязательства по предоставлению мужем жене содержания), то в результате прекращения брака прекращается и это обязательство (п. 1 ст. 407 ГК РФ).¹⁰ Если речь идет о вступившем в силу распорядительном брачном договоре (например, договоре о преобразовании права общей совместной собственности супругов в их право общей долевой собственности), то преобразованное супругами через

⁷ О разграничении действия отлагательного срока при распорядительных и обязательственных сделках см.: Крашенинников Е. А. Условие в сделке. С. 6. Прим. 14.

⁸ Крашенинников Е. А. 1) Регламентация защиты гражданских прав в проекте Гражданского кодекса РФ. Ярославль, 1993. С. 27; 2) Регулятивные и охранительные субъективные гражданские права // Очерки по торговому праву. Вып. 14. Ярославль, 2007. С. 14.

⁹ Суд выносит решение об обратном преобразовании единоличного права собственности мужа на квартиру в право общей совместной собственности супругов по требованию жены при наличии доказательств того, что произведенное брачным договором изменение права поставило ее в крайне неблагоприятное положение (п. 2 ст. 44 СК РФ).

¹⁰ В случае надлежащего исполнения этого обязательства в период брака супруг, который совершил предоставление, не вправе требовать от другого супруга возврата предоставленного имущества на том основании, что их брак прекратился.

этот договор право продолжает существовать в преобразованном виде, даже если брак уже не существует; обратное преобразование этого права допускается посредством совершения бывшими супругами нового распоряжения. Если же супругов связывает брачный договор, совершенный под отлагательным условием (но не под условием прекращения брака), то с прекращением брака до выполнения условия прекращается обособленное этим договором условное право (например, условное требование жены к мужу о предоставлении содержания или условное право общей долевой собственности супругов), что делает невозможным наступление желаемого сторонами правового последствия.

К брачному договору применимы предписания § 2 гл. 9 ГК РФ о недействительности сделок. Если этот договор содержит положения, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности супругов, или предусматривает их права и обязанности в отношении детей, то в части этих положений он является ничтожной сделкой (п. 2 ст. 44 СК РФ).

Поскольку заключение брака служит предпосылкой вступления брачного договора в силу, в случае ничтожности брака брачный договор не вызывает наступления желаемого его сторонами правового последствия. Например, если брачный договор направлен на установление обязательства мужа по содержанию жены, то такое обязательство не возникает. Поэтому при совершении мужем соответствующего предоставления жене у него возникает требование о возврате предоставленного имущества (п. 1 ст. 1102 ГК РФ).

В случае принятия на себя единоличного долга перед третьим лицом супруг обязан ознакомить его с содержанием брачного договора, а при последующем изменении или прекращении брачного договора — сообщить ему и об этом. Если супруг не исполняет эту обязанность, то требование кредитора подлежит удовлетворению независимо от содержания брачного договора, т. е. при недостаточности единоличного имущества должника — из половины совместного супружеского имущества (п. 1 ст. 39, п. 1 ст. 46 СК РФ).

О ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ СЦЕНЕ

Эссе

И. Р. МЕДВЕДЕВ

Увлекающиеся историей развития компьютеров, программ, игр и всем, что с этим связано, вероятно, слышали о таком явлении культурного и творческого характера, возникшем в 1980-х годах, как «сцена» (*scene, computer scene, demo scene*). О ее сущности до сих пор ведутся споры. Но в целом сцена представляет собой сообщество профессионалов, использующих компьютер для создания вещей, которые на нем вроде бы невозможно сделать технически. Итог труда сценеров — рождение музыки, программ, художественных или видеоэффектов, изображений или всего этого вместе («демка»)¹.

На наш взгляд, сцена интересна не только вследствие показываемых ее участниками результатов, хотя, безусловно, демки поражают даже того, кто видит компьютер в первый раз. Принципы и особенности ее организации могут оказаться полезными для любого аналогичного виртуального объединения. Поэтому настоящее эссе посвящено проецированию данных принципов на «процессуальную сцену» — сообщество ученых и практиков, занимающихся наукой гражданского судопроизводства и считающих себя профессионалами.

Иван Римович Медведев,
к. ю. н.

1. Открытость сцены

Клаус Дитер Волько, главный редактор популярного сценового дискама (электронного журнала) «HUGI»: «У нас также шли горячие дебаты по поводу того, составляют ли сцену исключительно активные сценеры, или те, кто смотрит демки и читают дискама, тоже являются ее частью. По-моему, все они относятся к сцене. Этому есть три объяснения. Во-первых, сценерам нужна зрительская аудитория, иначе кто тогда будет оценивать их работы? Во-вторых, пассивные сценеры дают обратную связь, что повышает квалификацию активных. И, в-третьих, вполне возможно, что люди, которые пока что только наблюдают, однажды сами начнут творить».²

© И. Р. Медведев, 2009

¹ Подробнее об истории сцены на русском языке можно узнать в цикле статей, опубликованных в журнале «Хакер» («[акер»»), а также на ряде информационных ресурсов: <http://www.scene.org.ru>, <http://demoscene.ru> и др.

² Диалоги о сцене: Исследователь сцены Adok/HUGI (www.hugi.scene.org) // Хакер («[акер»»). № 067. С. 067–062–2.

Открытость процессуальной сцены видится нам в четырех аспектах:

1) *Для участия.* Каждый может знакомиться с трудами других авторов и публиковаться — тем самым он является участником сцены. Точнее, чем К. Д. Волько, сказать сложно: к процессуальной сцене относятся и те, кто лишь читает и использует работы по процессуальной тематике в своей деятельности. Их оценка непосредственно не влияет на сценера — он внутренне свободен от чужих отзывов (как положительных, так и отрицательных), однако правовед все же получает отдачу, т. е. сведения о том, что написанное кому-то пригодилось. И не исключено, что когда-нибудь читатели захотят создать нечто оригинальное и вольются в число ученых — активных процессуальных сценеров.

2) *Для любых тем.* Несмотря на общую гражданскую процессуальную направленность, сцена открыта практически для всех вопросов, рассуждение о которых тем или иным образом вписывается в рассматриваемую проблематику. Для иллюстрации мыслей в научном труде допустимо обращение не только к научным изданиям, но и ко всем тем, которые сценер считает необходимыми.

3) *Открытость языка.* Сценер избирает мнемотехническую форму изложения, помогающую оставлять материал в памяти читателя. Это стремление подать свои идеи в доступном виде. Правовед в нашей стране почти всегда пишет на русском языке, и он, как автор, в полном праве прилеплять слова друг к другу в наиболее интересном порядке. Пора ориентироваться и на аудиокнижный формат — в будущем фрагменты работы зазвучат.

Язык открыт для всех. Нельзя утверждать, будто обращение и к людям, далеким от правоведения, заранее лишено смысла: они же наблюдают за процессуальной сценой. Разумеется, оценить юридические воззрения им тяжело, но литературная расчистка текста точно не бесполезна с позиции потенциального наслаждения, которое можно получить, приобщившись к новым знаниям. Чем понятнее содержание и чем умнее себя ощущает разглядывающий творение сценера человек, тем больше оно ему нравится, тем насыщеннее чувства, с которыми он воспринимает чужие мысли. Если тот, кто читает, понимает о чем идет речь и не против продолжить, не имеет значения, юрист он или нет.

4) *Для любых идей.* Это не только право выразить свои «умопостроения» открыто, но и обязанность быть открытым для сторонних научных концепций. Конечно, сценеру сложно оставаться непредубежденным после того, как в ходе обучения его муштровали «классической» литературой. Тут и процессуальные поверья, и табуированные темы, мистификации, выдумки и иллюзии.

Всецело объективных сценеров не существует, но было бы интересно, если, как во многих художественных фильмах, неожиданно появился бы пришелец из прошлого, например Е. В. Васьковский, и посмотрел на сегодняшних процессуалистов. Думается, его взгляд был бы бесценен и непредвзят. В конце XIX — начале XX в. людям еще удавалось оберегать умственные способности и иметь время на то, чтобы окунуться в созерцание исследуемого предмета. Но пока наука здесь не достигла кино, которое уже давно позволяет персонажам из разных эпох общаться друг с другом.

Как пишет Милорад Павич, «когда мы читаем, нам не дано воспринять все, что написано. Наша мысль ревнива по отношению к чужой мысли, она постоянно затуманивает ее, и внутри нас нет места для двух запахов

сразу».³ Поэтому надо преодолевать ментальную блокировочную систему и начинать слышать и видеть. Доверять иному мнению непросто, но нельзя своей глухотой отметить его с ходу, а лавры процессуального сценера при чтении литературы следует временно скинуть. Можно даже (о ужас!) рассмотреть критику собственных взглядов и понять ценность идеи, которая посягает на ваши убеждения. Хотя философия многих российских ученых не допускает мыслей о своей неправоте, философия сценера открыта и для этого.

2. Оригинальность

Сценер оригинален — он делает нечто новое либо по-новому подает вроде бы известные вещи. Каждая из работ несет на себе отпечаток его авторства.

А) Позитив — стремление к созиданию

Петр Соболев (*Code Ripper*), создатель путеводителя по демо-дизайну, «отец всех русских демо-пати»: «Старайтесь не копировать увиденные эффекты. Подумайте сами — кому интересно смотреть в очередной демке то же самое, что и в предыдущей, но другого цвета? Если ничего нового не приходит в голову, — отложите проект до того момента, когда появятся свежие мысли».⁴

Благодаря широкому распространению персональных компьютеров и справочных правовых систем (СПС) существенно облегчилась компиляция материала. Всякий уверенный в себе человек может, почитав десяток статей, состряпать свою, которая будет маячить в юридической прессе при отсутствии действительно талантливых произведений.

Это приводит к возрастанию и без того гигантского количества одинаковых «трудов» по гражданскому судопроизводству; их тяжело даже проглядеть до конца, уже не говоря про получение удовольствия от чтения. Множество из них носит комментаторский, заранее оплаченный характер или является программными, где описываются ничего не значащие примеры из практики либо восхваляется существующее положение дел (скажем, «просудебные» статьи). Чтобы увидеть масштабы проблемы, достаточно проглядеть соответствующий раздел СПС.

Компиляция известного и многократно повторенного, соответственно, не относится к продуктам процессуальной сцены, а ее создатель — не сценер, а лицо, выдающее себя за него.

Здесь сложно говорить только о плохих последствиях. Наличие балласта — проходных «исследований» — серый фон, на котором яркое творение выделяется и приветствуется. Но сильных работ чрезвычайно мало, а безликие приумножились.

Открывая очередную книгу или пачку статей, обычно видишь «процессуальную жвачку»: ни вкуса, ни запаха, ни цвета. Педантичная скукота, коллекция слов, уже распробованных ранее, монотонность фраззаготовок, ассорти примитивных штампов, самоповторений и ссылок на патентованные очевидности. Последнее профессор-лингвист Ревекка

³ Павич М. Хазарский словарь. Роман-лексикон (Хазарски речник. 1989) / пер. с серб. Л. Савельевой. СПб., 2003. С. 84.

⁴ DEMO. DESIGN. FAQ (Frequently Asked Questions). Release 10. Ч. 3 (Советы и просьбы организационного характера к авторам demos/intros/etc...). Пункт 8 // <http://faqs.org.ru/progr/graph/design2.htm>.

Фрумкина называет «авторитарными ссылками»: «Нередко в научном тексте читаем: “Как описано у К...” или “Еще Х. показал, что...”. Опытному глазу видно, что сам автор ни К., ни Х. не читал, так что ссылки эти — не более чем ритуал. Да и вообще, вовсе не обязательно читать К. или Х., чтобы затем сообщить читателям некую банальность».⁵ Тогда отсутствие собственных идей прикрывается цитатой авторов, чей авторитет не вызывает сомнения.

Сценер старается сам стать тем, чей профессионализм будут приводить в пример.

Даниил Шеповалов, исследователь демо-сцены: «После просмотра некоторых демок частенько возникает дежа вю: типа точно такие же фишки я видел неделю назад. Такое ощущение, что народ просто скачивает сорсы [исходные тексты] эффектов, объединяет их в одну прогу [программу], изменяет пару тройку параметров и уже через час релизит [выкладывает] демку... Нужны действительно новые идеи и фишки, а не две тысячи сто тридцать пятая демонстрация вращающихся кубиков...».⁶

В большинстве работ за демонстрацией «вращающихся процессуальных кубиков» потерялись сияние и горячность, так хорошо стимулирующие подлинную активность мозга. Может быть, их и не было изначально? Мнение автора спрятано в ботве при отсутствии моркови. Это «эпитома» — сокращенное извлечение из чужих сочинений. Зато претензий — море. Тут и предложения законодательных новелл, ложные и неприменимые на практике; и неосознанные теоретические провалы. Они настолько привязаны к действующим нормативным актам, что достаточно одобрения нескольких изменений в закон, и стоимость этих «изысканий» упадет ниже цены бумаги, на которой их печатают.

Б) Негатив — вопрос о плагиате

Заимствование произведений других сценеров (плагиат) — позор.

Об определении плагиата, наверное, можно спорить. Ясно, что не стоит охотиться на ведьм и кричать про плагиат при ошибках в номерах страниц в цитатах или при использовании одинаковой литературы — это не самые страшные прегрешения. Но к плагиату точно относятся случаи, когда фрагменты чужих исследований подаются как свои научные победы.

В последнее время раскрутился небезынересный сервис «Антиплагиат» (www.antiplagiat.ru), первоначально предложенный в качестве механизма проверки студенческих рефератов. Уже с 2007 г. он используется для анализа диссертаций. Результаты такого анализа малодоступны широкой общественности. Вероятно, они и не будут открыты никогда.

Если обеспечить достоверность и полноту проверки и сделать проект децентрализованным («домашнюю версию» для пользователей, чтобы каждый на своем компьютере формировал уникальную базу документов и осуществлял оперативную сверку на предмет совпадений и заимствований), это может иметь непредвиденные и неожиданные последствия, прежде всего для воспитанников весьма известных и авторитетных ученых. Так что, во избежание скандалов, думается, что проект свернут или вообще

⁵ Фрумкина Р. О нас — наискосок (наука как стиль жизни) // Фрумкина Р. Внутри истории. Эссе, статьи, мемуарные очерки. М., 2002. С. 367.

⁶ Шеповалов Д. Демо-сцена, и как оно все было, есть и будет есть // Хакер («[]акер»). № 014. С. 014–044–4 (здесь и далее пояснения в квадратных скобках даны мною. — И. М.).

закроют, либо его применение для диссертаций будет кулуарным (как и вся деятельность, связанная с процедурой аттестации научных кадров).

Помимо плагиата дурным тоном считается включение в текст огромных свертков цитатного материала или фрагментов судебной практики, занимающих множество страниц. Тогда работа превращается в саквояж, набитый мыслями, созданными другими людьми. Возможно, это и не является плагиатом, но оценивать такие труды надо соответствующе. При подготовке монографии⁷ нами была просмотрена масса современных диссертаций по гражданскому процессу, и очевидно, что их средний уровень невысок, а при последовательном прочтении они сливаются в одну, оборачиваясь в то, что сценеры называют фракталом, — «самоподобное множество, которое при любом увеличении образует похожие изображения». ⁸ Такое впечатление, что увеличение числа исследований вчерашних аспирантов (нынешних кандидатов наук) всего лишь дает на выходе неотличимые друг от друга диссертации.

3. Максимальное использование имеющихся возможностей

Даниил Шеповалов: «...эту черту (кодить вещи, которые принципиально невозможно делать на данной машине) PC-шные демщики приобрели еще со времен ZX. Я вообще не знаю, как нужно называть людей, которые, юзя [используя] только 8 цветов и процессор Z80 (калькулятор считает быстрее), могли писать программы, использующие 3D-графику с динамическим освещением». ⁹

Эта загадочная фраза означает то, что сценер «выжимает» из техники все, что кажется возможным и невозможным.

Клаус Дитер Волько: «Я был просто поражен энтузиазмом и креативностью сценеров, тем, как они пытались из ограниченных ресурсов выжать все для создания чего-то действительно зрелищного». ¹⁰

Процессуальный сценер также направлен на создание необычных, качественных и интересных трудов, настолько глубоких по своему содержанию, насколько позволяют мозговые и иные ресурсы.

Креативность определяется не количеством написанного, а способностью изумить. Поэтому термин «ученый-процессуалист» весьма условен: от защиты диссертации, преподавания или опубликования работ ученым стать нельзя — такие лица лишь выдают желаемое за действительное. Сценер идентифицируется не только и не столько по предмету («гражданский процесс», «арбитражный процесс»), сколько по арсеналу ценностей (добросовестность подхода, уровень подготовки, соответствие выводов реальности, общая эрудиция, интеллект и т. п.).

Сценер старается обеспечить исчерпывающий охват литературы для изложения всех точек зрения по исследуемому вопросу и внутреннюю синхронизацию изложения — авторской позиции, идей иных правоведов, судебной практики и законодательства. В тексте нет второстепенных

⁷ Медведев И. Р. Учение об объяснениях сторон в гражданском процессе: научное исследование. СПб., 2009.

⁸ DEMO. DESIGN. FAQ (Frequently Asked Questions). Release 10. Глоссарий // <http://faqs.org.ru/progr/graph/ddesign1.htm>

⁹ Шеповалов Д. Демо-сцена, и как оно все было, есть и будет есть. С. 014–044–3.

¹⁰ Диалоги о сцене... С. 067–062–2.

вещей, напротив, богатство мелочей и широкая описательная база придают рассказу достоверность.

Конечно, здесь важен и поиск зарубежных материалов, о чем много говорилось в эссе, опубликованном в нашей первой монографии.¹¹ «Спор» о научных проблемах в России большинство ведет в полностью замкнутом пространстве канонов отечественного права, тогда как при использовании иностранной литературы на стандартном объеме журнальной статьи и «картонном» тексте получаются результаты лучше обычных.

Вращаясь в ассортименте одинаковых мнений и не зная о том, что творится за рубежом, ученый фактически впадает в свободное теоретизирование — ни новых категорий, ни новых задач. Привычные взгляды, окружающие человека с момента обучения, берут его в плен, и чем больше он их исповедует, тем выше ограда процессуальной темницы, в которую он себя помещает. Однако чтение иноязычных авторов позволяет вести более осмысленную научную деятельность, находиться в перманентном творческом поиске свежих идей и не заниматься выдержанным ритмическим повторением одних и тех же слов и их сочетаний.

Сцена не может развиваться в вакууме, устраивая этнически закрытый чемпионат России по гражданскому процессу среди своих. В каждом журнале попадают сочинения, где правовед считает, что сделал нечто новое, тогда как это давно используется на Западе. По многим вопросам гражданского судопроизводства зарубежных стран в России наблюдается полный провал: почти нет не только специалистов, способных на подобающем уровне подготовить статью в иностранный научный журнал, но и даже тех, кто понимает, что в настоящее время там обсуждается. Ведь чтобы извлекать красоты процессуальных богатств, доселе неведомые нам, и улучшать перенятое, нужны достаточная квалификация и база именно по иностранной проблематике.

Зачастую зарубежные процессуальные институты описываются бегло, без привлечения судебной практики и трудов ученых, но при этом делаются далеко идущие выводы и предложения реформирования национального законодательства. Так, например, произошло с процедурой раскрытия доказательств, осколки которой включены в АПК РФ как примитивная аналогия процедурам «*discovery*» и «*disclosure*». Это притом, что в США по данному вопросу существует огромный объем литературы, ведутся постоянные споры, о которых в России мало кому известно.

Процессуальный сценер выходит за местные рамки. Объем данных, накопленных иностранной доктриной, настолько колоссален, что просто собирать их бессмысленно. Надо разглядеть особенности и подоплеку явлений, вникнуть в «их» систему представлений. Почему конкретный институт урегулирован именно так, а не иначе, каковы его исторические предпосылки и механизм действия сегодня.

Для сценера обладание художественным арсеналом в виде умения работать на нескольких языках — обычное дело. Он не думает, что это сверхъестественно, и не возвещает о своей «процессуально-патриотической» уникальности. Можно пересекать границы физически, а можно виртуально, входя в чужой язык и иное право. И в этом сценер свободен.

¹¹ Медведев И. Р. О науке гражданского процесса. Эссе; Ответственность сторон за ложные объяснения в суде. Научное исследование. М., 2006.

4. Самостоятельность

Петр Соболев: «Если вы увидели, что ваша *demo* глючит / не работает под OS/2, Windows, DV, — не переживайте — это СОВЕРШЕННО не повод для беспокойства».¹²

Если сформулированные вами идеи не находят поддержки со стороны процессуалистов, «не переживайте — это СОВЕРШЕННО не повод для беспокойства».

Таким образом, сценер независим в суждениях и отстаивании своей позиции.

Самостоятельность неотъемлемо связана с оригинальностью. Если сценер талантлив, имеет свои взгляды, он продвигает их, несмотря на отсутствие понимания большинства. Молодому человеку или девушке, чтобы добиться признания собственной состоятельности от известных правоведов, нередко приходится опускать планку требований (если в принципе такая изначально присутствовала). Взамен им «вешают рюкзак» — заставляют исповедовать чужие воззрения, адаптировать выражения и глоссарий к приемлемым (с точки зрения уже защитивших диссертации), использовать «свои» подходы к научной деятельности и т. п.

Сцена этого не прощает. Удивляет, что считающие себя учеными — людьми, кому свобода мысли и выражения мнения априори ценнее всего остального, — часто открыто враждебны и испытывают концентрированную антипатию к тем, кто пытается быть свободным.

Когда основы нашей концепции объяснений сторон только формировались (на IV курсе вуза), несколько не связанных друг с другом процессуалистов, ознакомленных с ее базовыми идеями, охарактеризовали тему даже не как недиссертательную, а как не тянущую на дипломную работу. Это, вероятно, повергло бы в смущение более чуткого человека, но довольно смешно, что высказанное адресовалось материалу, вошедшему как в диплом, так и в нашу первую монографию. Процессуалисты, видимо, обязаны оберегать неприступность занятых владений.

Больше того, данные идеи были развиты в диссертации и второй книге.¹³ Теперь уже всем данная проблема кажется неисчерпаемой как по интересу, так и по научному потенциалу. Думается, любая тема по гражданскому судопроизводству может быть подвержена новому анализу и свежему взгляду сценера.

Академик Аркадий Мигдал писал: «Очень часто ученые, неспособные отказаться от установившихся представлений, широко образованны в науке и даже делают хорошие работы, хотя и не выходящие за рамки общепринятого. Покуда они ограничиваются такой деятельностью, они приносят пользу. Вред начинается, когда они пытаются делать прогнозы и влияют на выбор направления поисков... К сожалению, случается, что ученые догматического склада объявляют лженаукой добросовестные научные поиски неожиданных явлений, т. е. таких, которые противоречат принятым представлениям (но не установленным фактам!)».¹⁴

¹² DEMO. DESIGN. FAQ (Frequently Asked Questions). Release 10. Ч. 3 (Советы и способы организационного характера к авторам demos/intros/etc...). Пункт 7 // <http://faqs.org.ru/progr/graph/ddesign2.htm>.

¹³ Медведев И. Р. 1) Объяснения сторон и третьих лиц как доказательство в гражданском процессе. Дис. ... к. ю. н. М., 2008; 2) Учение об объяснениях сторон в гражданском процессе. Научное исследование.

¹⁴ Мигдал А. Б. Поиски истины. М., 1983. С. 23, 52.

И гражданским процессом могут заниматься не только те, кто предлагает эффективное решение реальных научных задач, но и те, кто в состоянии приспособлять результаты своей деятельности к деформированным суждениям большинства.

Сценер помнит, что цензуру отменили. Труды не надо таскать к цензору, чтобы он разрешил высказывать определенные идеи. И не следует себя ограничивать. Разве можно вообразить, чтобы на процессуальном ландшафте в подобных условиях родилась талантливая работа? Ее не подготовит тот, кто постоянно оглядывается наверх или вбок, кто одержим воспеваемым устоявшихся точек зрения, кто мучается по поводу своей необычности.

Сценер не боится того, чего нет. Против генеральной линии гражданского судопроизводства сложно пойти, поскольку ее не существует.

При беспрепятственном подавлении способных людей и носимых ими идей живо представляется картина: роботы-аспиранты публикуют бездарные «труды», используя особое программное обеспечение по компоновке текста при строжайшем учете тезисов, высказанных ранее. Емкость рынка роботов-аспирантов очень велика: это будущее науки гражданского процесса. Если не настоящее. Они могут бесконечно сидеть в библиотеке, заниматься подбором литературы и готовить болванки для «научных» достижений.

Сценер не становится роботом.

Понятие научной школы почему-то часто подменяется клановостью: сотрудник кафедры — уже не ученый, а член духовно-рыцарского ордена, бравирующий членством как визиткой и согласный ставить преданность кафедральной доктрине над собственными концепциями и мнением. Это наиболее действенная форма контроля — когда правовед сам заставляет себя молчать. Есть и навязанное благоговение перед лицами, вступившими на процессуальное поле раньше сценера. Любого кандидата наук якобы *стоит уважать только за степень, слушать высказываемые им несообразности и не оспаривать.*

На сцене есть лишь ты, твои идеи, твой инструментарий. Смотри, что уже сделано, и пытайся создать что-либо уникальное.

Поощрение со стороны преподавателей слепого следования учебнику, соответствующему государственному стандарту, без осмысления написанного, приведет к тому, что индивидуальность будет подавлена. Расплачиваться за это придется очень скоро: для публикации стандартных работ требуются стандартные читатели со стандартными вкусами, которые будут запоминать, не понимая, не думать и сочинять точно такие же.

Сценер в любом случае размышляет над тем, что видит и слышит. Он уважает подлинные традиции, но способен и на нечто неординарное. Настоящий сценер гораздо ближе к интеллектуальной элите, чем те, кто считает, что к ней принадлежит.

5. Критичность

Сценер способен замечать недостатки и говорить о них.

В научной деятельности достижение полного согласия автоматически ведет к общему поражению. Когда абсолютно все твердят и делают одно и то же, отсутствуют разнородные позиции по какому-либо вопросу, круг замыкается. Всем приходится воспроизводить уже сказанное без эмоциональной и умственной вовлеченности, публиковать вещи, неразличимые по стилистике и взглядам, и вести полемику в рамках обмена «процессуальными валентинками».

«Общепризнанные мнения» и «устоявшиеся концепции» открыты для критики сценера независимо от того, кто их автор и каков его статус в юридическом мире.

В литературоведении известно направление «практической критики», одним из основателей которого является английский лингвист Айвор Ричардс (*Ivor A. Richards*). Практическая критика предусматривает чистый анализ социально и исторически изолированного текста, — без внимания к писателю, времени создания и т. п.¹⁵ Вряд ли стоит вдаваться в дискуссии относительно того, насколько методологически груб данный подход, но кажется, что процессуальный сценер в значительной степени может опереться на опыт лингвистов: при чтении монографии или статьи не должны приниматься во внимание фамилия автора, научные регалии, место службы, видовой обстановке он писал. Если там допущены грубые ошибки или выводы не отличаются теоретической глубиной, об этом стоит сказать прямо.

Такое отношение к процессуальному тексту позволяет думать и высказывать о нем все, что угодно. Тем самым вырабатывается диапазон различных точек зрения, что является основой для спора и для развития сцены.

6. Преемственность

Мортен Бьоркман (*Mårten Björkman (Celebrandil of Phenomena)*): «Кажется, большинство людей думает, что сцена появилась в конце 80-х, однако, насколько я помню, тогда мы не считали себя пионерами».¹⁶

Звание первопроходца тешит самолюбие, но соответствие такому статусу нужно доказать.

Процессуальная сцена появилась не вчера. Множество проблем, если хорошо искать, в том или ином виде затрагивались ранее, если не дореволюционными русскими, советскими и российскими специалистами, то, по крайней мере, зарубежными.

Сценер находит свою аудиторию не только среди живых, но и в кругу тех, кто уже мертв. Конечно, не в смысле угрюмых привидений и теней. Но он старается писать так, чтобы и жившие раньше могли одобрить его работу.

Сейчас стало очень модно цитировать к месту и не к месту правоведов конца XIX — начала XX в. Но цитирование это, как правило, делается бездумно: отсутствие интеллектуального инвентаря при обращении к старым трудам не позволяет адекватно оценивать их методологию и анализировать содержание. Кажется, что вполне «диссертабельна» тема о влиянии кого-либо из нынешних ученых-процессуалистов на дореволюционных. Это не такая ересь, как может показаться. Раз первой литературой для человека, начинающего свой путь в науке, обычно становится современный учебник, хотим мы этого или нет, любая классическая книга читается через его призму.

¹⁵ Kannar G. The constitutional catechism of Antonin Scalia // *Yale Law Journal*, 99. 1990. P. 1307–1308; Hutchinson A. C. [Book Review]: White J. B. When words lose their meaning: constitutions and reconstitutions of language, character, and community. Chicago, 1984. 361 p. // *Yale Law Journal*, 94. 1984. P. 222–223.

¹⁶ DEMO. DESIGN. FAQ (Frequently Asked Questions). Release 10. Часть 0 (Немного о *demos*, об истории *demomaking*'а и традициях). Пункт 7 // <http://faqs.org.ru/progr/graph/ddesign2.htm> (пер. Петра Соболева).

Поэтому бывает, что новые процессуальные звезды, взрастившиеся в относительно благополучные времена, но не умеющие делать даже тривиальных вещей, относятся к более ранним трудам с плохо скрытой снижательностью. Мол, темп жизни был иной, они слыхом не слыхивали и не представляли себе проблемы современного гражданского судопроизводства, да и судьи сейчас другие и т. п. Конечно, под взглядом из XXI столетия некоторые освещенные в старинных работах вопросы могут производить впечатление допотопных. Но все равно Кронид Малышев или Евгений Васильковский остаются великими учеными. В условиях ограниченного организационно-технического инструментария они писали немыслимые по уровню книги. Задача сценера — на основе их опыта стремиться сделать лучше.

Для процессуалиста сочинения выдающихся предшественников являются сокровищницей идей. Они выходят из моды, пылятся в библиотеках, но тот, кто их понимает, способен навести мосты между «античными» выводами и актуальными проблемами.

7. Свобода в общении

Важный элемент демо-сцены — совместные мероприятия («пати»).

«Party — организованное с какой-либо целью сборище народа. Например, *demo parties* — с целью просмотра *demos*, которые часто пишут специально к таким событиям. Организуются обычно командой с привлечением спонсоров».¹⁷

Процессуалисты тоже любят собираться на конференции — «процесс-пати», чтобы посмотреть на выступления и людей, творящих научные статьи. «Пати» (конференция) — это выдуманный мир, где всякий кажется себе полновесным, чувствует себя сильным и достойным почтения, не представляя, откуда оно берется.

Принимает ли сценер в них участие? Каждому свое. Главное, что остается, — труды, а не коллективные тусовки. Сцена является абстрактным сообществом: идеи и так порхают в воздухе, вопрос в том, с кем вместе ты им дышишь.

Считается, что выдающийся дореволюционный процессуалист К. И. Малышев «был очень нелюдим, сидел всегда дома, работая с утра и до поздней ночи».¹⁸ Неизвестно, насколько достоверна данная информация, но никто не подвергает сомнению значимость созданных им произведений.

Сценер сам выбирает степень вовлеченности в «общественно-процессуальную» жизнь. Ведь лица, занимающиеся гражданским процессом, кроме собственно предмета, имеют мало общего и различны по своим психологическим характеристикам.

8. Совместимость с жизнью

Мортен Бьоркман: «Позже 1985 г. выпускалось все больше и больше отдельных похожих на *demo* вещей, однако это делалось обычно людьми, желающими установить новые связи/знакомства (для обмена ломаными

¹⁷ DEMO. DESIGN. FAQ (Frequently Asked Questions). Release 10. Глоссарий // <http://faqs.org.ru/progr/graph/dedesign1.htm>.

¹⁸ О выдающихся представителях российской науки гражданского процессуального права // Гражданский процесс. Хрестоматия. 2-е изд. / под ред. М. К. Треушникова. М., 2005. С. 29.

грушками). Так было до тех пор, пока парни типа «1001 Crew» не стали делать это, чтобы впечатлить других, *просто ради развлечения*.¹⁹

Процессуальный сценер не занимается наукой для потехи, удовлетворения амбиций или обслуживания ведомственных интересов. Он живет в реальном мире и оценивает реальность.

Человек, вовлеченный в практику и теоретически подкованный, уже не может не замечать, что часто книги или статьи не имеют никакого отношения к действительности. Это всего лишь процессуальные фантазии **лиц их сочинивших**.

Создавая, сценер всегда представляет себе последствия. Как то или иное предложение повлияет на судопроизводство, если по мановению волшебной палочки его имплементируют в закон? Что выигрывает гражданский процесс? Важен ли для науки новый труд?

То, что во множестве современных исследований содержание не имеет подлинного значения, четко показывает на вытеснение из сознания юристов вопроса о смысле деятельности и его замещение на некие эфемерные преимущества — лишнюю публикацию, ученую степень, внешнее признание. Особенно грешат такими вещами в непродуманных предложениях, включаемых в диссертации в качестве законодательных новелл.

Если кто-то полагает, что после защиты такого «продукта» или публикации десяти статей для него (нее) откроются невиданные и неизведанные доселе мифические пути, а экзотические девушки (юноши) со сверкающими улыбками начнут падать ниц, его (ее) ждет большой сюрприз. Можно вскарабкаться на самый верх, но там не окажется ничего.

Поэтому сценер всегда определяет цели, ради которых он включается в работу.

Он находится в гражданском процессе для того, чтобы способствовать улучшению отправления правосудия: указывать на ошибки до тех пор, пока их не исправят, критиковать незаконную практику, искать в законах и жизни то полезное, что еще не закреплено.

И старается оставить неизгладимое впечатление в памяти людей, тем самым помогая «вложиться» в сцену им самим.

Есть ли иные принципы процессуальной сцены? Наверное, да. У каждого они свои и называются по-разному, но вместе они едины и образуют каркас, на котором сцена держится.

И новый сценер привносит туда себя.

Уникального.

Создать нечто достойное приза на сегодняшней процессуальной сцене — дело не такое простое. И пьедестал занят. Неважно, кем именно.

Но обмануть сцену еще никому не удавалось.

И я приглашаю вас присоединиться к тем, кто уже здесь.

Добро пожаловать на сцену — самое красивое, что есть в гражданском процессе.

¹⁹ DEMO. DESIGN. FAQ (Frequently Asked Questions). Release 10. Часть 0 (курсив мой. — И. М.).

CONTENTS

M. N. Marchenko Philosophy of Law and General Theory of Law: Correlation and Interconnection • *E. G. Lukiyanova* Strictness of Law Should Be Preferred to Deceptive Mildness of Discretion. *I. L. Chestnov* Legal Entity: from Classical to Post-Classical Paradigm. *M. Yu. Osipov* On the Correlation of Legal Regulation and Law-Making. *M. L. Davydova* Symbols in Law and Legal Symbols: Notion and Meaning. *N. A. Ovchinnikova* Ontological Bases of Law and Morality in the Conception of E. N. Trubetskoy and Modern Theory of Law • *A. E. Korobov*, *E. B. Khokhlov* Violation of Law as the Basis for Legal Responsibility. *S. M. Olenikov* Problems of Definition of an Object of Crimes against National and Racial Equality • *T. A. Alexeeva* The Spanish Revolution of 1812 and Decembrists • *O. A. Nogina* Tax Procedures as Components of Tax Process. *M. V. Kustova* Proceedings in Property Tax Offences in the System of Tax Procedures. *M. N. Kudilinsky* Administrative Procedures of Placing a State Order. *E. V. Gritsenko* Administrative Procedures of Organizing Service Rendering in the Countries of the European Union: Problems of Implementation of the Directive Concerning Services in National Law (by example of Germany). *V. Yu. Sinyugin* Perfection of Administrative-legal Department Reforming in the Russian Federation • *N. N. Voznesenskaya* Legal Entities in International Private Law in Russia and the EC • *S. A. Golubok* Legal Positions of European Court of Human Rights Concerning the Right to Free Election. *G. V. Grigoryan* Significance of Decisions of European Court of Human Rights in Russian Law Enforcement Practice and Effective Internal Means of Legal Defense • *A. M. Ibragimov* The Notion, System and Significance of Guarantees in Modern International Law • *S. Normand* The Notion of Modality of Proprietorship • *Yu. V. Baigusheva* Marriage Contract • *I. R. Medvedev* On a Procedural Scene: Essay.