

01/09

ISSN 0131-8039

ИЗВЕСТИЯ
ВЫСШИХ
УЧЕБНЫХ
ЗАВЕДЕНИЙ

Право ведение

1

2009

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

ПРАВОВЕДЕНИЕ

2009

НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ
ОСНОВАН В ОКТЯБРЕ 1957 г.

1 (282)

ПЕЧАТНЫЙ ОРГАН УМО ПО ЮРИДИЧЕСКОМУ ОБРАЗОВАНИЮ ВУЗОВ РФ



УНИВЕРСИТЕТСКИЙ
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ

ЮРИДИЧЕСКАЯ КНИГА

ПРЕДИСЛОВИЕ
ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

МАТЕРИАЛ НОМЕРА

ЧЕРНИЧЕНКО С. В.
МОСКВАВОПРОС О СООТНОШЕНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО
И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА
КАК ПРАВОВЫХ СИСТЕМ (РАЗМЫШЛЕНИЯ
ПО ПОВОДУ НЕКОТОРЫХ КНИГ КОЛЛЕГ)

6

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

МЕЖДУНАРОДНЫЕ КОНФЛИКТЫ

ИВАНЕНКО В. С.,
КОНОНОВА К. О.
С.-ПЕТЕРБУРГСАНКЦИОННЫЕ РЕЗОЛЮЦИИ СОВЕТА
БЕЗОПАСНОСТИ ООН И ИХ ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ
В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ РОССИИ

35

ГЛотова С. В.
МОСКВАСОТРУДНИЧЕСТВО ГОСУДАРСТВ
С МЕЖДУНАРОДНЫМ УГОЛОВНЫМ СУДОМ

48

МАРУСИН И. С.
С.-ПЕТЕРБУРГМЕЖДУНАРОДНЫЕ УГОЛОВНЫЕ СУДЫ И ЗНАЧЕНИЕ
ИХ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ДЛЯ УРЕГУЛИРОВАНИЯ
ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ

67

САЛАГАЙ О. О.
МОСКВАВООРУЖЕННЫЕ КОНФЛИКТЫ И ЗДОРОВЬЕ
ЧЕЛОВЕКА: ВОПРОСЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

75

ТЕОРИЯ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА

ИЛЬИН А. В.
С.-ПЕТЕРБУРГ

К ПОНЯТИЮ ПРАВ НА УСЛУГИ ГОСУДАРСТВА

85

МЕСТНОЕ УПРАВЛЕНИЕ
И САМОУПРАВЛЕНИЕКОРСАКОВА С. В.
РОСТОВ-НА-ДОНУ
МАЛЬКО А. В.
САРАТОВМУНИЦИПАЛЬНО-ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА:
СУЩНОСТЬ, ПРИНЦИПЫ, ПРИОРИТЕТЫ

92

ПЕРФИЛЬЕВА Н. С.
МОСКВАРЕФОРМЫ ФИНАНСОВОЙ СИСТЕМЫ
МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ
В КОНЦЕ XX — НАЧАЛЕ XXI В.

106

УГОЛОВНОЕ ПРАВО
И КРИМИНОЛОГИЯТУРИШЕВА Н. Ю.
КРАСНОДАРОБЪЕКТ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ИЗБИРАТЕЛЬНЫХ
ПРАВ И ПРАВА НА УЧАСТИЕ В РЕФЕРЕНДУМЕ:
НОВЫЙ ВЗГЛЯД

113

БУРЛАКОВ В. Н.
С.-ПЕТЕРБУРГСЛОЖНЫЕ ВОПРОСЫ КВАЛИФИКАЦИИ
ТРАНСПОРТНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

121

ШИХАНОВ В. Н.
ИРКУТСКСТРУКТУРНО-ФУНКЦИОНАЛЬНЫЙ ПОДХОД
В РАЗРАБОТКЕ КРИМИНОЛОГИЧЕСКОГО
ПОНЯТИЯ «УЛИЦА»

130

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

НОВИКОВ С. А.
С.-ПЕТЕРБУРГ«Я — ВИНОВЕН!»: ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ
ЗНАЧЕНИЕ СОБСТВЕННОГО ПРИЗНАНИЯ ВИНЫ
В СОВРЕМЕННОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РОССИИ

141

ГЛУХОВ Д. В.
С.-ПЕТЕРБУРГОСОБЫЙ ПОРЯДОК СУДЕБНОГО
РАЗБИРАТЕЛЬСТВА — ДИФФЕРЕНЦИРОВАННАЯ
ФОРМА ОБЩЕГО ПОРЯДКА

158

ГРАЖДАНСКИЙ
И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСССВИРИДОВ Ю. К.
С.-ПЕТЕРБУРГПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДЕЛ, ВОЗНИКАЮЩИХ
ИЗ ПУБЛИЧНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

167

СОДЕРЖАНИЕ**НОМЕРА****ЧАСТНОЕ ПРАВО****ЗАЩИТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ**

БАВИЛИН Е. В.
САРАТОВ

ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ 174

ДОГОВОРНОЕ ПРАВО

БОНДАРЕНКО С. С.
БЕЛГОРОД

ПРЕДВИДИМОЕ НАРУШЕНИЕ ДОГОВОРА 179

ИГБАЕВА Г. Р.
С.-ПЕТЕРБУРГ

ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ СТРАХОВАНИЕ
КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ
СТРАХОВАТЕЛЕЙ И ТРЕТЬИХ ЛИЦ 194

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА**СОВРЕМЕННАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА**

РЫБАКОВ О. Ю.
САРАТОВ

СОЦИАЛЬНОЕ СОГЛАСИЕ В РОССИИ:
ВОЗМОЖНОСТИ ЛИЧНОСТИ И ГОСУДАРСТВА 202

ВАРЛАМОВА Н. В.
МОСКВА

ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ:
ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЕ КОНЦЕПЦИИ 212

ИСТОРИЯ**ОТЕЧЕСТВЕННОГО ПРАВА**

РЫБАЛОВ А. О.
С.-ПЕТЕРБУРГ

ПОЯВЛЕНИЕ СВОЙСТВА СЛЕДОВАНИЯ ЗАЛОГА
В РУССКОМ ПРАВЕ 233

ACADEMIA**ЛЕКЦИИ**

АЛЕКСАНДРОВА С. П.
С.-ПЕТЕРБУРГ

УТВЕРЖДЕНИЕ В АНГЛИИ ФОРМЫ ПРАВЛЕНИЯ
В ВИДЕ ДУАЛИСТИЧЕСКОЙ МОНАРХИИ
В РЕЗУЛЬТАТЕ «СЛАВНОЙ РЕВОЛЮЦИИ» 1688 г. 239

ДИССЕРТАЦИИ

ЖИВИХИНА И. Б.
НИЖ. НОВГОРОД

ПИСЬМО В РЕДАКЦИЮ 245

ВІВІОГРАФІА

АВЕРИН А. В.
ВЛАДИМИР

СКУРКО Е. В. ПРИНЦИПЫ ПРАВА
В СОВРЕМЕННОМ НОРМАТИВНОМ
ПРАВООПОНИМАНИИ 247

ШАХМАМЕТЬЕВ А. А.

ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ.
АЛЬМАНАХ. 2008. ВЫП. 1 250

ВОЛКОВА С. В., ИЛЬИН А. В.,
МАЛЬШЕВА Н. И.
С.-ПЕТЕРБУРГ

ПРИНЦИПЫ ПРАВА.
МАТЕРИАЛЫ ВСЕРОССИЙСКОЙ
НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ 252

PERSONALIA

ЮБИЛЕЙ ДЖЕНЕВРЫ ИГОРЕВНЫ ЛУКОВСКОЙ 263
70-ЛЕТИЕ ВАЛЕРИЯ АБРАМОВИЧА МУСИНА 265
ЮБИЛЕЙ РУМАНА ХАРОНОВИЧА МАКУЕВА 266

Уважаемые читатели!

Впервые за многие годы очередной выпуск журнала «Правоведение» открывается блоком статей, посвященных международно-правовой проблематике.

Материалом номера избрана статья директора Центра международного права и гуманитарных проблем Института актуальных международных проблем Дипломатической академии МИД России С. В. Черныченко. В статье, которая представляет прекрасный образец академической полемики, трактуется вопрос о соотношении международного и внутригосударственного права как правовых систем. Публикация данного материала, помимо прочего, знаменует рождение новой рубрики «Актуальные проблемы международного права», которую ведет член редколлегии журнала «Правоведение» С. В. Бахин. В ближайших номерах увидят свет еще несколько первоклассных материалов, присланных отечественными и зарубежными юристами-международниками специально для этой рубрики.

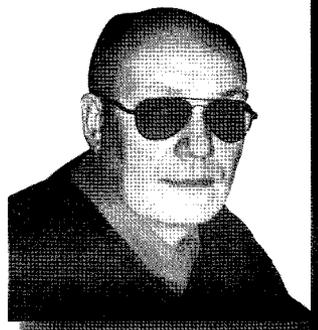
Статьи в следующей рубрике объединяет тема международных конфликтов. Сам замысел подобной рубрики родился в редакции под влиянием недавних событий на Кавказе, но публикуемые статьи лишены какой-либо конъюнктурности и посвящены таким вопросам, как источники международного права (В. С. Иваненко и К. О. Кононова), международные уголовные суды и внутригосударственная юстиция (С. В. Глотова и И. С. Марусин), а также гуманитарным аспектам международных конфликтов (О. О. Салагай).

В целом в номере преобладают проблемы публичного права.

Антон Валерьевич Ильин развивает новый взгляд на природу социальных и культурных прав, рассматривая их в аспекте субъективных публичных прав граждан РФ.

А. В. Малько в соавторстве с С. В. Корсаковой исследует сущность, принципы и приоритеты муниципально-правовой политики как одного из важных средств модернизации современного российского общества. В этом отношении интересный материал для размышлений способна предоставить статья Н. С. Перфильевой, в которой нашли освещение реформы финансовой системы местного управления в Великобритании в последние десятилетия.

Среди трех статей рубрики «Уголовное право и криминология» особой рекомендацией заслуживает исследование В. Н. Бурлакова, в котором, в частности, проведен многосторонний анализ недавнего Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения». Думается, что выводы профессора Бурлакова представляют интерес для всех наших читателей, независимо от научной специализации.



Ильин
Андрей Витальевич
Главный редактор

Различным вопросам процессуального права в данном номере также посвящены три статьи, каждая из которых предлагает оригинальные трактовки и решения важных вопросов судебного разбирательства. Вместе с тем несомненный лидер в этой группе материалов — исследование С. А. Новикова, отличающееся яркой формой и глубиной изучения такого явления в современном уголовном процессе России, как собственное признание вины.

Сравнительно невелик частноправовой раздел, что связано с малым количеством качественных материалов по гражданскому, торговому и семейному праву в редакционном портфеле. Мы предпринимаем усилия, чтобы исправить ситуацию, и уже в ближайших номерах увидит свет обширная подборка статей по частному праву. Однако и публикуемые в первом номере цивилистические статьи найдут заинтересованного читателя. Поручкой тому прежде всего актуальность рассматриваемых проблем защиты гражданских прав (Е. В. Вавилин), предвидимого нарушения договора (С. С. Бондаренко) и обязательного страхования (Г. Р. Игбаева). Причем статья молодого белгородского ученого Сергея Бондаренко выделяется анализом не только отечественной, но и международной и западной правоприменительной практики.

Тематически с материалами по частному праву перекликается письмо в редакцию, в котором И. Б. Живихина полемизирует с ранее опубликованным отзывом В. В. Грачева на ее диссертацию. Публикацией этой заметки редакция, с одной стороны, вновь подтверждает свою неангажированность в научных спорах, а с другой — демонстрирует незатухающий интерес к самой проблематике защиты диссертационных работ, прежде всего их качества.

Кроме того, исторический «срез» одной из проблем гражданского права представлен в статье А. О. Рыбалова, которая посвящена появлению свойства следования залога в праве Московского государства XVI—XVII вв.

Теоретико-правовой блок материалов открывает статья члена редколлегии нашего журнала О. Ю. Рыбакова «Социальное согласие в России: возможности личности и государства»; автор отстаивает ценность идеологемы социальной солидарности, отсутствие которой усиливает социальную напряженность и инициирует процессы дезинтеграции в обществе. Кроме того, читателям следует рекомендовать фундаментальное исследование Н. В. Варламовой, представляющее во многом новый взгляд на проблему эффективности правового регулирования, а также материалы библиографического характера, посвященные двум новым книгам о принципах права.

В рубрику «Лекции» редакция поместила статью С. П. Александровой о становлении дуалистической монархии в Англии, поскольку ее отличает поистине дидактическая четкость формулировок и обоснование на новом материале устоявшейся научной концепции.

В завершении номера достоянием читателей станут добрые слова коллег и учеников, высказанные по случаю юбилеев члена редколлегии нашего журнала, заведующей кафедрой теории и истории государства и права СПбГУ Д. И. Луковской, члена-корреспондента РАН В. А. Мусина, заведующего кафедрой теории и истории государства и права Орловской региональной академии государственной службы Р. Х. Макуева.

От редакции: В ближайшее время в Издательстве юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета выходит в свет книга «Перспективы развития правового регулирования международных отношений в XXI веке. Материалы конференции 18–19 октября 2007 г.». Конференция, прошедшая в Санкт-Петербурге в конце 2007 г., была посвящена юбилею Заслуженного деятеля науки Российской Федерации, доктора юридических наук, профессора юридического факультета СПбГУ Людмилы Никифоровны Галенской. На конференции, в которой приняли участие ведущие российские ученые в области международного публичного и частного права, речь шла, главным образом, о том, что ждет международно-правовую науку и практику в обозримой перспективе. Желая представить читателям готовящийся к изданию сборник, редакция сочла возможным опубликовать один из включенных в него материалов — статью Заслуженного деятеля науки Российской Федерации, доктора юридических наук, профессора, директора Центра международного права и гуманитарных проблем Института актуальных международных проблем Дипломатической академии МИД России С. В. Черниченко. Станислав Валентинович, являющийся одним из крупнейших специалистов в сфере международного права, не нуждается в особом представлении. Думается, что его размышления о соотношении международной и внутригосударственной правовых систем будут интересны не только юристам-международникам, но и тем, кого интересуют вопросы теории права, актуальные правовые проблемы.

С наилучшими пожеланиями,
Бахин С.В.

ВОПРОС О СООТНОШЕНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА КАК ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

(Размышления по поводу некоторых книг коллег)

С. В. ЧЕРНИЧЕНКО



Черниченко
Станислав Валентинович

Ряд появившихся в отечественной международно-правовой литературе исследований, заслуживающих пристального внимания, побуждает обратиться к вопросу о том, что представляет собой соотношение международного и внутригосударственного права именно как правовых систем. Судя по соответствующим публикациям, это не то же самое, что просто соотношение международного и внутригосударственного права.

В зарубежных работах по международному праву можно встретить высказывания, которые не позволяют четко увидеть разницу между международным правом как таковым

и международной правовой системой.¹ Российские юристы-международники вслед за теоретиками права понятие международной правовой системы, как и правовой системы вообще, склонны толковать расширительно. Обычно они включают в это понятие не только нормы международного права, но и другие правовые явления. Такая точка зрения получила широкое распространение. Проблема заключается в том, что среди них нет единства мнений по указанному вопросу. Более того, их позиции иногда значительно отличаются друг от друга. Роднит их одно: все они признают, что в основе международной правовой системы находятся нормы международного права.

Для иллюстрации сказанного сошлемся на высказывания некоторых авторов. Так, С. Ю. Марочкин считает: если вести речь о правовой системе, эта проблема «выглядит объемнее, чем просто соотношение и взаимодействие национального права и МП, о чем писали и дискутировали ранее. Само право, его система — основополагающее начало правовой системы, но именно начало. Правовая система гораздо шире, она охватывает все правовые стороны жизни. Такой подход к правовой системе, выработанный в общей теории, — характеристика ее как “всего правового” — в принципе, пригоден и к международно-правовой системе» (здесь и далее в цитатах: МП — международное право. — *Ред.*).²

Характеризуя особенности международно-правовой системы, С. Ю. Марочкин отмечает все ее основные компоненты и вместе с тем говорит о том, что входит в понятие правовой системы вообще: право как система норм, юридическая практика и правосознание, доктрина, идеология.³ По С. Ю. Марочкину, правовая система России «представляется как комплекс всех явлений правовой действительности — не только внутригосударственных, но и связанных с МП. Она включает правовые нормы, действующие в стране (право РФ, а также нормы МП и иностранного права с санкции государства); правовую деятельность (деятельность всех органов, учреждений и иных субъектов по созданию и/или реализации действующих в стране правовых норм) и правовые идеи, представления, теории, взгляды, доктрины (правосознание в широком смысле)».⁴

В. В. Гаврилов подчеркивает: «...несмотря на отсутствие однородности во взглядах теоретиков права на состав и содержание компонентов правовой системы, никто из них не подвергает сомнению тезис о том, что правовая система формируется применительно к праву, выступающему для нее в качестве системообразующего фактора».⁵ Национальную правовую систему он определяет как «характерную для данного государства целостную совокупность действующих на его территории правовых норм, а также юридических органов, учреждений, организаций и правовой

¹ The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. New York, 2004 (*Buchanan A., Golove D.* Philosophy of International Law. Chapter 21). P. 868–934.

² *Марочкин С. Ю.* Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. Тюмень, 1998. С. 13.

³ Там же. С. 13–18.

⁴ Там же. С. 31.

⁵ *Гаврилов В. В.* Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. Владивосток, 2005. С. 49.

идеологии, обеспечивающих в процессе юридической практики, опосредованной правовой психологией, урегулирование общественных отношений в соответствии с объективными закономерностями развития общества».⁶

Международную правовую систему он представляет себе «как целостную совокупность международных правовых норм, органов и организаций, а также международно-правового сознания, обеспечивающих в процессе юридической практики урегулирование выходящих за пределы внутренней компетенции государств общественных отношений, возникающих между субъектами мирового сообщества».⁷ Как и С. Ю. Марочкин, В. В. Гаврилов полагает, что есть международно-правовые нормы, имеющие прямое действие «во внутригосударственной сфере»⁸ (правильнее было бы сказать — в сфере внутригосударственных отношений).

Б. Л. Зимненко, рассматривая понятие правовой системы, соглашается с определением, которое было дано С. Ю. Марочкиным. Он вместе с тем проявляет интерес не столько к понятию международно-правовой системы, сколько к вопросу о том, становятся ли нормы международного права частью правовой системы России и частью российского права.⁹

Л. П. Ануфриева обращает внимание на необходимость дифференциации понятий «система права» и «правовая система», но не предлагает своего определения понятия международной правовой системы. Она лишь присоединяется к мнению о том, что правосознание не следует включать в понятие правовой системы и что понятие правовой системы шире, объемнее понятия собственно права как совокупности норм (позитивного права).¹⁰

Приведенные примеры лишь малая часть точек зрения по данному вопросу. В тех работах, которые упомянуты выше, подробно анализируются многие из соответствующих исследований, сопоставляются взгляды ряда авторов. Они обобщают накопленный материал, и повторять сказанное не имеет смысла. Они дают достаточную пищу для размышлений. Некоторые аргументы в особенности требуют комментариев, тем более что они «кочуют» из одной работы в другую.

Очевидно, что вопрос о соотношении международного права и внутригосударственного права и вопрос о соотношении международно-правовой и внутригосударственной правовой систем неразрывно связаны друг с другом. Не может быть взаимодействия между международно-правовой и внутригосударственной правовыми системами вне международного и внутригосударственного права. Однако иногда создается впечатление, что не все авторы так думают. В связи с этим возникает вопрос, какой термин лучше передает суть взаимного положения международного и внутригосударственного права. Б. Л. Зимненко справедливо указывает,

⁶ Там же. С. 56.

⁷ Там же. С. 69–70.

⁸ Там же. С. 96.

⁹ *Зимненко Б. Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации. М., 2006. С. 181.

¹⁰ *Ануфриева Л. П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М., 2002. С. 110–111.

что выражение «взаимодействие» более точно характеризует соотношение международного и внутригосударственного права.¹¹ Но и слово «соотношение» не будет ошибкой. Их взаимодействие не всегда было настолько заметным, чтобы непременно отдавать предпочтение термину «взаимодействие». В любом случае это, скорее, терминологическая проблема.

Гораздо более важной является проблема, что понимать под правовой системой (международноправовой и внутригосударственной). Вряд ли в нее должно включаться правосознание, о каком бы его виде ни шла речь. Это не компонент правовой системы, а, скорее, питательный, исходный материал правовой системы, так сказать, предсистема. Правосознание может так и остаться правосознанием, не послужить основой для создания норм права. Правовая система имеет внешнее выражение, она начинается там, где существуют нормы. Здесь, впрочем, можно согласиться с С. Ю. Марочкиным: само право — основополагающее начало правовой системы. Но в высшей степени дискуссионным выглядит его утверждение о том, что правовая система — это «все правовое», все явления правовой действительности. Зачем тогда нужно понятие правовой системы? Достаточно понятия правовой действительности. Не стоит множить понятия, имеющие одно и то же значение.

Что касается правосознания, то, конечно, его тоже можно назвать системой — системой взглядов, представлений о праве. Но это довольно аморфная система, которая к тому же имеет главным образом не внешнее, а «внутреннее» выражение (психологического — эмоционального и интеллектуального плана). Непонятно также, почему С. Ю. Марочкин отделяет правосознание от правовой идеологии и доктрины. К тому же сам он рассматривает правосознание в широком смысле, относя к нему и доктрину, и теорию, и взгляды. Но это не правосознание в широком смысле, а виды правосознания.

Право как система норм без правосознания мертво. Однако это не значит, что правосознание — часть права. Правосознание не является и частью правовой системы. Оно как таковое не имеет нормативной основы, иначе надо будет признать, что в принципе правовая система возможна без права. Правосознание, вероятно, не входит в правовую систему и при осуществлении права (т. е. в процессе правоприменения). Без правосознания не может быть уяснения правовых норм. Оно присутствует на любой стадии осуществления права.

Если мы употребляем выражение «правовая система» в смысле, не равнозначном праву, а в более широком значении, то мы имеем в виду то, как преломляется право в процессе его осуществления, особенности такого преломления, а не роль правосознания в его преломлении. Это требует дополнительных комментариев (к которым мы вернемся ниже).

Вызывает возражение и утверждение о том, что в правовую систему должны быть включены органы, учреждения и организации.¹² Они никак

¹¹ Зимненко Б. Л. Международное право и правовая система Российской Федерации. С. 16–17.

¹² Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 53, 69–70.

не могут быть включены в правовую систему, если основой этой системы являются правовые нормы. Органы и учреждения государства не могут быть правовыми нормами, если только не считать, что они сами тоже нормы. Они участвуют в разработке, принятии и/или применении правовых норм, но сами они к ним не относятся. Они — явления иного порядка, нежели правовая система.

Впрочем, может быть и другое представление о правовой системе. Под ней действительно можно понимать и систему органов, учреждений, государств и т. д., так или иначе причастных к разработке, принятию и применению правовых норм. Было бы, по-видимому, неправильным смешивать два разных значения правовой системы. Последнее значение напрямую не связано с проблемой взаимодействия международного и внутригосударственного права.

Не оспаривая возможности придерживаться любых взглядов по указанной проблеме, следует отметить, что те авторы, мнения которых приводились, как и другие юристы-международники, занимают различные позиции по вопросу о соотношении международного и внутригосударственного права, как и по вопросу о соотношении международно-правовой и внутригосударственной правовых систем.

И С. Ю. Марочкин, и В. В. Гаврилов считают, что нормы международного права могут действовать как регуляторы внутригосударственных отношений. С. Ю. Марочкин приходит к следующему выводу: «...нормы МП, являясь частью правовой системы России, не становятся нормами внутреннего права; источники МП в правовой системе РФ выполняют роль не источников внутреннего права, а источников определенной части действующих в стране правовых норм (в данном случае международных)».¹³

В. В. Гаврилов, рассматривая отсылку к международному праву, говорит о том, что она может быть осуществлена в материальном и в формальном виде. Во втором случае она, по его мнению, «напрямую участвует в формировании и регулировании отношений, являющихся предметом национального права».¹⁴ Не очень убедительно деление отсылки на материальную и формальную. В первом случае имеется в виду заимствование международно-правовой нормы с частичным изменением ее содержания, а также адресатов, т. е. рецепция. Сомнительно, что это можно вообще назвать отсылкой. Рецепция в этой ситуации — воспроизведение частичного словесного выражения международно-правовой нормы, а не ее природы, в качестве нормы внутригосударственного права (например, в законодательном акте). Во втором случае международно-правовая норма, якобы «не изменяя своей природы, применяется внутригосударственными органами непосредственно».¹⁵ В. В. Гаврилов делает такой же вывод, как и С. Ю. Марочкин: нет достаточного основания «для принципиального

¹³ *Марочкин С. Ю.* Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. С. 71.

¹⁴ *Гаврилов В. В.* Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 149.

¹⁵ Там же.

заявления о невозможности непосредственного регулирующего воздействия международных правовых норм на поведение субъектов национального права». ¹⁶ Он продолжает: «...международные правовые акты и обычаи способны выступать в качестве источников норм, непосредственно регулирующих отношения между национально-правовыми субъектами различных государств или даже одной страны в тех случаях, когда это санкционировано соответствующим государством». ¹⁷

Б. Л. Зимненко, в отличие от С. Ю. Марочкина и В. В. Гаврилова, указывает, что нормы международного права не «становятся частью правовой системы и, тем более, частью внутригосударственного права». ¹⁸ Л. П. Ануфриева также определенно высказывается о том, что объектом регулирования в международном праве являются межгосударственные отношения, которые внутригосударственным правом регулироваться не могут, а международно-правовые нормы не приспособлены для регулирования отношений, характерных для внутригосударственного права. ¹⁹ В связи с этим уместно привести ее мнение относительно споров, ведущихся по данному вопросу: «...странными выглядят сегодня мнения некоторых российских юристов, основанные на взглядах западных ученых, которые полагают, что научный спор о соотношении международного и национального права, особенно ведущийся в ракурсе противоборства двух течений — дуализма и монизма, — в настоящее время теряет свое значение или сводится к юридической схоластике. Предлагаемые правовой наукой Запада “замещающие” нормы на самом деле исходят как из одного, так и другого из рассмотренных направлений и, по существу, развивают тот или иной инструментарий». ²⁰

Несмотря на известную резкость суждения Л. П. Ануфриевой, по сути оно верно. Точки зрения и С. Ю. Марочкина, и В. В. Гаврилова представляют собой разновидность монизма независимо от того, как они сами на это смотрят. С. Ю. Марочкин полагает, что есть достаточная основа для того, чтобы заглушить теоретические споры между несоместимыми, на первый взгляд, течениями «трансформации» международного права и его «непосредственного действия», ²¹ т. е. дуализма и монизма.

Согласно В. В. Гаврилову теория имплементации (осуществления, претворения в жизнь), как он ее понимает, гораздо более точно определяет механизм действия международно-правовых норм в рамках национальных правовых систем, чем другие теории. По его словам, «в соответствии с теорией имплементации итогом согласования становится не преобразование норм международного права в национальные правовые нормы, не объявление их частью внутреннего права, а наделение первых

¹⁶ Там же. С. 144.

¹⁷ Там же. С. 145.

¹⁸ *Зимненко Б. Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации. С. 181.

¹⁹ *Ануфриева Л. П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. С. 324.

²⁰ Там же. С. 331–332.

²¹ *Марочкин С. Ю.* Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. С. 33.

способностью действовать в своем собственном качестве в правовой системе соответствующего государства с санкции и при помощи вторых».²²

Монизм С. Ю. Марочкина и В. В. Гаврилова заключается в том, что они признают возможность прямого действия норм международного права в сфере регулирования внутригосударственных отношений, и это главное, хотя они видят разницу между природой норм международного и внутригосударственного права. В конце концов, не столь важно, к какому направлению относить их взгляды. Важно существо таких взглядов.

Б. Л. Зимненко явно разделяет точку зрения, согласно которой международное право регулирует межгосударственные отношения, а внутригосударственное — внутригосударственные и международные немежгосударственные отношения, т. е., бесспорно, принадлежит к «стану» дуалистов. В то же время он выдвигает концепцию комплексных норм, с которой можно поспорить. Он утверждает: «Норма международного права находит свое закрепление в источниках международного права, норма внутригосударственного права закрепляется в источниках национального права, в свою очередь комплексная норма имеет формой своего существования одновременно как источники международного, так и внутригосударственного права. Представляется, что такой симбиоз объективно не позволяет включать комплексные нормы ни в систему международного, ни в систему внутригосударственного права, однако обуславливает включение этих норм именно в правовую систему государства».²³

Напрашивается вопрос, куда тогда следует относить комплексные нормы? Может быть, в какую-то третью систему? Но это противоречит дуализму Б. Л. Зимненко. Решение вопроса он видит в том, что в систему права страны или в ее правовую систему «включаются уже не нормы международного права, а отдельные положения, содержащиеся в этих нормах. Для того чтобы нормы международного права вошли в национальную правовую систему, такие нормы должны быть способны регулировать отношения, возникающие между субъектами внутригосударственного права. Но это объективно не может произойти, даже если все государства выразят свою волю. ... В правовую систему России вошли не нормы международного права, а источники международного права, получившие возможность с санкции государства непосредственно действовать в пределах внутригосударственных отношений. ... объективно можно вести речь о процедуре включения в правовую систему соответствующих международно-правовых положений, формой существования которых являются источники международного права, и, как следствие, возникновение в рамках правовой системы комплексных норм».²⁴ Таким образом, в правовую систему государства входят не международно-правовые, а комплексные нормы и источники международного права, содержащие положения, вошедшие в состав комплексной нормы.

²² Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 155.

²³ Зимненко Б. Л. Международное право и правовая система Российской Федерации. С. 184.

²⁴ Там же. С. 182.

Прежде всего, не слишком ясно, что такое «комплексные нормы». Если это нормы, состоящие частично из международно-правовых и частично из внутригосударственных норм, то они должны частично относиться к международному праву и частично к внутригосударственному. В таком случае данные нормы следовало бы включать частично в систему международного права и частично в систему внутригосударственного права. Но, придерживаясь логики Б. Л. Зимненко, мы не можем считать, что подобные «смешанные» нормы существуют. Если иметь в виду не нормы международного и внутригосударственного права, а отдельные положения, которые закрепляются в источниках международного права, то они являются формулировками части таких норм, их словесным выражением.

Б. Л. Зимненко верно заметил, что международно-правовые положения не равнозначны нормам международного права. Если, тем не менее, это словесное выражение какой-либо нормы международного права, то оно является частью ее содержания и способно регулировать в сочетании с другими элементами ее содержания, расположенными в других источниках международного права, межгосударственные отношения, и только их. Отдельные положения — еще не нормы в целом и поэтому не могут регулировать такие отношения (как и любые другие отношения). Если эти положения рассматривать как форму, а не как содержание международно-правовой нормы, то они представляют собой источник (или часть источника) международного права, в котором наряду с другими источниками воплощена норма международного права, а не какая-то комплексная норма. И регулировать она может опять-таки только межгосударственные отношения. Кроме того, источник международного права (как и источник права вообще) не существует сам по себе. Если комплексная норма имеет своими источниками одновременно международно-правовые и внутригосударственные источники, это не единая норма, а комбинация той или иной нормы международного права и той или иной нормы внутригосударственного права. Следовательно, каждая из них входит в соответствующую систему права и в соответствующую правовую систему.

Выдвигая тезис о том, что комплексная норма не входит ни в систему международного права, ни в систему внутригосударственного права, Б. Л. Зимненко допускает ее вхождение во внутригосударственную *правовую* систему и включение в такую систему отдельных международно-правовых положений, имеющих своими источниками источники и международного, и внутригосударственного права, и тем самым допускает существование источников международного и внутригосударственного права в отрыве от норм международного и внутригосударственного права. Получается, что в правовую систему России входят, «непосредственно действуют» и источники международного права, которые являются уже не источниками международного права, а источниками комплексных норм. Формой существования последних являются тогда не источники международного права, а источники и международного, и внутригосударственного права. Следовательно, источники международного права перестают быть такими, или же придется признать, что источники международного права

существуют независимо от содержания, которое они выражают, так как их содержание более не составляют нормы международного права или часть таких норм, а туманные комплексные нормы. К этому надо добавить, что источники права сами по себе не действуют, а действуют нормы, содержащиеся в таких источниках.

Теоретическая конструкция, предложенная Б. Л. Зимненко, имеет целью доказать каким-либо путем, что нормы международного права, продолжая регулировать межгосударственные отношения, находят дорогу во внутригосударственную правовую систему через комплексную норму в случае отсылки к международному праву. Данная комплексная норма якобы свидетельствует о том, что *правила* международного договора (на которые ссылаются) — это не норма международного права, а одно из положений, формирующих структуру комплексной нормы, вводящей *положения* норм международного права в правовую систему страны, но не во внутригосударственное право. В то же время Б. Л. Зимненко признает, что комплексная норма, как и национально-правовая норма, регулирует внутригосударственные отношения.²⁵

Автор как будто остается на дуалистических позициях, подтверждая все время необоснованности позиции о возможности непосредственного действия норм международного права в сфере внутригосударственных отношений. Но он же защищает тезис о возникновении в рамках правовой системы государства (вследствие действия отсылочных норм) комплексных норм, формой существования которых являются источники как международного, так и внутригосударственного права. Вместе с тем Б. Л. Зимненко избегает говорить о том, что комплексная норма частично принадлежит к международному и частично — к внутригосударственному праву.

Ни один из примеров комплексных норм, приводимых Б. Л. Зимненко, не подтверждает существования такого феномена. Например, он ссылается на ст. 4 Соглашения между Россией и Арменией о регулировании процесса добровольного переселения от 29 августа 1997 г. Он перечисляет права переселенцев и членов их семей, которые им должна предоставить каждая из сторон, и обязанности, которые несет каждая из сторон. Когда соответствующее положение договора становится частью национальной правовой системы (*положение*, а не норма) и формирует состав комплексной нормы, оно якобы начинает регулировать внутригосударственные отношения, связывающие переселенцев и миграционные службы. Однако данное положение договора не предусматривает санкцию за невыполнение вытекающей из него обязанности миграционной службы.²⁶ В России такая санкция предусмотрена ст. 1069 ГК РФ.

Положение договора, на которое ссылается Б. Л. Зимненко, действительно не норма международного права. Но это часть нормы (или норм). В международных договорах обычно находят отражение лишь гипотеза и диспозиция правовых норм, а санкция носит абсолютно неопределенный характер и регламентируется международным обычаем. Норма международного права представляет собой единое целое, несмотря на то, что ее

²⁵ Там же. С. 96, 98, 100–101.

²⁶ Там же. С. 97–98.

словесное выражение, как правило, рассредоточено в *разных источниках международного права*. Она всегда регулирует межгосударственные отношения, и никакие ее словесные выражения не могут быть включены ни во внутригосударственное право, ни во внутригосударственную правовую систему.

Пример, который приводит Б. Л. Зимненко, свидетельствует не о включении конкретного положения во внутригосударственную правовую систему, а о появлении положения, внешне повторяющего договорное положение, но адресованного субъектам внутригосударственного права. В сочетании с формулировкой санкции, о которой идет речь, мы увидим полноценную формулировку нормы внутригосударственного права, которая обязана своим существованием указанному договору (точнее, его нормам). Комплексность здесь ни при чем. Как именовать в этом случае процесс «стыковки» норм международного и внутригосударственного права, внешняя часть которых одинакова, — в какой-то степени дело вкуса того или иного автора.

Любое другое объяснение может натолкнуть на выводы, которые покажутся еще более неприемлемыми для Б. Л. Зимненко. Так, можно было бы рассматривать включение договорного положения в национальную правовую систему как свидетельство непосредственного действия нормы международного права во внутригосударственной сфере, т. е. в духе монизма. Но это Б. Л. Зимненко отвергает, критикуя позиции некоторых других авторов. Он упрекает в непоследовательности Л. П. Ануфриеву, которая, придерживаясь дуализма, будто бы все же допускает использование международно-правовых норм во внутригосударственном масштабе при отсылке.²⁷ Такое утверждение явно порождено недоразумением. Можно возражать против тех или иных аргументов, выдвигаемых Л. П. Ануфриевой, но никакого монистического «уклона» она определенно не допускает. Об этом прямо сказано на той же странице ее работы, на которую ссылается Б. Л. Зимненко, формулируя свое замечание: «...международно-правовое предписание, будучи адресованным субъектам международного права, не предназначено для регулирования внутригосударственных отношений и, следовательно, не обладает способностью адресоваться иным участникам».²⁸

Можно было бы представить комплексную норму как «гибрид» международно-правовой и внутригосударственной норм. На первый взгляд, такое объяснение возможно, поскольку Б. Л. Зимненко, характеризуя комплексную норму, употребляет слово «симбиоз». С точки зрения простой логики это понять сложно. Придется вообразить, что отдельные положения такой нормы (скажем, гипотеза и диспозиция) регулируют межгосударственные отношения, а другие (например, санкция) — внутригосударственные. Однако не может быть нормы, часть которой адресована одним субъектам, а другая — совершенно иным. Составные элементы не складываются в единую норму. Такая «комплексная норма» будет выглядеть абсурдной, выстраиваясь по следующей схеме: при определенных

²⁷ Там же. С. 86–87.

²⁸ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. С. 350.

условиях данные субъекты должны вести себя установленным образом, иначе ответственность за поведение, противоречащее этому, будет нести не тот, на кого возложена обязанность вести себя указанным образом. Кажется очевидным, что в намерения Б. Л. Зимненко не входит такая интерпретация комплексной нормы. Концепция комплексной нормы, таким образом, остается неясной.

Поскольку затронут вопрос о структуре правовой нормы, нельзя пройти мимо одного замечания Л. П. Ануфриевой. Она усматривает парадоксальность в суждении о том, что, с одной стороны, норма международного права состоит в подавляющем большинстве случаев из гипотезы и диспозиции, но с другой — в международно-правовых актах (в отличие от многих внутригосударственных) формулируются, как правило, только гипотезы и диспозиции норм.²⁹ В работе, на которую ссылается Л. П. Ануфриева, нет противоречия. В ней сказано не о нормах международного права, которые состоят из гипотезы и диспозиции, а о формулировках международно-правовых актов, в которых отражены только гипотезы и диспозиции международно-правовых норм.³⁰ Что касается дискуссии о трехчленном и двухчленном строении правовых норм, это самостоятельная тема. К тому же аргументы Л. П. Ануфриевой не являются достаточно убедительными. В частности, так называемые программные нормы, если это действительно правовые нормы, обязательно содержат санкции. Просто их не всегда легко обнаружить. И не следует также отождествлять нормы, определяющие ответственность, с санкциями норм. Доводы в пользу трехчленного строения правовой нормы кажутся более весомыми, хотя, разумеется, каждый автор вправе придерживаться собственной точки зрения.

Вернемся к понятию правовой системы. Среди различных точек зрения предпочтение следует отдать той, согласно которой правовая система — это преломление права, рассматриваемого в качестве системы норм, в процессе его осуществления. Уместно отметить, что обычно забывают сказать об индивидуальных правовых установках — дозволениях, предписаниях и запретах, рассчитанных на однократное применение, не опирающихся на нормативную основу, которые тоже входят в систему права. Они довольно часто встречаются именно в международном праве. Краткости ради о них каждый раз говорить не стоит, но иметь в виду надо.

С. Ю. Марочкин в чем-то прав, обращая внимание на юридическую практику как на один из компонентов правовой системы. В. В. Гаврилов также упоминает о юридической практике. Но это ближе к характеристике правовой системы в целом, а не к одному из ее компонентов. Правовая система — право в действии. Практика — это, конечно, не все, когда мы ведем речь о правовой системе. Это нормы (и индивидуальные правовые установки) и практика, взятые в их единстве. Конечно, допустимы и другие взгляды на понятие правовой системы, однако указанный подход кажется вполне логичным. *Правовая система может рассматриваться*

²⁹ Там же. С. 159–160.

³⁰ Черниченко С. В. Теория международного права. Т. 1. М., 1999. С. 39–40.

в единстве норм права (и индивидуальных установок) с порождаемыми ими субъективными правами и обязанностями, правовыми связями и правоотношениями и тем самым с устанавливаемым правопорядком.

Необходимы разъяснения по поводу некоторых терминов, содержащихся в определении правовой системы. Субъективные права и обязанности, возникающие у субъекта права в результате «приложения» к нему правовой нормы, еще не элемент правоотношения, как считает Л. П. Ануфриева (точнее было бы сказать, «элементы правоотношения»)³¹ Субъективные права и обязанности определяют круг правоотношений, в которые может вступать субъект права. Они существуют и до того, как субъект стал участником какого-либо правоотношения. Вместе с тем они становятся элементами конкретного правоотношения, когда субъект начинает участвовать в том или ином правоотношении.

Без этих общетеоретических рассуждений можно было бы обойтись, но возражение вызывает высказывание Л. П. Ануфриевой относительно того, что «субъективные права и субъективные обязанности возникают именно в тот момент, когда возникает правоотношение».³² Она не согласна с тем, что «субъективные права и обязанности есть элемент правоспособности».³³ Прежде всего, однако, она неточно излагает тезис, с которым спорит. Речь идет не о том, что субъективные права и обязанности есть элемент правоспособности, а о том, что субъективные права и обязанности есть элементы правоспособности.³⁴ Иными словами, правоспособность состоит из этих прав и обязанностей.

И совсем непонятно, почему правоспособность является частью правосубъектности, вторую часть которой составляет дееспособность. Правоспособность включает дееспособность, хотя и не обязательно. Государство, территория которого подверглась оккупации, не теряет своей правоспособности, но полностью или частично теряет свою дееспособность. В качестве примера можно привести Ирак. Можно привести пример и из области внутригосударственной. Встречаются люди, полностью недееспособные из-за психического заболевания. Однако они правоспособны, являются субъектами права. Правосубъектность — качество быть субъектом права, подчиняться непосредственному регулятивному воздействию права. Она не зависит от количества субъективных прав и обязанностей, которыми располагает субъект права. Она только проявляется в наличии у него таких прав и обязанностей. Существуют и другие точки зрения на понятия правосубъектности, правоспособности и дееспособности. Но нет оснований для категоричного вывода о том, что они являются более убедительными, чем сформулированная выше.

Концепция правопорядка как системы правоотношений и правовых связей в принципе основана на том, что правоотношения — это индивидуально определенные урегулированные правом общественные

³¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. С. 289.

³² Там же. С. 269.

³³ Там же. С. 268.

³⁴ Черниченко С. В. Теория международного права. С. 144.

отношения между конкретными их участниками. Нет так называемых абсолютных правоотношений, которые, например, связывают собственника с неопределенным кругом лиц, не посягающих на его собственность, или государство, соблюдающее принцип неприменения силы во взаимоотношениях с иным государством. В этой ситуации тот, кто имеет соответствующее *субъективное право* или несет *соответствующую обязанность*, не вступает в правоотношения с теми или иными конкретными субъектами, но имеет определенную правовую связь с другими субъектами права. И соблюдение правовых запретов, во всяком случае, не требует для их реализации возникновения правоотношений. Субъективные обязанности переходят непосредственно в поведение субъектов права (в воздержание от действий), минуя стадию правоотношений. Поэтому и следует рассматривать правопорядок как систему правовых связей и правоотношений.

Вероятно, еще более точным было бы определение правопорядка как системы реализуемых или готовых для реализации субъективных прав и обязанностей через правоотношения и вне правоотношений через правовые связи (понимаемые в указанном смысле). Правопорядок — находящийся в постоянном движении процесс осуществления права. Его можно рассматривать как результат практического действия права. В рамках теории права и теории международного права, в частности, это не конечный результат — поведение субъектов права как таковое, а то, как располагаются субъективные права и обязанности, потенциально готовые для претворения в жизнь или претворяемые в жизнь посредством правоотношений или без них до того момента, когда они превратятся в реальное поведение субъектов права. Само поведение уже лежит вне права и правовой системы. Естественно, отделить одно от другого, учитывая динамику правопорядка, можно только теоретически. В философском плане правопорядок может выглядеть несколько иначе. Да и подходя к нему с позиций теории права, можно было бы осветить и другие грани этого понятия. Но в настоящий момент довольно того, что было сказано.

Если принять предложенное определение правовой системы, то граница между международно-правовой и внутригосударственной правовой системами должна проходить там же, где проходит граница между международным правом как системой международно-правовых норм и внутригосударственным правом как системой внутригосударственных правовых норм. Не может быть какой-либо части международно-правовой системы, «вмещающейся» во внутригосударственную правовую систему или существующей вне норм международного права.

В свете рассмотренных рассуждений *международно-правовая система — это единство международно-правовых норм (и индивидуальных установок) с порождаемыми ими субъективными правами и обязанностями, международно-правовыми связями и международными (точнее, межгосударственными) правоотношениями и тем самым с устанавливаемым международным (т. е. межгосударственным) правопорядком.*

Соответственно, внутригосударственная правовая система — это единство внутригосударственных правовых норм (и индивидуальных установок) с порождаемыми ими субъективными правами и обязанностями,

внутригосударственными правовыми связями и внутригосударственными правоотношениями и тем самым с устанавливаемым внутригосударственным порядком.

Можно было бы подчеркнуть системное единство в обоих случаях, но это было бы тавтологией.

Как правило, не проводят различия между внутригосударственным и национальным правом, так же как между внутригосударственной и национальной правовыми системами. Надо учитывать и то, что большинство авторов считают правовую систему и систему права неидентичными понятиями. Под правом чаще всего понимают систему правовых норм (надо было бы добавить и индивидуальных дозволений, предписаний и запретов, не опирающихся на правовые нормы, т. е. индивидуальных правовых установок), именуемых позитивным (или положительным) правом. Под системой права понимают строение права, его деление на отрасли, подотрасли, институты. О разногласиях относительно значения термина «правовая система» уже говорилось.

Если исходить из того определения внутригосударственной правовой системы, которое было предложено, имеет смысл провести различие, во-первых, между внутригосударственным и национальным правом и, во-вторых, между внутригосударственной и национальной правовыми системами.

Внутригосударственное право, по-видимому, шире национального. Оно может включать и нормы (и установки), которые не охватываются национальной системой права, не входят в его строение. Его можно обозначить как внутригосударственное право, действующее в стране. Имеются примеры, иллюстрирующие подобную ситуацию.

Так называемое оккупационное право для Германии было, несомненно, внутригосударственным правом, установленным для Германии СССР, США, Великобританией и Францией. Но ни одна из оккупирующих держав не включала его в систему своего национального, собственно внутреннего права.

Нормы контрактов, заключаемых межправительственными организациями со своими служащими, регулируются главным образом нормами, установленными самой организацией. Организация в данном случае выступает как юридическое лицо. Государства, гражданство которых имеют эти служащие, отказываются от того, чтобы применять свое право к таким контрактам (свое национальное право). Но государства санкционируют придание нормам подобных контрактов юридического характера, обязуясь поступать в соответствии с ними. Тем самым нормы контрактов приобретают внутригосударственный характер, хотя ни одно государство — член данной организации не будет включать нормы этих контрактов в свое национальное право. Не нужно рассматривать всю цепочку обязательств государств в отношении той или иной организации, касающихся статуса ее служащих, прежде чем дело дойдет до норм контрактов. Этот вопрос ранее неоднократно обсуждался. Важно констатировать внутригосударственную природу норм контрактов.

Можно вспомнить договоры (контракты) между компаниями, являющимися субъектами национального права различных государств,

к которым эти государства отказываются применять свое внутреннее право, предоставляя самим компаниям определять свои права и обязанности. Но юридический характер норм, содержащихся в данных договорах, государствами признается.³⁵ Эта ситуация похожа на предыдущую. Нормы договоров подобного рода в свое национальное право государства не включают, но сомневаться в их внутригосударственном характере не приходится.

Наконец, сюда можно отнести нормы иностранного национального права, которые применяются в государстве с его санкции.

Национальная правовая система, если следовать логике приводимых рассуждений, должна охватывать нормы, входящие в систему права государства, в их единстве с порождаемыми ими субъективными правами и обязанностями, внутригосударственными правовыми связями и внутригосударственными правоотношениями и тем самым с устанавливаемым национальным правом (т. е. в пределах системы права данного государства) правопорядком.

Внутригосударственная правовая система, если следовать той же логике, должна охватывать нормы, входящие в сферу внутригосударственного правового регулирования, в их единстве с порождаемыми ими субъективными правами и обязанностями, внутригосударственными правовыми связями и внутригосударственными правоотношениями (урегулированными правом собственно внутренними отношениями, отношениями с иностранным элементом и транснациональными отношениями в той мере, в какой они подвержены правовому урегулированию в рамках данного государства) и тем самым с устанавливаемым внутригосударственным правом правопорядком.

Отношения с иностранным элементом и транснациональные отношения, когда речь заходила об урегулированности их правом, называли международными отношениями немеждугосударственного характера. И сейчас этот термин имеет хождение, когда хотят отделить от международных отношений в целом немеждугосударственные отношения. Видимо, все же проводить различие между отношениями с иностранным элементом и транснациональными отношениями, если нас интересует внутригосударственная правовая система, желательно. Отношения с иностранным элементом обычно выделяют в тех случаях, когда они урегулированы нормами, входящими в систему национального права, или когда допускается применение в сфере юрисдикции данного государства иностранного национального права.

Нельзя сказать, что есть четкое представление о том, что такое транснациональные отношения. К ним, безусловно, относятся отношения, регулирование которых государства «доверяют» самим субъектам национального права разных государств, устраняясь от собственной правовой регламентации и не включая соответствующие нормы в систему своего права. К ним можно отнести и отношения, складывающиеся между государствами и международными организациями по поводу контрактов

³⁵ Об этом пишет С. В. Бахин (см.: *Бахин С. В.* Субправо: международные своды унифицированного контрактного права. СПб., 2002. С. 92, 140–142).

со служащими этих организаций. Развивать данную тему дальше нецелесообразно, так как это уведет в сторону от рассматриваемой проблемы.

Еще два-три слова необходимо сказать о правопорядке. Время от времени термины «международный правопорядок» и «национальный (или внутригосударственный) правопорядок» употребляются как синонимы международного и внутригосударственного права, причем в этих случаях не проводят различия между внутригосударственным и национальным правом. Последнее не столь уж важно. Как отмечалось, понятия «внутригосударственное право» и «национальное право» почти повсеместно используют в качестве взаимозаменяемых. Теоретические оттенки здесь далеко не всегда нужны. Иначе обстоит дело с употреблением терминов «международный правопорядок» и «внутригосударственный (или национальный) правопорядок». Ставить знак равенства между международным и внутригосударственным правом, с одной стороны, и международным и внутригосударственным правопорядком — с другой, было бы, мягко говоря, неточно. И тот, и другой правопорядок — это не право и не правовая система, а одна из сторон правовой системы.

В. В. Гаврилов, критически излагая теорию трансформации, утверждает, что согласно мнению ее сторонников, международное и внутригосударственное право «представляют собой два различных правопорядка».³⁶ Более правильным является замечание Б. Л. Зимненко: «Нормы международного права и нормы внутригосударственного права представляют собой элементы различных правовых порядков».³⁷ Здесь можно внести некоторые уточнения. Нормы права выступают как элементы правопорядка только при взгляде на них в определенном ракурсе. Но не стоит заниматься «шлифовкой» отдельных фраз того или иного автора. Можно ограничиться утверждением, что право и правопорядок взаимозаменяемы только в том случае, если под ними понимать одно и то же.

Авторы, работы которых привлекли внимание, рассматривая соотношение международного и внутригосударственного права, возражают против употребления термина «трансформация» при характеристике взаимодействия международного и внутригосударственного права. Первостепенное значение имеет, однако, не термин, которым обозначают такое взаимодействие, а существо процесса. Международное право — регулятор межгосударственных отношений, а внутригосударственное — внутригосударственных (включая международные немежгосударственные отношения — отношения с иностранным элементом и транснациональные). Международное право не может объективно регулировать внутригосударственные отношения, а внутригосударственное — межгосударственные.

Взаимодействие международного и внутригосударственного права проявляется, так сказать, в тесном соприкосновении межгосударственных и других общественных отношений, регулируемых, с одной стороны,

³⁶ Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 144.

³⁷ Зимненко Б. Л. Международное право и правовая система Российской Федерации. С. 181.

международным правом, а с другой — внутригосударственным. Здесь же пролегает граница между международно-правовой и внутригосударственной правовыми системами, если, разумеется, придерживаться того понимания правовой системы, которое было изложено выше.

Международное право и внутригосударственное право могут быть посвящены одним и тем же вопросам, например правам человека. Но это не значит, что международное право начинает регулировать внутригосударственные отношения, касающиеся этих вопросов. Есть разница между предметом правового регулирования и его объектом. В течение многих лет по этой проблеме существуют разногласия. По-видимому, под предметом правового регулирования можно понимать круг вопросов, попадающих в его орбиту. Такой круг вопросов вполне может оказаться предметом регулирования как со стороны международного, так и со стороны внутригосударственного права. Отношения по данным вопросам могут возникать и межгосударственные, и внутригосударственные, без перерастания одних в другие. Объектом же правового регулирования является та или иная категория общественных отношений, межгосударственных или внутригосударственных, каждая из которых подразделяется на более мелкие группы. Представление о том, что международное право начинает регулировать внутригосударственные отношения, обязано своим появлением, в частности, смешению понятий объекта и предмета правового регулирования.

С. Ю. Марочкин, отмечая взаимосвязанность мира, неуклонное развитие и интенсификацию международных отношений, появление все новых объектов регулирования (это очевидно), говорит вместе с тем следующее: «... не в меньшей мере представляется очевидным, что все это неизбежно сопровождается столь же активным развитием взаимодействия правовых систем вплоть до взаимопереходов, что объекты регулирования МП и внутреннего права нередко совпадают...».³⁸ Такая же мысль содержится в словах В. В. Гаврилова о существенном расширении предмета регулирования международного права. Он употребляет термин «предмет регулирования», но по существу имеет в виду объект международно-правового регулирования. По его мнению, расширение предмета международно-правового регулирования развивается сегодня в двух основных направлениях. Для первого из них характерна регламентация новых направлений межгосударственного сотрудничества. «Содержание второго, — отмечает он, — определяет все более глубокое проникновение регулирующего воздействия международно-правовых норм в сферу внутригосударственных отношений».³⁹

Любопытна аргументация С. Ю. Марочкина относительно объективных границ международного права. Лучшее всего предоставить слово самому автору, несмотря на необходимость длинной цитаты: «Вполне допустимо, что категория “объективных границ” (весьма узкий круг объекта

³⁸ *Марочкин С. Ю.* Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. С. 28.

³⁹ *Гаврилов В. В.* Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 55.

регулирования — межгосударственные отношения и соответствующий строго ограниченный круг субъектов) справедлива и обоснована для определенного этапа развития МП, когда единственными субъектами МП были государства. Но с течением времени в этот круг постепенно были включены международные организации, государствоподобные образования, борющиеся за независимость нации». ⁴⁰ Он продолжает: «Если подходить с той же позиции “неизменности объективных границ”, то отношения между названными субъектами уже нельзя, строго говоря, именовать межгосударственными. Здесь мы допускаем определенную условность и не закрываем глаза на реально происходившие процессы. Но почему-то останавливаемся на этом рубеже, не желая видеть дальнейшего развития, и объявляем границы неизменными». ⁴¹ И вывод: «“Объективные границы” МП не являются непреодолимыми. Ничто не мешает государству в силу его суверенитета распространить действие им же согласованных и принятых норм МП в сфере внутреннего права для регулирования отношений с участием организаций и индивидов. Воля государства, выраженная иным (не законодательным, а договорным) путем, в равной мере может быть обязательной в сфере внутренней юрисдикции с санкции государства». ⁴²

Соображениям С. Ю. Марочкина можно противопоставить ряд доводов.

Во-первых, объективные границы международного права потому и являются объективными, что они не могут быть изменены волеизъявлением каких-либо государств, тем более одного. Если они преодолимы, то они не являются объективными. Тогда надо было бы прямо сказать, что сама идея объективных границ международного права сомнительна.

Во-вторых, то, что в круг субъектов международного права были включены с течением времени помимо государств международные организации и нации, борющиеся за свое освобождение, не доказывает возможности безграничного расширения круга таких субъектов. Этот аргумент не нов. Периодически о нем вспоминают, когда стремятся доказать, что круг субъектов международного права зависит от усмотрения государств.

В-третьих, тот «расширенный» круг субъектов, о котором говорит С. Ю. Марочкин, включает только участников *межгосударственных* отношений, точнее, тех, кто способен в них участвовать. Наряду с государствами это международные организации, но не все, а только межправительственные (если придерживаться терминологии, принятой в ООН), или, что более верно, межгосударственные. И опять-таки это не все межправительственные (межгосударственные) организации, а те, которые наделены их создателями-государствами правом выступать в межгосударственных отношениях от собственного имени. При этом не имеет значения то обстоятельство, участвуют ли они в создании международного

⁴⁰ Марочкин С. Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. С. 28.

⁴¹ Там же.

⁴² Там же. С. 29.

права или же наделены только правоприменительными функциями. То же можно сказать и о государствовподобных образованиях и нациях, борющихся за свое освобождение.

Все они способны участвовать в межгосударственных отношениях, в том числе межгосударственные организации, наделенные правом выступать в межгосударственных отношениях от собственного имени, поскольку они являются органами, механизмами сотрудничества государств. Иными словами, они существуют на межгосударственном, а не на каком-либо ином уровне. Государствовподобные образования — те же государства, но созданные на основании договора и имеющие ограниченную международную правосубъектность (вольные города и тому подобные образования). О псевдосубъектах международного права — Ватикане и Мальтийском ордене — не нужно говорить, так как они основаны на правовой фикции и их признание в качестве субъектов международного права диктуется политическими соображениями, не имеющими правового обоснования.

О международной правосубъектности народов (а не наций, если следовать Уставу ООН) можно говорить в той мере, в какой это сложилось в практике ООН, т. е. не вообще о любом народе, определенные круги которого заявляют претензии на освобождение, а только если можно наблюдать становление государственности данного народа. Поэтому и в подобных ситуациях речь идет, по существу, не о народах как таковых, а о возглавляющих государствах.

Следовательно, объективные границы международного права сохраняются. В-четвертых, если включать индивидов, неправительственные организации, ТНК в число субъектов международного права, придется признать, что они приобрели способность участвовать в межгосударственных отношениях. Это явная нелепость. Есть и другой путь: признать, что в принципе международное право изначально, хотя бы в потенции, могло регулировать любые отношения (не только межгосударственные). Тогда надо иначе подойти к определению субъекта международного права, а не утверждать, что вначале оно было межгосударственным, а затем превратилось не только в межгосударственное.

В. В. Гаврилов практически стоит на позициях умеренного минимизма.⁴³ Он как будто бы последователен, предлагая определение субъекта международного права «как участника международных отношений, обладающего правами и обязанностями, непосредственно предоставляемыми или возлагаемыми на него международно-правовыми нормами».⁴⁴ В действительности, однако, в его определении есть противоречия, которые трудно объяснить. Если субъект международного права — участник международных (т. е. не только межгосударственных) отношений, то международное право не может рассматриваться как межгосударственное. Но В. В. Гаврилов неоднократно подчеркивает, что это право межгосударственное.⁴⁵ Если же оно межгосударственное, то оно способно

⁴³ Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 138.

⁴⁴ Там же. С. 56.

⁴⁵ Там же. С. 57, 138.

регулировать именно межгосударственные отношения. Оно адресовано тем, кто участвует в межгосударственных отношениях, — государствам, естественно, в первую очередь, и другим образованиям, способным участвовать в таких отношениях. Оно не может быть адресовано тем, чье поведение оно не регулирует.

Если оно адресовано, как думает В. В. Гаврилов, физическим лицам, международным хозяйственным объединениям, международным неправительственным организациям и юридическим лицам отдельных государств, то оно утрачивает качество межгосударственного права. Это будет либо совместное право каких-либо государств (феномен, не часто встречающийся, но все же имеющий место), либо международное частное право, не являющееся межгосударственным. Понятие международного частного права здесь не рассматривается.⁴⁶

Не очень ясно также и по другой причине, почему В. В. Гаврилов в своем определении указывает на то, что субъект международного права — участник *международных* отношений. Если индивид может быть признан субъектом международного права, то возникает вопрос, обязательно ли такой субъект является участником *международных* отношений, как вытекает из определения. В. В. Гаврилов прямо указывает, что в том случае, когда конечной целью действия международно-правового акта является достижение определенной степени урегулированности отношений между субъектами национального права *одного или немногих государств*, международное право фактически «вторгается» в традиционную сферу действия национального права.⁴⁷ Но если международно-правовой акт (по-видимому, содержащиеся в нем нормы) начинает регулировать отношения между субъектами национального права *одного* государства, то тогда действие данного акта (точнее, его норм) превращает в субъектов международного права участников не международного, а «чисто» внутригосударственного отношения.

Можно, конечно, утверждать, что распространение действия международно-правовых норм на отношения между субъектами национального права одного и того же государства уже превращает эти отношения в международные. Тогда соответствующие нормы международного права (они ведь связывают не одно государство) логично рассматривать как нормы, закрепляющие права и обязанности *государств по поводу субъектов национального права одного и того же государства*, т. е. нормы, субъектами которых являются государства, а не субъекты национального права, вдруг ставшие субъектами международного права.

В. В. Гаврилов заявляет о стремительном вторжении «регулирующего воздействия международного права в сферу внутренней компетенции государств, расширении его субъектной основы».⁴⁸ Необходимо сказать, что такое стремительное вторжение в сферу внутренней компетенции государств (которое в самом деле имеет место) отнюдь не

⁴⁶ Ему много внимания уделяет Л. П. Ануфриева (см.: *Ануфриева Л. П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. С. 393–396).

⁴⁷ *Гаврилов В. В.* Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 83.

⁴⁸ Там же. С. 57.

означает расширения его субъектной основы за счет появления субъектов международного права, не способных участвовать в межгосударственных отношениях. Расширение круга вопросов, попадающих в сферу международно-правового регулирования, означает лишь, что вопросы, ранее относящиеся к внутренней компетенции государств, во многих случаях начинают интересовать в той или иной степени межгосударственное сообщество и приводят к установлению межгосударственных отношений, заключению международных договоров и формированию международных обычаев, а вовсе не к регулированию международным правом внутригосударственных отношений и наделению международной правосубъектностью индивидов и образований, не способных к участию в межгосударственных отношениях. Расширяется круг субъектов. *Способных участвовать в межгосударственных отношениях*, увеличивается и становится более разнообразным количество механизмов межгосударственного сотрудничества, выступающих в межгосударственных отношениях от собственного имени. Довольно давно было отмечено, что ряд из них не обладает нормотворческими функциями, как, например, экспертные органы, состоящие из членов, действующих в личном качестве. Но и они являются формами *межгосударственного* сотрудничества, существуют на межгосударственном уровне и могут выступать в межгосударственных отношениях от собственного имени.

Утверждать, что государства могут, если таково будет их намерение, наделять международной правосубъектностью индивидов, неправительственные организации и других участников международных отношений немежгосударственного характера, не говоря уже о «чисто» внутригосударственных отношениях, значит ставить решение этого вопроса в зависимость от субъективных факторов и *гипертрофировать государственный суверенитет*, против абсолютизации которого высказываются С. Ю. Марочкин и В. В. Гаврилов.⁴⁹ Если все зависит от того, решат ли государства, опираясь на свой суверенитет и заключая тот или иной международный договор, предоставить индивидам международную правосубъектность, тогда у государств в принципе нет никаких препятствий для наделения международной правосубъектностью самых экзотических образований. Просто раньше такой потребности не было, а теперь она якобы появилась. Вывод, к которому в итоге приходит В. В. Гаврилов, о необоснованности «узкого и не отвечающего современным реалиям подхода к определению предметной и субъектной сферы действия международно-правовых норм»⁵⁰ можно, в свою очередь, считать неубедительным. Между прочим, как уже было сказано, в данном случае правильнее было бы употреблять выражение «объектная сфера».⁵¹

⁴⁹ Марочкин С. Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. С. 30; Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 79.

⁵⁰ Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 148.

⁵¹ Более подробно о критике концепции международной правосубъектности индивидов см.: Черниченко С. В. Еще раз о международной правосубъектности индивидов // Московский журнал международного права. 2005. № 4. С. 11–26.

Попутно следует обратить внимание на еще одну фразу из работы В. В. Гаврилова. Он выделяет международное публичное право, европейское право и «обладающие юридической силой нормы права международных организаций» как образующие нормативный уровень международной правовой системы.⁵² Как бы ни трактовать понятие международно-правовой системы, вряд ли оправдано отделение от международного публичного права права международных организаций. Право международных организаций — отрасль международного публичного права, если, конечно, не толковать это понятие расширительно, включая в него и ту часть административного права международных организаций, которая охватывает нормы контрактов со служащими международных организаций и сходные с ними нормы, относящиеся к области международного частного права (о чем уже говорилось).

Не углубляясь в споры о природе европейского права и точном значении указанного термина, заметим, что имеет право на существование и точка зрения, согласно которой под этим подразумевается известная часть международного публичного права. Если же рассматривать европейское право как право европейской интеграции, т. е. право Европейского Союза, то здесь мы имеем дело со своеобразным переплетением международно-правовых и внутригосударственных отношений, а не с неким феноменом, не укладывающимся ни в рамки международного, ни в рамки национального права.⁵³ И в этом случае мы можем выделить международно-правовой «пласт», включающий, бесспорно, нормы права международных организаций.

Нужно внести ясность и в понятие «применение норм международного права во внутригосударственной сфере», употребляемого слишком вольно. Л. П. Ануфриева справедливо ставит вопрос о необходимости внесения в это выражение большей четкости.⁵⁴ Иногда его используют для того, чтобы сказать, что нормы международного права проникают в пределы внутренней компетенции государств; иногда для того, чтобы обозначить пространственные границы международного права, что совсем непонятно. Можно привести и другие варианты употребления данного выражения. По всей вероятности, обсуждая проблему соотношения международно-правовой и внутригосударственной правовых систем, правильным будет говорить не о внутригосударственной сфере, а о невозможности регулировать внутригосударственные отношения при помощи международного права. Физически межгосударственные отношения, регулируемые международным правом, могут проникать на территорию государств. Они не перестают быть межгосударственными и не начинают регулироваться внутригосударственным правом. С другой стороны, внутригосударственные отношения, безусловно, могут проникать за пределы территории государства и регулироваться внутригосударственным правом.

⁵² Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 64.

⁵³ Следует обратить внимание на аргументацию Л. П. Ануфриевой (*Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории.* С. 235–303).

⁵⁴ Там же. С. 354 (сноска 1).

Если интерпретировать взаимодействие международно-правовой и внутригосударственной правовых систем (и тем самым взаимодействие международного и внутригосударственного права) в духе отстаиваемой концепции, мы неизбежно будем видеть соприкосновение норм международного права, регулирующих межгосударственные отношения, и норм внутригосударственного права, регулирующих внутригосударственные отношения, а не переход норм международного права в каких-либо ситуациях к непосредственному регулированию внутригосударственных отношений. Взаимодействие означает существование или появление норм международного права и соответствующих норм внутригосударственного права. Иначе будет возникать вопрос о невыполнении международных обязательств. Это, разумеется, только схема процесса. *Механизм «стыковки» международного и внутригосударственного права*, а также международно-правовой и внутригосударственной правовой систем различен (инкорпорация, отсылка и т. д.).

Не стоит надеяться, что удастся найти общеприемлемые термины для обозначения как самого процесса, так и разновидностей механизма, в которых он проявляется. Дополнительную сложность вызывает то, что некоторые из терминов в одних случаях применяются как наименование сути процесса, а в других — как наименование отдельных видов его механизма (например, трансформация). Разногласия по этому поводу несут нередко терминологический характер, что не делает их менее острыми. Если же за ними стоит спор между монистами и дуалистами, то он уже переносится на уровень существа проблемы.

Не нужно гадать, какой из терминов лучше всего обрисовывает то, что происходит при взаимодействии международного и внутригосударственного права, при взаимодействии международно-правовой и внутригосударственной правовых систем. Надо сознаться, что выбор терминов во многом зависит от личных предпочтений того или иного автора. Термин «трансформация» в широком значении, несомненно, условен, так как нормы международного права не преобразуются в нормы внутригосударственного права. Он лишь говорит об «аккомпанирующих» нормам международного права нормам внутригосударственного права. Но он ничуть не хуже термина «имплементация», который, может быть, даже более двусмысленен, поскольку допускает диаметрально противоположные толкования. Он в равной степени используется и дуалистами, и монистами, которые наделяют его разным смыслом.

Желательно вместе с тем немного задержаться на инкорпорации и отсылке как на вариантах взаимодействия международного и внутригосударственного права в свете дуалистической концепции, основанной на признании объективных границ международного права (объективном дуализме).

Не собираясь останавливаться на классификации форм и способов согласования (взаимодействия) внутригосударственного и международного права (почти каждый автор вносит здесь что-то свое), уточним лишь, что можно было бы понимать под инкорпорацией и отсылкой.

В. В. Гаврилов, отделяя теорию трансформации от теории инкорпорации при рассмотрении вопроса о взаимодействии международного

и внутригосударственного права (несмотря на оговорку о том, что термин «инкорпорация» встречается и в работах сторонников дуализма, отдающих предпочтение теории трансформации), допускает некоторую нелогичность. Легко подумать, что дуалисты сводят инкорпорацию к изданию «национального закона или иного внутригосударственного нормативного правового акта, дословно повторяющих формулировки международного договора».⁵⁵

Во-первых, было бы более правильно в качестве инкорпорации рассматривать не просто дословное повторение формулировок международного договора, а включение текста самого договора во внутригосударственный правовой акт. Воспроизведение положений договора в законе или ином нормативном акте без «копирования» текста договора — не инкорпорация. Оно ничем не отличается от внутригосударственного акта, принятого во исполнение международного договора, положения которого не повторяют положения договора, а передают его содержание и нередко их конкретизируют. Это можно назвать легитимацией (термин, который вызывает критику Б. Л. Зимненко).⁵⁶ Он не более, а, может быть, менее удачен, чем термин «трансформация», но в данном случае терминологический спор уместно оставить за скобками.

Во-вторых, инкорпорация должна охватывать включение во внутреннее право и в систему законодательства международных договоров государства — всех или некоторых категорий (например, ратифицированных). Воспроизводится ли текст договора в каждом отдельном случае в законе или подзаконном акте или же на основании, например, конституции, тексты всех договоров данного государства начинают рассматриваться как *законы* или же законы и подзаконные акты этого государства — происходит один и тот же процесс. Те случаи, когда вступивший в силу договор непосредственно приобретает силу закона, Л. П. Ануфриева называет прямой трансформацией.⁵⁷ Иногда положения конституций, объявляющих международные договоры или даже международное право частью законодательства страны, считают, скорее, отсылкой общего характера. В конце концов, не в названии дело.

В. В. Гаврилов прав, отмечая, что положения конституций, объявляющих международные договоры законами страны (США, Испании и др.), интерпретируются в духе монизма.⁵⁸ Он также прав в том, что у международного и внутригосударственного права различная природа, и «они объективно не могут быть или становиться частью друг друга».⁵⁹ Но его дальнейший вывод свидетельствует о том, что он пребывает в русле монизма: «...тезис о сохранении нормами международного права своей системной

⁵⁵ Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 150.

⁵⁶ Зимненко Б. Л. Международное право и правовая система Российской Федерации. С. 75.

⁵⁷ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. С. 344.

⁵⁸ Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 151.

⁵⁹ Там же. С. 152.

принадлежности при их осуществлении в рамках национальных право-порядков остается справедливым... и даже тогда, когда эти нормы провозглашаются частью внутреннего права страны или ее законодательства». ⁶⁰ Обращает на себя внимание то, что В. В. Гаврилов подтверждает объективное различие между внутригосударственным и международным правом. Но вот каким образом нормы международного права в случае их провозглашения частью внутреннего права страны и ее законодательства сохраняют свою системную принадлежность, совершенно не ясно.

Объявление международных договоров законами или даже и подзаконными актами страны может быть объяснено в духе дуализма. В результате такого объявления положения договоров, *сохраняя свою роль положений договоров* на межгосударственном уровне, становятся также положениями внутригосударственного законодательства, хотя и фиксируются в официальных публикациях как положения договоров. Формулировки договора (об этом уже говорилось) не отражают (как и значительная часть правовых актов вообще) норм права во всей их полноте. Санкции в международных договорах обычно не предусматриваются. Реально нормы, закрепленные в международных договорах и получившие частичное их выражение в положениях договоров, состоят из гипотезы, диспозиции и санкции, адресованных как единое целое участникам межгосударственных отношений. Внешне же положения, включенные как договоры во внутреннее законодательство, адресованы уже другим, внутригосударственным участниками и не могут на самом деле служить отражением *норм, предусмотренных договором*. Во-первых, они адресованы иным субъектам — субъектам внутригосударственных отношений. Во-вторых, санкции этих норм, не зафиксированные в тексте «договора», ставшего частью законодательства страны (договор уместно написать в кавычках, так как на внутригосударственном уровне это уже не международный договор), абсолютно не похожи на санкции международно-правовых норм. Как бы ни квалифицировать то, что происходит при объявлении международных договоров законодательством страны (прямой трансформацией, инкорпорацией или как-нибудь иначе), характеристика данного процесса выглядит согласно концепции объективного дуализма именно так, как описано.

Трудно понять, почему Б. Л. Зимненко считает, что «обозначение международного договора, трансформированного в право страны законом или подзаконным актом, является правовой фикцией» ⁶¹ (речь идет об инкорпорации в понимании, изложенном выше). Можно не соглашаться с тем, что это инкорпорация. Но сам процесс взаимодействия международного и внутригосударственного права в этой ситуации должен *так* восприниматься с точки зрения дуализма. Представим, что все ратифицированные договоры конкретного государства согласно его конституции являются его законами. Не имеет значения, как они называются — законами, договорами, постановлениями и т. д. Это законы в родовом смысле. Это уровень законов. Это не фикция, а правовая реальность.

⁶⁰ Там же.

⁶¹ Зимненко Б. Л. Международное право и правовая система Российской Федерации.

Л. П. Ануфриева предложила интересную и во многом обоснованную идею — рассматривать отсылку как имплицитную инкорпорацию.⁶² Такая позиция верна, когда отсылка производится в отношении договора (или каких-то его частей), который сам уже инкорпорирован в законодательство того или иного государства. Но зачем тогда инкорпорировать то, что уже было инкорпорировано? Так ведь это не отсылка к собственно международному договору, т. е. отсылка, которая используется, когда возникает необходимость в каких-либо ситуациях прибегнуть к определенному варианту взаимодействия международного и внутригосударственного права. Здесь мы имеем дело со *ссылкой* на договор, уже *превратившийся во внутригосударственный* правовой акт, для использования в сочетании с другими внутригосударственными правовыми актами. Это своего рода конкретизация или подтверждение уже состоявшейся инкорпорации, поскольку требуется не констатировать факт инкорпорации, а указать ее цель.

Если отсылка делается к договору или договорам, не инкорпорированным в законодательство того или иного государства, тогда действительно можно говорить об отсылке как об одном из вариантов механизма, посредством которого осуществляется согласование международного и внутригосударственного права.

Приходится, однако, возразить Л. П. Ануфриевой в отношении высказанной ею критики тезиса о том, что внутригосударственное право в результате отсылки обогащается новыми нормами, а законодательство остается без изменения. Она видит здесь юридическую и логическую загадку, считая, что и законодательство в этом случае обогащается.⁶³ Никто не спорит с тем, что международно-правовая норма в случае отсылки продолжает свое бытие как международно-правовая норма, а соответствующие положения международно-правового акта *так и остаются его положениями*. Отсылка в этих случаях означает *появление во внутригосударственном праве нормы, внешне* похожей на международно-правовую. Это сходство, тем не менее, не полное, так как формулировки международно-правового акта (фактически международного договора) при отсылке приводят к повторению на внутригосударственном уровне обычно гипотезы и диспозиции международно-правовой нормы, причем *внешнему* повторению. На самом деле они адресованы другим субъектам — субъектам внутригосударственного права. Происходит завуалированное нормотворчество на внутригосударственном уровне.

Вместе с тем законодательство остается без изменения: в результате отсылки не принимается никакой новый внутригосударственный правовой акт. Можно, конечно, считать, что отсылка приводит к имплицитной инкорпорации не международного договора, а содержащихся в нем норм. Тогда надо пересмотреть понятие отсылки. Она все же понимается как отсылка к *договору* (или, шире, международно-правовому акту) и *посредством этого* — к возникновению норм внутригосударственного права

⁶² Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. С. 360.

⁶³ Там же.

(условно говоря, появившихся после трансформации). То, что отсылка не влечет за собой изменения законодательства, подтверждается отсылкой к международным обычаям. Отсылка к международным обычаям, рассматриваемым как источники международного права, а не сами нормы, содержащиеся в них, явно не влечет за собой появления новых внутригосударственных правовых актов, т. е. изменения законодательства. А вот появление новых норм внутригосударственного права в результате наступает (если придерживаться дуалистической концепции). Можно согласиться лишь с тем, что отсылка приводит к обогащению правопорядка данного государства (о понятии правопорядка говорилось ранее).⁶⁴

В общем плане С. Ю. Марочкин выражает несогласие с тем, что трансформированные во внутригосударственное право нормы международного права, ставшие нормами внутригосударственного права, имеют приоритет перед расходящимися с ними нормами внутригосударственного права, действовавшими до этого. Надо снова подчеркнуть, что термин «трансформация» здесь употребляется условно (для того, чтобы избежать громоздкого описания процесса, о котором все время идет речь). С. Ю. Марочкин задает ряд вопросов: «...почему преимущество будет у “бывших” норм МП перед нормами российского права, а не наоборот? Наконец, почему действует именно принцип приоритета, ведь теперь те и другие нормы, если они есть часть внутреннего права, равнозначны, и должны были бы применяться правила для разрешения коллизий норм одинаковой юридической силы — более позднего или специального акта?».⁶⁵ Но такие правила и применяются, однако в любом случае государство несет обязанность обеспечить, чтобы *его право находилось в соответствии с нормами международного права*, распространяющимися на него свое действие. Отсюда и вытекает или, точнее, должен вытекать приоритет тех норм внутригосударственного права, которые трансформированы или, используя другое выражение, «аккомпанируют» международно-правовым нормам. Кроме того, нет ничего необычного в том, что нормы внутригосударственного права одного уровня могут «уступать» место друг другу, если это предусмотрено законодателем.

По мнению С. Ю. Марочкина, объявление в ряде государств международного права частью права страны может привести к тому, что договоры ставятся в один ряд с законами и последние могут превалировать над ними. В доказательство своей позиции он ссылается на аргумент, который часто использовался: ничто не препятствует при таком подходе принять более поздний закон, противоречащий действующему договору и имеющий приоритет перед заключенным договором.⁶⁶ Поэтому С. Ю. Марочкин видит обоснованным закрепление в ч. 4 ст. 15 Конституции России международного права не как части права Российской Федерации, а как части ее правовой системы, которое больше отвечает принципу

⁶⁴ Там же.

⁶⁵ Марочкин С. Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. С. 66–67.

⁶⁶ Там же. С. 67.

добросовестного выполнения международных обязательств.⁶⁷ Точности ради надо сказать, что в ч. 4 ст. 15 предусматривается включение в правовую систему России не международного права, а международных договоров России и общепризнанных принципов и норм международного права.

Не останавливаясь на деталях формулировки ч. 4 ст. 15 (которая вызывает серьезные вопросы), надо отметить другое. Не имеет значения то, что в ней говорится не о праве, а о правовой системе Российской Федерации. Важно то, что при расхождении между правилами международных договоров России и ее законов применяются правила договоров. Не нормы договоров, а правила (т. е. положения, как подчеркивает Б. Л. Зимненко). Это вполне «вписывается» в дуалистическую концепцию. *Внешняя* сторона правил договоров, оставаясь словесным выражением правил договора, в то же время становится и *внешним* выражением правил, инкорпорированных в российское законодательство из международных договоров, т. е. ставших частью словесного выражения норм уже российского права.

Представим такую ситуацию: в Конституции России содержится статья, предусматривающая, что международные договоры и общепризнанные принципы и нормы международного права являются частью российского права. Результат не будет отличаться от того, что есть в действительности. И в одном, и в другом случае Россия могла бы принять позднее закон, противоречащий договору. И только включение в Конституцию положения о том, что никакой новый закон (и, может быть, и подзаконный акт) не должен быть принят, если он противоречит действующему договору, способно решить проблему. В какой-то мере положение о приоритете при применении правил договора перед правилами закона преследует эту цель.

По-видимому, упоминание в Конституции России того, что международные договоры и общепризнанные принципы и нормы международного права составляют часть российской правовой системы, может быть расценено как равнозначное упоминанию в этом контексте российского права. Позитивное право или же право в действии (правовая система в том значении, которое было предложено) в такой ситуации — не первостепенный вопрос. Главное — максимальное обеспечение на уровне внутригосударственного права выполнения принципа добросовестного соблюдения международных обязательств. То, что обозначается термином «трансформация» (неудачным, как думают некоторые авторы), не препятствует выполнению названного принципа, говорим ли мы о праве страны или о ее правовой системе (или о законодательстве).

Можно с уверенностью утверждать, что ни одно законодательство и практика не являются стопроцентной гарантией соблюдения указанного принципа.⁶⁸ Необходимо также иметь в виду, что ни международный договор, ни любой внутригосударственный правовой акт не должны

⁶⁷ Там же. С. 68.

⁶⁸ В этом смысле привлекают внимание соображения, высказанные С. Ю. Марочкиным о приоритете договоров и обычаев (Марочкин С. Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. С. 48–64).

содержать чисто теоретических конструкций и «расписываться» в признании дуализма или монизма в качестве предпочтительной теории. Поэтому было бы, видимо, неправильным приводить какую-либо формулировку закона как доказательство правоты дуалистов или монистов.⁶⁹

В повседневной практике теоретические правовые построения обычно не используются. К тому же формулировки законов, договоров и в той или иной степени решений судов нередко непротиворечивы с доктринальной точки зрения. Трудно ожидать, чтобы при заключении договора или применении закона нужны были рассуждения о том, что правовые нормы состоят из гипотезы, диспозиции и санкции и т. п. Практик ставит перед собой, например, задачу выяснить, требуется ли при решении конкретного дела сослаться на международный договор или закон, не думая о том, трансформируются ли положения договора во внутреннее право. Это не исключает возможности в случае необходимости прибегать и к теоретической аргументации, но без посягательства на свободу научной дискуссии.

Комментарии по поводу некоторых положений в работах отечественных авторов ни в коем случае не претендуют на некое подобие рецензии. Определенно можно сказать, что данные работы содержат богатый материал для размышлений. Есть все основания считать, что они дают возможность увидеть новые аспекты в обсуждении проблем, касающихся соотношения международного и внутригосударственного права и взаимодействия международно-правовой и внутригосударственной правовых систем. И, конечно, они позволяют надеяться на продолжение плодотворной дискуссии.

⁶⁹ Это делает В. В. Гаврилов, ссылаясь на п. 3 ст. 5 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» (Гаврилов В. В. Понятие и взаимодействие международной и национальной правовых систем. С. 146).

САНКЦИОННЫЕ РЕЗОЛЮЦИИ СОВЕТА БЕЗОПАСНОСТИ ООН И ИХ ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ РОССИИ

В. С. ИВАНЕНКО*, К. О. КОНОНОВА**

Государства — учредители ООН разработали и зафиксировали в ее Уставе весьма разветвленную и относительно эффективную систему норм, принципов, институтов и мер, направленных на обеспечение международного правопорядка. Устав ООН закрепил мирную процедуру разрешения международных споров, и лишь в случае ее неудачи предусмотрен мирообеспечительный механизм гл. VII Устава «Действия в отношении угрозы миру, нарушений мира и актов агрессии». Совершение подобных действий Устав возложил на Совет Безопасности ООН (далее — СБ ООН или Совет). Устав содержит уникальные и чрезвычайно важные императивные положения: для достижения целей ООН все государства-члены «оказывают ей всемерную помощь во всех действиях, предпринимаемых ею в соответствии с настоящим Уставом» (п. 5 ст. 2). С целью «предотвращения и устранения угрозы миру и подавления актов агрессии или других нарушений мира» (п. 1 ст. 24), обеспечения «быстрых и эффективных действий» все государства возложили «главную ответственность за поддержание международного мира и безопасности» на СБ ООН, согласившись, что «при исполнении его обязанностей, вытекающих из этой ответственности, Совет Безопасности действует от их имени».¹

СБ ООН — основной орган мирового сообщества по обеспечению международного мира. Совет — единственный орган, наделенный Уставом правом принимать принудительные меры (санкции)² к государствам-правонарушителям. Санкции СБ ООН — это коллективные принудительные меры, предпринимаемые им от имени мирового сообщества против нарушителя в случае угрозы или нарушения мира и при его отказе добровольно выполнить свои международные обязательства, направленные на восстановление нарушенного состояния.

Принимаемые Советом решения оформляются в так называемые «санкционные резолюции». Для их реального выполнения и достижения

* Иваненко Виталий Семенович — к. ю. н., доц., зав. кафедрой международного права юридического факультета СПбГУ.

** Кононова Ксения Олеговна — аспирантка кафедры международного права юридического факультета СПбГУ.

© В. С. Иваненко, К. О. Кононова, 2009

¹ Устав ООН. 26 июня 1945 г. // www.un.org/russian/document/basicdoc/charter.htm

² Санкции (англ. *sanction*) — штрафное постановление.

должной результативности необходим комплекс правореализационных действий как международного, так и, главным образом, внутрисоциального характера, получивший наименование «имплементация».³

Международно-правовые основы имплементации государствами резолюций СБ ООН вытекают из общих норм международного права и конкретных положений Устава ООН.

Общепризнан принцип добросовестного выполнения международных обязательств, закрепленный и в Уставе ООН: все члены ООН добровольно взяли на себя обязательства объединить свои силы «для поддержания международного мира и безопасности» (Преамбула) и согласно п. 2 ст. 2 «добросовестно выполняют принятые на себя по настоящему Уставу обязательства».

Устав ООН — это международный договор; в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 г. «каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться». При этом чрезвычайно важна норма, согласно которой «участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора» (ст. 26).⁴

Статья 25 Устава закрепила и следующую весьма значимую норму: «Члены Организации соглашаются, в соответствии с настоящим Уставом, подчиняться решениям Совета Безопасности и выполнять их». Следовательно, такие решения Совета (санкционные резолюции) юридически обязательны для всех государств — членов ООН, и основная обязанность по переводу санкционных норм в конкретные правоприменительные действия возлагается на законодательство и практику государств.

Необходимость и долг России выполнять свои международно-правовые обязательства вытекают из многих норм Конституции, но центральное место среди них занимают известные нормы ч. 4 ст. 15 о том, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Эти нормы воспроизведены и в законе «О международных договорах Российской Федерации».⁵ Кроме того, в преамбуле Закона четко зафиксировано: «Российская Федерация выступает за неукоснительное соблюдение договорных и обычных норм, подтверждает свою приверженность основополагающему принципу международного права — принципу добросовестного выполнения международных обязательств».

По сравнению с конституционными нормами многих других государств Конституция РФ открыто признала приоритет международных общепризнанных и договорных норм, обязав все официальные органы, юридических и физических лиц неукоснительно их применять.

³ Имплементация (лат. *impleo* — наполняю, исполняю) — дословно «введение в действие».

⁴ Венская конвенция о праве международных договоров 1969 г. // Международное публичное право. Сб. документов. В 2 т. Т. 1. М., 1996. С. 67–87.

⁵ Федеральный закон от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ // СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

Однако проблема состоит в том, что резолюции СБ ООН как акты международной организации прямо не подпадают ни под категорию «общеизвестные принципы и нормы международного права», ни под категорию «международные договоры РФ».

Какой же правовой статус имеют резолюции СБ ООН в правовой системе России?

Ответ на этот вопрос может быть дан на основе анализа норм Устава ООН и Конституции РФ, а также вытекающих из них имплементационных положений.

Согласно п. 1 ст. 1 Устава все члены ООН в целях обеспечения мира обязались «принимать эффективные коллективные меры для предотвращения и устранения угрозы миру и подавления актов агрессии или других нарушений мира». Их действия по осуществлению указанных «коллективных мер» закрепляются в санкционных резолюциях Совета, который путем принятия данных резолюций выполняет свои уставные обязанности. В свою очередь и государство, имплементируя эти резолюции во внутренние правовые системы, также выполняет свои международные договорно-правовые (уставные) обязанности.

Г. И. Тункин, например, считал, что резолюции СБ ООН не могут приравниваться к международным договорам и по своему характеру и в соответствии с нормами Устава ООН являются лишь исполнительными постановлениями.⁶

Однако представляется, что по юридической силе и правовому статусу санкционные резолюции СБ ООН внутри правовых систем государств все же должны приравниваться к статусу межгосударственных договоров. Дело в том, что имплементация и реализация резолюций Совета внутри российской правовой системы — это выполнение Россией ее международных уставных обязательств перед ООН, а выполнение обязательств по Уставу ООН — это выполнение международных договорно-правовых обязательств высшего имплементационного порядка. Обладающие юридической силой санкционные резолюции Совета являются договорными обязательствами по Уставу. Основываясь на положениях Устава ООН и ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, можно утверждать, что санкционные резолюции Совета, обладая силой Устава ООН как ратифицированного для России межгосударственного договора, являются составной частью правовой системы России и подлежат применению всеми российскими правоприменителями.

Следует особо подчеркнуть, что, по нашему мнению, в правовой системе России сложился достаточно эффективный внутригосударственный правовой механизм имплементации и реализации санкционных резолюций СБ ООН, не имеющий аналогов в других сферах внутрироссийской реализации норм международного права. Правовое регулирование деятельности России по реализации санкционных резолюций СБ ООН, как и других ее международно-правовых обязательств, осуществляется на основе целого ряда законодательных и иных нормативных актов.

⁶ Тункин Г. И. Теория международного права. М., 2006. С. 152.

Данные акты можно подразделить на два основных вида: нормативные акты общего характера и нормативные акты правореализационного характера.

К *нормативным актам общего характера* относятся следующие акты.

1. Федеральный закон от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах РФ» — основной акт, регулирующий правовые связи России с международным сообществом. Он основан на положениях Конституции РФ и Венских конвенций о праве договоров 1969 и 1986 гг.⁷ Закон распространяется на все международные договоры России независимо от их уровня (межгосударственные, межправительственные, межведомственные), вида и наименования (договор, соглашение, конвенция, пакт, устав и т. п.). Он распространяется также на международные договоры, в которых РФ является стороной в качестве государства — продолжателя СССР, в том числе и на Устав ООН. Поэтому положения Закона могут и должны определять основной порядок и принципы имплементации также и санкционных резолюций СБ ООН как уставных (т. е. международных договорно-правовых) обязательств РФ.

Согласно п. 1 ст. 31 «Выполнение международных договоров РФ» они «подлежат добросовестному выполнению в соответствии с условиями самих международных договоров, нормами международного права», а также Конституцией РФ, указанным Федеральным законом, иными актами законодательства РФ. Отсюда следует, что нормы Устава ООН как международного договора РФ «подлежат добросовестному выполнению в соответствии с условиями» прежде всего самого Устава, а затем Венских конвенций о праве договоров 1969 и 1986 гг. и других норм международного права.

2. Федеральный закон от 23 июня 1995 г. № 93-ФЗ «О порядке предоставления Российской Федерацией военного и гражданского персонала для участия в деятельности по поддержанию или восстановлению международного мира и безопасности»⁸ в ст. 2 дает определение такой деятельности с участием России. В нее включаются и «международные принудительные действия с использованием вооруженных сил, осуществляемые по решению Совета Безопасности ООН, принятому в соответствии с Уставом ООН для устранения угрозы миру, нарушений мира или акта агрессии».

3. Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»⁹ в ст. 13 закрепляет механизм реализации резолюций СБ ООН путем их введения указами Президента РФ, который «в соответствии с Конституцией РФ и федеральными законами устанавливает запреты и ограничения внешней торговли товарами, услугами и интеллектуальной собственностью в целях участия Российской Федерации в международных санкциях».

⁷ Венская конвенция о праве международных договоров 1969 г.; Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями и между международными организациями 1986 г. // Международное публичное право. Т. 1. С. 67–113.

⁸ СЗ РФ. 1995. № 26. Ст. 2401.

⁹ СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4850.

4. Указ Президента РФ от 12 марта 1996 г. № 375 «О координирующей роли Министерства иностранных дел Российской Федерации в проведении единой внешнеполитической линии Российской Федерации»¹⁰ определил МИД головным органом в осуществлении координации и общего контроля за выполнением международных обязательств РФ.

5. Постановление Правительства РФ от 14 марта 1997 г. № 300 «О порядке рассмотрения обращений Министерства иностранных дел Российской Федерации и входящих в его систему дипломатических представительств по вопросам международного сотрудничества»¹¹ обязало федеральные органы и органы субъектов РФ оперативно реагировать на обращения МИД РФ по международным вопросам, в том числе, безусловно, и по выполнению резолюций СБ ООН.

6. Указ Президента РФ от 23 мая 1996 г. № 763 «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти»¹² в п. 1 и 2 установил, что акты Президента и Правительства (указы, постановления и распоряжения), включая, естественно, и акты по выполнению резолюций СБ ООН, «подлежат обязательному официальному опубликованию» в «Собрании законодательства РФ» и «Российской газете» в течение 10 дней после их подписания.

7. Ведомственные имплементационные нормативно-правовые акты. Как известно, каждое федеральное министерство и ведомство осуществляет свою деятельность в соответствии с собственным Положением, утвержденным Указом Президента или Постановлением Правительства РФ. В данных положениях содержатся нормы, регламентирующие полномочия Министерства в области международных связей, в том числе и по вопросам выполнения международных обязательств.

Так, согласно подп. 22 п. 6 Положения о Министерстве иностранных дел РФ, утв. Указом Президента РФ от 11 июля 2004 г. № 865,¹³ МИД осуществляет общее наблюдение за выполнением международных обязательств РФ. МИД имеет право осуществлять «контроль за соответствием нормативных правовых актов РФ ее международным обязательствам» (подп. 3 п. 7) и докладывать Президенту или Правительству о действиях официальных органов и должностных лиц, влекущих за собой несоблюдение принципа единства внешней политики РФ или невыполнение ею международных обязательств либо законодательства о международных договорах (подп. 5 п. 7).

Согласно подп. «б» п. 3 Положения о Министерстве обороны РФ, утв. Указом Президента от 16 августа 2004 г. № 1082,¹⁴ в перечне основных задач Министерства закреплена также «организация применения Вооруженных Сил в соответствии с международными договорами РФ».

¹⁰ СЗ РФ. 1996. № 12. Ст. 1061.

¹¹ СЗ РФ. 1997. № 12. Ст. 1437.

¹² СЗ РФ. 1996. № 22. Ст. 2663.

¹³ СЗ РФ. 2004. № 28. Ст. 2880.

¹⁴ СЗ РФ. 2004. № 34. Ст. 3538.

Нормативные акты правореализационного характера направлены на обеспечение выполнения конкретных санкционных резолюций СБ ООН, принимаются (в зависимости от их содержания и субъектов-адресатов) непосредственно Президентом, Правительством и другими министерствами и ведомствами.

Указы и распоряжения Президента,¹⁵ принимаемые во исполнение резолюций СБ ООН, имеют, как правило, схожую структуру, совпадающие формулировки и положения.

1. Эти акты принимаются «в связи с резолюцией Совета Безопасности ООН».¹⁶

2. Указываются внутрироссийские адресаты — субъекты реализации резолюции СБ ООН.¹⁷

3. Перечисляются объекты, содержание и сроки действия санкций СБ ООН.¹⁸

4. Указываются министерства и ведомства, обеспечивающие выполнение санкций.¹⁹

5. Предусматривается порядок взаимодействия органов государства по вопросам контроля. Особо оговаривается роль МИД РФ. Федеральные

¹⁵ Было издано лишь одно санкционное распоряжение общего характера: *Распоряжение* Президента от 22 апреля 1992 г. № 189-рп «О мерах, связанных с выполнением резолюции 748 Совета Безопасности ООН» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 18. Ст. 1012. — Но, как показывает практика, акты в форме распоряжений Президента принимаются в связи с выполнением РФ конкретных санкционных мер СБ ООН. Например, в соответствии с резолюцией СБ ООН 1545 от 21 мая 2004 г., санкционировавшей развертывание операции по поддержанию мира в Бурунди, было издано Распоряжение Президента от 28 июня 2004 г. № 291-рп «О направлении российских военнослужащих для участия в операции по поддержанию мира под названием “Операция Организации Объединенных Наций в Бурунди” (ОНЮБ)» (СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2771).

¹⁶ См., напр.: *Указ* Президента РФ от 17 октября 2008 г. № 1490 «О мерах в связи с принятием резолюции Совета Безопасности ООН 1807 от 31 марта 2008 г.» // СЗ РФ. 2008. № 42. Ст. 4790.

¹⁷ Например, в п. 1 Указа Президента РФ от 5 мая 2008 г. № 682 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1803 от 3 марта 2008 г.» (СЗ РФ. 2008. № 19. Ст. 2114) названы следующие адресаты: «Всем государственным учреждениям, промышленным, торговым, финансовым, транспортным и другим предприятиям, банкам, организациям, иным юридическим и физическим лицам, находящимся под юрисдикцией Российской Федерации...».

¹⁸ Так, согласно подп. «б» п. 1 Указа Президента РФ от 2 марта 2004 г. № 297 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1521 от 22 декабря 2003 г.» (СЗ РФ. 2004. № 10. Ст. 844) «с 22 декабря 2003 г. до 22 декабря 2004 г. запрещаются: продажа или поставка в Либерию вооружения и связанных с ним материальных средств всех видов, включая оружие и боеприпасы, военно-транспортные средства и технику, полувоенное снаряжение и запасные части ко всему вышеупомянутому, а также использование для этих целей водного и воздушного транспорта; предоставление Либерии услуг по техническому обучению или технической помощи, связанных с передачей, производством, обслуживанием или эксплуатацией вооружения и средств, перечисленных в абз. 2 настоящего подпункта».

¹⁹ Так, согласно п. 2 Указа Президента РФ от 18 марта 2006 г. № 227 «О мерах по выполнению резолюции СБ ООН 1643 от 15 декабря 2005 г.» (СЗ РФ. 2006. № 13. Ст. 1359) в отношении реализации санкций к Кот-д’Ивуару МВД, МИД, министерства транспорта, финансов, экономического развития и торговли, СВР, ФСБ, федеральная таможенная служба должны «обеспечить в соответствии со своей компетенцией выполнение мер, предусмотренных п. 1 настоящего Указа».

органы обязаны предоставлять Президенту и Правительству отчеты о принятых ими мерах по реализации указа, а МИДу — сведения для последующего информирования конкретного комитета СБ ООН по санкциям.²⁰

6. Указы обязывают МИД РФ оперативно доводить до сведения федеральных органов информацию Комитета ООН по конкретным санкциям, необходимую для реализации ими указов.

7. В указах нередко воспроизводятся дифференцированные изъятия из санкционного механизма, предусмотренные в самих резолюциях СБ ООН, устанавливаемые по нескольким основаниям. Так, санкции должны: признаваться необходимыми из гуманных целей;²¹ вводиться по юридическим причинам.²²

Принципиально и то, что в указах Президента обращается внимание всех органов государства, ответственных за их исполнение, на то, что «изъятия из этих мер допускаются лишь с разрешения» Комитета ООН по конкретным санкциям.

8. Указы могут предусматривать корректировку внутригосударственного организационного механизма имплементации. Это может быть связано, например, с перераспределением министерства, уполномоченного на выполнение санкции.²³

²⁰ Имеется в виду комитет, создаваемый на основе той или иной резолюции (*Комитеты по санкциям Совета Безопасности ООН* // www.un.org/russian/sc/committees). Возможно указание конкретной даты предоставления сведений. Так, согласно п. 3 Указа Президента РФ от 2 февраля 2005 г. № 117 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1572 от 15 ноября 2004 г.» (СЗ РФ. 2005. № 6. Ст. 442) федеральным органам надлежало предоставить МИДу сведения о принятых ими мерах по реализации данного Указа к 15 февраля 2005 г.

²¹ См., напр., подп. «д» п. 1 Указа Президента РФ от 2 февраля 2005 г. № 117, согласно которому «меры не распространяются на средства, другие финансовые активы и экономические ресурсы, которые признаны необходимыми для покрытия расходов на предметы первой необходимости, включая выплаты на приобретение продуктов питания, аренду жилья или погашение ипотечной ссуды, лекарства и лечение, налоги, страховые премии и коммунальные услуги, или исключительно на оплату в разумных пределах услуг специалистов и возмещение понесенных расходов, связанных с предоставлением юридических услуг, или сборов либо платы за текущее содержание или обслуживание замороженных средств, других финансовых активов и экономических ресурсов после уведомления Комитета о намерении санкционировать в случае необходимости доступ к таким средствам, другим финансовым активам и экономическим ресурсам и при отсутствии отрицательного решения Комитета в течение двух рабочих дней с момента такого уведомления».

²² Изъятия могут быть признаны «подпадающими под действие судебного, административного или арбитражного решения или постановления об удержании средств по долговым претензиям». См., напр., подп. «д» п. 1 Указа Президента РФ от 24 июня 2005 г. № 720 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1596 от 18 апреля 2005 г.» (СЗ РФ. 2005. № 26. Ст. 2635).

²³ См., напр., п. «а» Указа Президента РФ от 1 сентября 2001 г. № 1090 «О внесении изменений в Указ Президента Российской Федерации от 2 сентября 1997 г. № 972 “О мерах по выполнению Российской Федерацией резолюций Совета Безопасности ООН в отношении создания международного механизма постоянного наблюдения и контроля за поставками в Ирак” и в Список товаров и технологий двойного назначения и иных средств, экспорт которых в Ирак в соответствии с резолюциями Совета Безопасности ООН контролируется и подлежит уведомлению или запрещен, утвержденный этим Указом» (СЗ РФ. 2001. № 37. Ст. 3669).

9. Отдельные указы в рамках имплементации санкций предусматривают внесение изменений непосредственно в нормативно-правовые акты РФ; например, введение уголовной ответственности за отдельные акты терроризма.²⁴

Решения Правительства РФ, принимаемые во исполнение резолюции СБ ООН и соответствующего указа Президента, основываются на ст. 110 Конституции и ст. 4 Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации».²⁵ Если в первой половине 1990-х годов Правительством принимались постановления и распоряжения общего характера, конкретизировавшие реализацию резолюций СБ ООН и соответствующих указов Президента,²⁶ то в последующие годы эти акты стали приниматься и по узкоконкретным вопросам.²⁷ Так, Постановлением Правительства РФ утверждено Положение об осуществлении контроля за выполнением уполномоченными органами иностранных государств обязательств по целевому использованию отдельных видов продукции военного назначения, поставляемой из РФ,²⁸ который осуществляется с целью исключения перепродажи или передачи этой продукции террористическим и экстремистским организациям, преступным сообществам и лицам, а также государствам, в отношении которых запрещается или ограничивается вывоз (ввоз) военной продукции в целях обеспечения выполнения санкционных резолюций СБ ООН.

Акты министерств и ведомств принимаются с целью еще большей конкретизации исполняемых РФ санкционных обязательств. Министерства, агентства и ведомства, комитеты и иные государственные службы во исполнение имплементационных актов Президента и Правительства издадут свои ведомственные акты, обеспечивая реализацию санкций в конкретных областях международного сотрудничества.²⁹

²⁴ Так, в подп. «б» п. 1 Указа Президента РФ от 10 января 2002 г. № 6 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1373 от 28 сентября 2001 г.» (СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 137) отмечена необходимость ввести в соответствии с законодательством РФ «уголовную ответственность за умышленное предоставление или сбор средств, любыми методами, прямо или косвенно, гражданами Российской Федерации или на территории Российской Федерации с намерением, чтобы такие средства использовались — или при осознании того, что они будут использованы, — для совершения террористических актов».

²⁵ *Федеральный конституционный закон* от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ // СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5712.

²⁶ О дополнительных обязательных санкциях в отношении Ливии см., напр.: *Постановление* Правительства РФ от 12 февраля 1994 г. № 120 «О мерах, связанных с выполнением резолюции Совета Безопасности ООН 883 от 11 ноября 1993 г.» // САПП РФ. 1994. № 8.

²⁷ См., напр.: *Постановление* Правительства РФ от 9 июня 1997 г. № 691 «Об одобрении и представлении на утверждение Президента Российской Федерации проекта Списка товаров и технологий двойного назначения и иных средств, экспорт которых в Ирак в соответствии с резолюциями Совета Безопасности ООН контролируется и подлежит уведомлению или запрещен» // СЗ РФ. 1997. № 24. Ст. 2773.

²⁸ *Постановление* Правительства РФ от 6 октября 2006 г. № 604 // СЗ РФ. 2006. № 42. Ст. 4379.

²⁹ См., напр., Письмо Центрального банка РФ от 1 февраля 2002 г. № 12-Т «О мерах, предпринимаемых во исполнение резолюций Совета Безопасности ООН» (официально не опубликовано; доступно в СПС «Гарант»), которым ЦБР по информации МИД РФ и «в соответствии с Указами Президента Российской Федерации от 20 октября 1998 г. № 1271

Государственный таможенный комитет РФ в Письме от 23 марта 2004 г. «О резолюции Совета Безопасности ООН 1521 от 22 декабря 2003 г.» указал подведомственным органам на необходимость во исполнение Указа Президента от 2 марта 2004 г. № 297 прекратить пропуск через таможенную границу лиц, товаров и услуг, которые угрожают мирному процессу в Либерии.³⁰

Центральный банк РФ в связи с Указом Президента от 27 мая 2007 г. № 665 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1718 от 14 октября 2006 г.»³¹ указал кредитным организациям на необходимость выполнения положений Указа о применении санкций в отношении КНДР в связи с проведением ею ядерного испытания.³² Подведомственные подразделения Центробанка затем принимают свои меры.³³

Возникающие при реализации санкций разногласия и появляющиеся правовые пробелы решаются путем определения верховенства юридической силы нормы, издаваемой во исполнение резолюции СБ ООН. Федеральная служба по финансовому мониторингу в Письме от 15 октября 2007 г.³⁴ указала: «Российская Федерация является постоянным членом Совета Безопасности ООН и обязана выполнять его резолюции». Поэтому Письмо Ассоциации российских банков от 30 августа 2007 г. «Об исполнении Указа Президента РФ от 27 мая 2007 г. № 665», ссылающееся на отсутствие у кредитных организаций «правовых механизмов для исполнения в полной мере требований, содержащихся в Указе № 665»,³⁵

«О мерах по выполнению резолюций Совета Безопасности ООН 1173 от 12 июня 1998 г. и 1176 от 24 июня 1998 г.», от 5 мая 2000 г. № 786 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1267 от 15 октября 1999 г.» и от 6 марта 2001 г. № 266 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1333 от 19 декабря 2000 г.»» направил обновленные списки членов УНИТА (Ангола), а также списки физических и юридических лиц, имеющих отношение к афганскому Движению Талибан и террористической организации «Аль-Каида», к сведениям кредитных организаций на территории России для использования в работе в соответствии с действующим российским законодательством. См. также: *Письмо* Ассоциации российских банков от 4 декабря 2007 г. № А-02/5-621 «Об исполнении Указа Президента Российской Федерации от 27 мая 2007 г. № 665 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1718 от 14 октября 2006 г.»» (официально не опубликовано; доступно в СПС «Гарант»).

³⁰ *Письмо* ГТК РФ от 23 марта 2004 г. № 01-06/10368 (официально не опубликовано; доступно в СПС «Гарант»).

³¹ СЗ РФ. 2007. № 23. Ст. 2748.

³² *Письмо* ЦБР от 21 декабря 2007 г. № 04-31-1/5524 «Об исполнении Указа Президента Российской Федерации от 27 мая 2007 г. № 665 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1718 от 14 октября 2006 г.»» (официально не опубликовано; доступно в СПС «Гарант»).

³³ См., напр.: *Письмо* Отделения № 1 Московского ГТУ ЦБР от 20 июля 2007 г. № 51-22-16/28909 «О выполнении Указа Президента Российской Федерации от 27 мая 2007 г. № 665» (официально не опубликовано; доступно в СПС «Гарант»).

³⁴ *Письмо* Федеральной службы по финансовому мониторингу от 15 октября 2007 г. № 04-1-26/2758 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1718 от 14 октября 2006 г.» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2007. 20 авг. — См. также: *Письмо* Федеральной таможенной службы от 18 июня 2007 г. № 01-06/22478 «О санкциях в отношении Корейской Народно-Демократической Республики» // Таможенные ведомости. 2007. № 12 (извлечение).

³⁵ *Письмо* Ассоциации российских банков от 30 августа 2007 г. № А-01/1Е-444 «Об исполнении Указа Президента Российской Федерации от 27 мая 2007 г. № 665» (официально

не может быть принято во внимание, так как «п. 2 ст. 3 Федерального закона от 30 декабря 2006 г. № 281-ФЗ “О специальных экономических мерах” и п. 1 Указа Президента РФ от 27 мая 2007 г. № 665 “О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1718 от 14 октября 2006 г.” предусмотрены основания для отказа банками как в открытии счетов, так и в проведении операций по счетам категории лиц, упомянутой в Указе Президента РФ от 27 мая 2007 г. № 665».

Деятельность Федерального Собрания РФ занимает особое место в механизме реализации санкций СБ ООН. Не имея прямых правовых рычагов воздействия на принятие и осуществление санкций, палаты парламента, тем не менее, влияют на оценку и характер имплементируемых мер в правовой системе России. Принятие постановлений, обращений и заявлений — одно из звеньев правового мониторинга всей системы реализации санкций.³⁶

Например, Госдума в Постановлении от 4 июля 2001 г. № 1739-III ГД «О необходимости отмены экономических санкций в отношении Республики Ирак»³⁷ рекомендовала Президенту: а) внести на заседание СБ ООН предложения об ослаблении режима экономических санкций в отношении Ирака и их последующей полной отмене; б) использовать право вето при голосовании в СБ ООН любых инициатив, предусматривающих ужесточение к Ираку режима санкций.

В Постановлении от 15 ноября 1996 г.³⁸ об отношении к применению санкций СБ ООН Госдума констатировала: «Международное сообщество и Совет Безопасности ООН должны крайне взвешенно подходить к принятию решений о введении санкций в отношении отдельных государств. Использование этого инструмента воздействия должно рассматриваться как исключительное средство, к которому можно прибегать только в случае, если политические методы урегулирования полностью исчерпаны... Важнейшим критерием целесообразности применения принудительных мер является наличие реальной угрозы миру и международной безопасности... Необходима разработка и системы мер по минимизации экономического ущерба, наносимого другим государствам при применении санкций». Этим Постановлением Дума отразила свое видение как механизма реализации санкций, так и взаимодействия правовой системы РФ с ООН, что проявилось в: а) рекомендации Президенту принять меры, исключающие возможность применения ООН санкций, наносящих ущерб интересам РФ; б) поручении комитетам Думы разработать систему

не опубликовано; доступно в СПС «Гарант»). — См. также Письмо ЦБР от 13 июля 2007 г. № 105-Т «Об Указе Президента Российской Федерации от 27 мая 2007 г. № 665» и Письмо МИД РФ от 7 сентября 2007 г. № 7799/дмо «О применении Указа Президента Российской Федерации от 27 мая 2007 г. № 665» (официально не опубликованы; доступны в СПС «Гарант»).

³⁶ См., напр.: *Постановление* Государственной Думы РФ от 31 марта 2000 г. № 212-III ГД «О заявлении Государственной Думы Российской Федерации “Об экономических санкциях в отношении Республики Ирак”» // СЗ РФ. 2000. № 15. Ст. 1562.

³⁷ СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2972.

³⁸ *Постановление* Государственной Думы РФ от 15 ноября 1996 г. № 818-II ГД «Об отношении Государственной Думы Российской Федерации к применению санкций Советом Безопасности ООН» // СЗ РФ. 1996. № 48. Ст. 5440.

мер, определяющих порядок участия России в санкциях на основе Конституции РФ и Устава ООН.

С принятием Федерального закона от 30 декабря 2006 г. № 281-ФЗ «О специальных экономических мерах»³⁹ у обеих палат Федерального Собрания появилось право инициировать перед Президентом применение указанных мер, тем самым поддерживая по этому вопросу баланс взаимодействия законодательной и исполнительной ветвей власти.⁴⁰ Это подтверждается п. 2 и 3 ст. 6 Закона, согласно которым Президент информирует парламент о ходе применения таких мер не реже одного раза в шесть месяцев. В свою очередь палаты Собрания обсуждают получаемую информацию и представляют Президенту предложения по повышению эффективности применения мер, а также их отмены или замены.

В целом оценивая эффективность реализации санкционных резолюций ООН, нельзя не затронуть и ряд проблемных вопросов, например о временных характеристиках их имплементации. Как свидетельствует практика, акты РФ о выполнении данных резолюций, обычно требующих оперативного реагирования, часто издаются по истечении многих месяцев. Так, указы Президента РФ издаются в срок от одного месяца до полугода и более.⁴¹ Учитывая, что санкции принимаются СБ ООН в исключительных случаях по ситуациям, угрожающим миру или уже нарушившим мир, сопровождающимся жертвами и бедствиями тысяч и миллионов человек, крайне необходимо оперативное и действенное реагирование государства на эти кризисные ситуации. Несовпадение ожидаемых сроков и действий применения санкций ставит вопрос о необходимости совершенствования механизма имплементации санкционных мер, а также изменении его ключевых характеристик.

Следует учитывать, что резолюции СБ ООН не только обязывают государства-члены в публично-правовой сфере, но и затрагивают частноправовые отношения физических и юридических лиц. С учетом содержания резолюций ООН, актов Президента и Правительства РФ их выполнение обязательно для всех органов государства, юридических и физических лиц, находящихся под юрисдикцией РФ. Данные акты оказывают серьезное влияние, в частности, и на внешнеэкономические контракты. Согласно нормам ст. 43 Венской конвенции о праве договоров и ст. 103 Устава санкционные резолюции ООН, являясь нормами международного права, обладают *erga omnes* высшей юридической силой

³⁹ СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 44.

⁴⁰ См., напр., следующие документы Государственной Думы РФ: *Законопроект* от 12 августа 1995 г. «О прекращении участия Российской Федерации в осуществлении международных санкций, введенных против Союзной Республики Югославия» // СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3436; *Обращение* от 28 июня 2000 г. к парламентам государств — членом ОБСЕ об отмене экономических санкций в отношении Союзной Республики Югославии // СЗ РФ. 2000. № 28. Ст. 2934; и др.

⁴¹ См. соответственно: указы Президента РФ от 20 июня 2002 г. № 627 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1412 от 17 мая 2002 г.» (СЗ РФ. 2002. № 25. Ст. 2401), от 23 ноября 2007 г. № 1572 «О мерах по выполнению резолюции Совета Безопасности ООН 1753 от 27 апреля 2007 г.» (СЗ РФ. 2007. № 48 (ч. II). Ст. 5958), от 28 ноября 2007 г. № 1593 «О мерах по выполнению резолюций Совета Безопасности ООН 1737 от 23 декабря 2006 г. и 1747 от 24 марта 2007 г.» (Там же. № 49. Ст. 6132).

в сравнении с иными договорными обязательствами государств и частных лиц.

Резолюции СБ ООН освобождают государства от выполнения обязательств, вытекающих из международных договоров, в случае их противоречия данным резолюциям. Таким образом, положения резолюций Совета имеют первичный характер и освобождают от ответственности, возникающей при неисполнении норм такого договора.

Внешнеэкономический контракт, заключенный до введения санкций, либо приостанавливает, либо прекращает свое действие. Принятие санкции СБ ООН, ограничивающей действие контрактов, подпадающих под нее, является основанием для решения суда об освобождении от ответственности в случае, если подобное основание предусмотрено во внутреннем праве государства или в самом контракте. Данное основание может расцениваться судом и как действие непреодолимой силы.

Возможно приостановление действия частнопроводного договора на период действия санкций, но такой период оказывается зачастую неопределенным и длительным.

Частнопроводные контракты, заключенные после введения санкций СБ ООН, юридически недействительны, поскольку ими изначально не порождаются какие-либо права и обязанности сторон сделки, а также возможность наступления ответственности за неисполнение обязательств по договору.

Вопрос о компенсации убытков в связи с принятием резолюции СБ ООН решается на основе созданного в рамках ООН особого механизма — Компенсационной Комиссии⁴² и тех внутригосударственных обеспечительных мер, которые могут создаваться государством.

Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» прямо не предусматривает право субъектов частнопроводного контракта на возмещение убытков в связи с действием санкций СБ ООН.⁴³ Санкционные указы Президента РФ также не всегда учитывают необходимость компенсации понесенных убытков участниками частнопроводных сделок в связи с распространением на них режима санкций. Более того, даже наличие требуемого положения в указе Президента еще не гарантирует на практике его своевременное исполнение либо не реализуется вовсе.

В связи с этим представляется целесообразным дополнить текст указанного Закона положением о механизме компенсации участникам внешнеэкономической деятельности понесенных убытков, учтя при этом последствия применения не только экономических, но и военных санкций.

⁴² Первоначальная цель Комиссии на основании резолюции СБ ООН S/RES/692 (1991) лишь обеспечение возмещения убытков в связи с агрессией Ирака против Кувейта. Позднее Комиссия преобразована в постоянный орган Совета, расположенный в Женеве (подробнее см.: www.un.org/Docs/sc/unscc_structure.html).

⁴³ Правда, ст. 21 утратившего силу Федерального закона от 13 октября 1995 г. № 157-ФЗ «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» (СЗ РФ. 1995. № 42. Ст. 3923) включала норму, согласно которой «российские лица имеют право на возмещение в судебном порядке убытков», связанных с участием РФ «в международных экономических санкциях, за счет средств федерального бюджета».

Однако следствием принятия санкций СБ ООН может быть и заключение внутригосударственными субъектами внешнеэкономического контракта в целях реализации резолюции Совета. В частности, такой контракт может касаться договоров поставок товаров и услуг гуманитарного назначения. Так, СБ ООН в п. 4а резолюции S/RES/1844 (2008) от 20 ноября 2008 г. в отношении ситуации в Сомали⁴⁴ постановил, что вводимые меры не применяются в отношении денежных средств, других финансовых активов или экономических ресурсов, которые «необходимы для покрытия основных расходов, включая оплату продуктов питания, аренды жилья или ипотечного кредита, лекарств и медицинской помощи, налогов, страховых взносов или коммунальных услуг, или исключительно для оплаты в разумных пределах расходов на услуги специалистов и возмещения понесенных расходов».

Исходя из вышесказанного, можно констатировать, что имплементация резолюций СБ ООН в российской правовой системе предполагает: 1) издание актов, создающих механизм реализации санкции; 2) последующее своевременное принятие внутригосударственных мер, адресованных субъектам, находящимся под юрисдикцией РФ, в целях эффективного применения санкционного режима.

Однако с учетом неоднородности внутригосударственного правового регулирования имплементации санкционных резолюций СБ ООН представляется необходимым на законодательном уровне определить их место в правовой системе России и механизм реализации. Этому может способствовать и установление правовой позиции Конституционного Суда РФ в части конституционного определения места резолюций СБ ООН в российской правовой системе и их соотношения с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ.

⁴⁴ www.un.org/russian/documen/scresol/res2008/res1844.htm

СОТРУДНИЧЕСТВО ГОСУДАРСТВ С МЕЖДУНАРОДНЫМ УГОЛОВНЫМ СУДОМ

С. В. ГЛОВА



Глова Светлана Владимировна,
к. ю. н., доцент, кафедра
международного права
МГУ им. М. В. Ломоносова

1. Необходимость сотрудничества. Международный уголовный Суд (далее — МУС, Суд), как и большинство иных международных уголовных трибуналов, расположен вне государств, где совершены преступления, над которыми Суд имеет юрисдикцию. Суд осуществляет правосудие над индивидами, находящимися в пределах территории суверенных государств, которые являются субъектами исключительной юрисдикции таких государств. Большая часть свидетелей и доказательств также сконцентрированы именно в их пределах.

Реализуя свою компетенцию, Суд издает ордера на арест, запросы об истребовании доказательств, получении свидетельских показаний и розыске подозреваемых, иные требования в области защиты свидетелей и потерпевших. Однако он не имеет полномочий вторгаться в пределы верховной власти государства и реализовывать эти решения по отношению к индивидам соответствующего государства. Кроме того, большинство преступлений, относящихся к юрисдикции Суда, совершаются высшими руководителями или должностными лицами, действующими как представители государства. В распоряжении МУС нет собственных вооруженных или полицейских сил, которые принуждали бы национальные власти (в отличие от Нюрнбергского и Токийского трибуналов, решения которых обеспечивались оккупационными державами). Согласно метафоре экс-президента Международного трибунала по бывшей Югославии (далее — МТБЮ) и выдающегося ученого А. Кассези, трибуналы представляют собой «гигантов без рук и ног»,¹ которые ввиду этого нуждаются в «искусственных конечностях» для того, чтобы ходить и работать. Такими «протезами» и являются национальные власти. Для того чтобы Суд смог полноценно осуществлять расследование и провести

© С. В. Глова, 2009

¹ Cassese A. 1) International Law. Oxford, 2001. P. 269; 2) On current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of International humanitarian law // European Journal of International Law (EJIL). 1998. N 9. P. 13.

судебный процесс, он нуждается в помощи других субъектов,² в первую очередь государств. Одно из необходимых условий нормального и эффективного функционирования МУС — сотрудничество государств.³ Суду необходима помощь государств в сборе доказательств, в материально-технической поддержке следственной деятельности на местах, в аресте и передаче лиц и приведении в исполнение приговоров осужденным. Если же государства прекратят сотрудничать, деятельность Суда будет парализована. Таким образом, от кооперации государств и других субъектов в значительной степени зависит, сумеет ли МУС достичь своих целей.

Важность сотрудничества неоднократно подчеркивалась в выступлениях Президента и Обвинителя Суда, отчетных докладах МУС ООН. Так, в Докладе МУС сказано, что «сотрудничество со стороны государств и других партнеров является принципиально важным для достижения целей, сформулированных государствами-участниками в преамбуле к Римскому Статуту».⁴ О существенной роли сотрудничества государств, международных организаций, а также гражданского общества для функционирования Суда говорит и Ф. Кирш.⁵

Сотрудничество — сердцевина эффективной международной уголовной процедуры, однако эта зависимость порождает значительные трудности на практике.

2. Общая характеристика режима сотрудничества МУС. Прежде чем проанализировать режим сотрудничества МУС, остановимся на режиме сотрудничества за рамками Римского Статута. В решении по делу Бласкича⁶ МТБЮ отметил, что сотрудничество в уголовных делах между государствами базируется на «горизонтальных» взаимоотношениях, в то время как между трибуналами и государствами оно является «вертикальным».⁷ Это разделение было позже охарактеризовано А. Кассези как межгосударственная и надгосударственная модели сотрудничества.⁸ Различие между вертикальной и горизонтальной схемами обусловлено фундаментальным различием в подходе: вертикальная модель придает больше полномочий международной юрисдикции и налагает гораздо более строгие обязательства на государства.

Основные черты вертикальной модели, присущей трибуналам ad hoc:

² Объем настоящей статьи не позволяет рассмотреть сотрудничество с международными организациями.

³ *Веньци Ч.* О сотрудничестве с Международным уголовным Судом государств, не являющихся участниками Статута // Международный журнал Красного Креста. Т. 88. № 861. 2006. Март. С. 108.

⁴ Доклад Международного уголовного Суда за 2005–2006 годы. Документ ООН A/61/217 от 3 августа 2006 г. § 60.

⁵ *Address to the United Nations Assembly.* 30 October 2008. Judge Philippe Kirsch. President of the International Criminal Court. Check against delivery. P. 7–8 (www.icc-cpi.int).

⁶ *Blaskic Appeal Chamber Judgment.* 29.10.1997. IT-95-14-AR108bis. Para 18–23. — Здесь и далее ссылки на судебные решения приводятся в авторской редакции с незначительными сокращениями и изменениями (*Ред.*).

⁷ *Сафаров Н. А.* Сотрудничество в области уголовного правосудия: «горизонтальная» и «вертикальная» модели // Московский журнал международного права (далее — МЖМП). 2007. № 1. С. 93–107.

⁸ *Cassese A.* The Statute of International criminal Court: Some Preliminary Objection // EJIL. 1999. N 10. P. 164–165.

1) обязанность сотрудничества, проистекающая из резолюций Совета Безопасности 827(1993) и 955(1994),⁹ связывает все государства — члены ООН на основе гл. VII Устава ООН. Будучи вспомогательными органами Совета Безопасности (СБ), а значит и ООН, они являются юридическими образованиями «специального рода» и на основе полномочий, данных им СБ, могут издавать решения, обязывающие суверенные государства. Как указал Генеральный секретарь ООН, «учреждение международного трибунала на основе гл. VII... означает, что все государства находятся под обязательством сотрудничать с Международным трибуналом и помогать ему на всех стадиях процесса». Поскольку требования, издаваемые Судебной палатой, необходимы для ведения судебного процесса, им должен быть придан такой же эффект. Поэтому «ордера Судебной палаты о передаче или трансфере лица в Международный трибунал должны рассматриваться как применение мер по исполнению согласно гл. VII Устава ООН».¹⁰ Резолюции содержат общую обязанность сотрудничества. Статуты трибуналов (ст. 29 Устава МТБЮ и ст. 28 Устава Международного уголовного трибунала по Руанде (МУТР)) повторяют обязательства, закрепленные в резолюциях.¹¹ Помимо этого, указания на обязанность сотрудничества с трибуналами содержатся в многочисленных резолюциях СБ, подтверждающих обязательства учредительных резолюций;¹²

2) эта обязанность не содержит никаких исключений;

3) право трибунала самому интерпретировать и определять обязанности по сотрудничеству;¹³ в практике трибуналов признана доктрина так называемых присущих полномочий;¹⁴

4) это обязательство не является взаимным;

5) трибуналы могут издавать как ордера, так и запросы, обязательные для государства. При этом ордера могут быть направлены не только государствам, но и непосредственно физическим лицам.¹⁵

⁹ Соответственно § 2 первой и § 2 второй резолюции.

¹⁰ *Report of the Secretary General pursuant to Paragraph 2 of the SC Resolution 808 (1993)*. Un doc S/25/704. Paras 125–126.

¹¹ Идентичные нормы о сотрудничестве находятся в Правилах процедуры и доказывания, принятых трибуналами в соответствии со ст. 17 Устава МТБЮ и ст. 14 Статута МУТР.

¹² За исключением некоторых, они все были приняты на основе гл. VII. Кроме того, правовой основой для сотрудничества с МТБЮ является **Общее соглашение о мире в Боснии и Герцеговине**, подписанное Боснией и Герцеговиной, Хорватией и Федеративной республикой Югославией / Сербией и Черногорией 2 ноября 1995 г. (Дейтонское соглашение). США заключили двусторонние соглашения о передаче лиц обоим трибуналам. Интересен вопрос в отношении Швейцарии. А. Чампи подлагает, что основа ее сотрудничества с обоими трибуналами — одностороннее решение, на основе которого она имплементировала положения уставов в свое законодательство (См. *A. The obligation to cooperate // The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary / ed. by A. Cassese, P. Gaeta, J. Jones. Oxford, 2002. Vol. 2. P. 1611*).

¹³ *Sluiter G. International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence*. Antwerp, 2002. P. 82–88.

¹⁴ МТБЮ в деле Бласкича постановил, что полномочия по принятию юридических решений являются «присущими (*inherent*) полномочиями» (*Blaskic Appeal Chamber Judgment*. Para 33). Он предпочитает использовать этот термин, отличный от концепции подразумеваемых (*implied*) полномочий (*Ibid.* Para 27). Доктрина присущих полномочий была развита МТБЮ на основе трактовки их уставов как **юридических органов**: трибуналы были признаны обладающими такими присущими полномочиями.

¹⁵ *Blaskic Trial Chamber II Judgment*. 18.07.1997. IT-95-14-PT Para 47. 54.

Таким образом, между трибуналами и государствами устанавливается «вертикальная связь», касающаяся судебных полномочий Международного трибунала.

*Особенностями горизонтальной модели*¹⁶ являются:

1) обязанность сотрудничества, как правило,¹⁷ проистекает из международного договора, обязывающего только стороны;

2) обязательство не носит абсолютного характера, существуют определенные условия (например, для выдачи — принцип специализации, двойной криминальности и др.), основания для отсрочки и отказа в требованиях;

3) право толкования положений определяется на основе права договоров и принадлежит самим сторонам;

4) сотрудничество носит взаимный характер. Так, используется термин «*mutual assistance*» (взаимная помощь), а не «*international cooperation and judicial assistance*» (сотрудничество и правовая помощь; см. ст. 29 и 28 Уставов МТБЮ и МУТР);

5) в сотрудничестве по уголовным делам нет ордеров,¹⁸ а есть запросы.

Следует выделить также различный режим при решении коллизий между обязательствами по запросу и иными международными обязательствами. Поскольку юридическая сила обязывающих решений трибуналов проистекает из Устава ООН, согласно ст. 103 они будут превалировать над обязательствами государств по другим международным соглашениям, по крайней мере соглашениям между государствами — членами ООН.¹⁹

Основные черты сотрудничества по Римскому Статуту. Правовому регулированию сотрудничества посвящена ч. 9 Статута «Международное сотрудничество и судебная помощь»; кроме того, положения о сотрудничестве можно найти и в других частях. В общем виде режим сотрудничества имеет две разновидности: для государств-участников и для не участвующих государств. Эти различия охватывают все области международного сотрудничества и судебной помощи.

Статья 86 носит название «Общее обязательство сотрудничать» и указывает, что «государства-участники в соответствии с положениями настоящего Статута всесторонне сотрудничают с Судом в проведении им расследования преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда, и осуществлении уголовного преследования за эти преступления». Указанная статья: 1) закрепляет общее обязательство для государств

¹⁶ Подробно см.: *Swart B. General Problems // The Rome Statute of the International Criminal Court... Vol. 2. P. 1590–1592.*

¹⁷ Если подобного договора нет, основанием может быть добровольное межгосударственное сотрудничество.

¹⁸ Исключением является сотрудничество по уголовным делам между странами ЕС на основе решения Совета «О едином ордере на арест». См. об этом: *Сафаров Н. А.* 1) Европейская система экстрадиции: некоторые проблемы реформы // МЖМП. 2006. № 1. С. 49–74; 2) Европейский ордер на арест: Трансформация процесса экстрадиции // МЖМП. 2003. № 4. С. 194–215.

¹⁹ Неясным остается вопрос о соглашениях между государствами-участниками и третьими государствами: *The Charter of United Nations. A Commentary / ed. B. Simma. Oxford, 2002. P. 1292–1302.*

выполнять запросы Суда; 2) делает ясным, что эта обязанность зависит от запросов (просьб)²⁰ Суда, которые могут быть сделаны в соответствии с положениями Статута.²¹ Статья 87 ясно говорит о том, что эти обязательства исполняются на основе просьб Суда: «Суд имеет право обращаться к государствам-участникам с просьбами о сотрудничестве».²² Для того чтобы такие запросы связывали государства-участники, необходимо два условия: Суд должен иметь полномочия на издание такого запроса, и должна существовать специальная обязанность запрашиваемого государства, вытекающая из Статута.

Обязательство сотрудничества не ограничено формами, упоминаемыми в ч. 9, поскольку ст. 86 содержит указание на сотрудничество «в соответствии с положениями Статута».²³ Помимо ч. 9, такая обязанность может происходить из ст. 70(2), предусматривающей обязанность оказания «международного содействия Суду» в отношении разбирательств по преступлениям против отправления правосудия; ст. 109 обязывает государства-участники обеспечивать исполнение решений Суда о штрафах и конфискационных мерах. При этом обе статьи предусматривают, что исполнения требований суда регулируются внутренним законодательством запрашиваемого государства, Суд не может требовать от государств исполнения таких обязанностей, которые лежат вне Статута. Тем не менее ст. 93(1)(l) упоминает такие средства помощи.²⁴

В отличие от уголовных трибуналов, в практике которых признана доктрина так называемых присущих полномочий, толкование положений Статута, проведенное в свете его объекта и целей, позволяет утверждать, что концепция подразумеваемых полномочий не может быть использована в области сотрудничества с МУС.²⁵ Это вытекает из детализированного характера положений Статута, посвященных сотрудничеству, и отсутствия

²⁰ Представляется странным, что термин «*request*» был переведен как «просьба», а не «запрос» или «требование» (*Римский Статут Международного уголовного Суда*. Заключительный акт Дипломатической конференции полномочных представителей под эгидой ООН по учреждению Международного уголовного Суда. Док. ООН A/CONF.183/9 от 17 июля 1998 г. с изм. на основе протоколов от 10 ноября 1998 г., 12 июля 1999 г., 30 ноября 1999 г., 8 мая 2000 г., 17 января 2001 г. и 16 января 2002 г. Статут вступил в силу 1 июля 2002 г.).

²¹ *Ciampi A. The obligation to cooperate...* P. 1608.

²² Следует признать неудачной русскую версию статьи, более точно следовало бы перевести этот фрагмент так: «Суд уполномочен делать запросы к государствам о сотрудничестве».

²³ По мнению К. Кресса, ст. 86 может служить руководством для толкования специальных обязательств, предусмотренных в Статуте: *Kress C. Penalties, Enforcement and Cooperation in the International criminal Court // European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice. 1998. N 6. P. 450.*

²⁴ «Государства-участники в соответствии с положениями настоящей Части и согласно процедурам, предусмотренным их национальным законодательством, выполняют просьбы Суда об оказании помощи в связи с осуществлением расследований или уголовного преследования путем... предоставления любых других видов помощи, не запрещенных законодательством запрашиваемого государства, с целью содействия осуществлению расследования и уголовного преследования за преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда».

²⁵ Этой точки зрения придерживается А. Чампи: *Ciampi A. The obligation to cooperate...* P. 1614–1615.

какого бы то ни было упоминания о данной доктрине в Статуте и Правилах процедуры и доказывания (далее — Правила ПИД).

Однако государства не могут отказать в просьбе, даже если она находится в противоречии со Статутом, а имеют право только консультироваться с Судом, которому принадлежит последнее слово в решении спора между ним и государствами (ст. 119(2)).²⁶ Это показывает, что обязательство сотрудничества согласно режиму Статута все же являются более строгими, чем в горизонтальной модели, хотя и не доходят до уровня сотрудничества в трибуналах.

Согласно ст. 88 Статута «государства-участники обеспечивают наличие процедур, предусмотренных их национальным правом, для всех форм сотрудничества, указанных в настоящей Части», т. е. таких, как арест и передача лиц Суду (в соответствии с положениями ст. 89–92, 101–102), а также других форм сотрудничества, которые конкретизированы в ст. 93–96, 99. Таким образом, обязательство сотрудничества тесно связано с обязательством имплементации, при этом оно позволяет государствам определять ее порядок, принимая во внимание особенности их конституционных и правовых систем.²⁷ Не имея возможности остановиться на проблемах имплементации, скажем лишь, что эти положения потенциально могут вести к нарушению положений Статута.²⁸

Статьи 97–98, 100 говорят об общем применении положений, касающихся всех форм сотрудничества, указанных в ч. 9 Статута. В них названы правомерные основания для отклонения просьб о сотрудничестве (см. об этом ниже), что позволяет расценивать требование сотрудничества не как абсолютное (существующее в практике трибуналов *ad hoc*), а как более мягкое. Вместе с тем его исключения и условия не аналогичны тем, которые имеются в горизонтальной модели. Расходы по исполнению просьб лежат на государствах-участниках, а не распределяются между запрашивающей и запрашиваемой сторонами, как в межгосударственной модели.

3. Правовая основа сотрудничества. Поскольку МУС является независимым и автономным межправительственным образованием (организацией), основанным на договоре, он наделен полномочиями требовать сотрудничества только от государств-участников. Это соответствует общему принципу права международных договоров *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (договор не создает обязательств или прав для третьего государства без его на то согласия), закрепленному в ст. 34 Венской Конвенции о праве международных договоров 1969 г. Таким образом, юридическим базисом обязательств для участвующих государств-участников является Статут. В этом фундаментальное отличие от схемы сотрудничества двух *ad hoc* трибуналов.

²⁶ На это ясно указывает фраза о любом споре «относительно судебных функций» Суда.

²⁷ *An introduction to international criminal law and procedure* / ed. R. Cryer. Cambridge, 2007. P. 419–420.

²⁸ *Broomhall B. International Justice and International criminal Court.* Oxford, 2003. P. 155. — Это может происходить вследствие неадекватной имплементации или совместимости обязанностей по Статуту с конституционным и иным законодательством государств.

Режим сотрудничества на основе Статута может быть дополнен на основе соглашений об усиленном сотрудничестве, заключаемых Судом с государствами-участниками (ст. 54(3)(d) Статута и ст. 107 Регламента). Обвинитель вправе «заключать такие соглашения или договоренности, не противоречащие настоящему Статуту, какие могут потребоваться для облегчения сотрудничества со стороны какого-либо государства, межправительственной организации или лица».

В целях расширения подобного сотрудничества Служба обвинителя заключает соглашения с конкретными государствами для содействия его расследованиям. Большую часть дополнительных соглашений с государствами по вопросам сотрудничества составляют соглашения по защите и перемещению свидетелей. К концу 2008 г. Суд заключил десять соглашений с государствами о защите и переселении свидетелей, содержание которых по соображениям безопасности сохраняется в тайне. В их число входят также договоренности о порядке проведения операций на территориях, где Служба осуществляет следственную работу, а также соглашения, касающиеся предоставления секретной информации в соответствии со ст. 54(3)(e) Статута.²⁹

В целом обязанности возникают, когда расследование начато и продолжается.³⁰ Между тем имеются случаи, когда определенные обязательства накладываются на государства и после финального вердикта, например в отношении временного трансфера заключенного в Суд для дачи показаний (ст. 193 Правил Пид).

Что касается государств-неучастников, юридическим базисом сотрудничества с Судом может быть одностороннее или двустороннее обязательство: 1) *ad hoc* признание юрисдикции Суда в отношении конкретного дела согласно ст. 12(3); 2) специальная договоренность, соглашение или «иная соответствующая основа» об оказании помощи в соответствии с ч. 9 на основании ст. 87(5).

Третьим основанием для сотрудничества может быть обязательство, содержащееся в решении СБ ООН, которое распространяется в том числе на государств-неучастников, являющихся членами ООН. Оно может быть наложено как в случае передачи ситуации Советом безопасности на рассмотрение Суда в соответствии с Главой VII (ст. 13 «b»), так и в случае передачи ситуации на рассмотрение Обвинителя государствами-участниками (ст. 13(a)) либо в случае расследования Обвинителем *proprio motu* (ст. 13(c)), если СБ решит, что сотрудничество с Судом необходимо при наличии угрозы миру.³¹ Если в первых двух случаях государства-неучастники добровольно принимают на себя обязанности по сотрудничеству, что роднит режим Статута с горизонтальной моделью, в последнем случае согласие не требуется ввиду превалирующей силы резолюций СБ согласно ст. 103 Устава, что обнаруживает сходство с вертикальной моделью.

²⁹ Доклад Международного уголовного Суда за 2005–2006 годы. Документ ООН A/61/217 от 3 августа 2006 г. § 52.

³⁰ *Informal Expert Paper; Fact-Finding and investigative functions of the Office of Prosecutor, including international cooperation*. 2003. Paras 22–29 (www.icc-cpi.int).

³¹ *Ciampi A. The obligation to cooperate...* P. 1611.

Разделение между государствами-участниками и другими государствами — неизбежное следствие учреждения Суда на основе договора. Однако в случае передачи дела Суду Советом Безопасности это различие теряет свое значение. Тем не менее различия в статусе государств будут вносить ограничения в такое сотрудничество и в последствия невыполнения обязательств по сотрудничеству (ст. 87(5) регулирует вопрос в отношении неучастников, ст. 87(7) — в отношении участников).

Некоторые ученые также полагают, что обязательство сотрудничества вытекает из обычной нормы международного права, предусматривающей такую обязанность исходя из особого характера норм о запрете наиболее серьезных международных преступлений. В соответствии с текущим обычным правом все государства обязаны сотрудничать по крайней мере в отношении некоторых преступлений, относящихся к юрисдикции Суда (например, в отношении военных преступлений, упомянутых в Женевских конвенциях 1949 г., положения которых корреспондируют обычным нормам). Другие полагают, что такой возможности не существует. Так, А. Чампи пишет: «Сомнительно, что общая норма такого рода — если даже она существует согласно обычному международному праву — может подразумевать обязательство по исполнению требований (просьб) Суда о сотрудничестве за рамками Статута для государств, которые не стали его участниками».³² Данный вопрос является дискуссионным. Тем не менее мы поддерживаем тезис, согласно которому такое обязательство вытекает из когентной (*jus cogens*) природы преступлений, находящихся под юрисдикцией Суда, и имеет характер *erga omnes*.

4. Отдельные направления сотрудничества. В целом направления сотрудничества по Статуту МУС идентичны тем, которые предусматривают уставы уголовных трибуналов.³³ Их можно сгруппировать следующим образом: 1) просьбы об аресте и передаче лица в распоряжение Суда; 2) другие формы сотрудничества (перечислены в ст. 93),³⁴ которые содействуют

³² Ibid. P. 1609. — Автор ссылается на постановление Апелляционной камеры МТБЮ в деле Бласкича: «Государства согласно обычному международному праву в принципе не могут быть “обязываемы” ни другим государствам, ни международными органами» (Blaskic. IT-95-14-AR10 bis. Para 26).

³³ Статья 29 МТБЮ содержит всего шесть направлений; этот перечень признается неисчерпывающим.

³⁴ «Государства-участники в соответствии с положениями настоящей Части и согласно процедурам, предусмотренным их национальным законодательством, выполняют просьбы Суда об оказании помощи в связи с осуществлением расследований или уголовного преследования путем: а) идентификации и установления места нахождения лиц или предметов; б) получения доказательств, включая показания под присягой, и сбора доказательств, включая мнения экспертов или заключения экспертизы, необходимые Суду; в) допроса любого лица, находящегося под следствием или подвергающегося судебному преследованию; д) вручения документов, включая судебные документы; е) содействия добровольной явке лиц в качестве свидетелей или экспертов в Суд; ф) временной передачи лиц, как это предусмотрено в п. 7; г) проведения осмотра мест или объектов, включая эксгумацию и осмотр захоронений; h) производства обысков и наложения ареста; и) предоставления протоколов и документов, включая официальные протоколы и документы; j) защиты потерпевших и свидетелей и сохранения доказательств; к) выявления, отслеживания и замораживания или ареста выреченных средств, имущества и доходов, а также орудий преступлений для цели последующей конфискации без ущерба для прав *bona fide*

проведению расследования и судебного процесса.³⁵ Кроме того, два других вида сотрудничества находятся за рамками гл. 9: 1) вытекающие из положений о криминализации преступлений против правосудия (ст. 70) и 2) положения, относящиеся к исполнению приговоров национальными властями (ст. 103–111).

Статьи относительно исполнения приговоров об исполнении наказаний в виде лишения свободы касаются только государств, которые заключили с Судом специальное соглашение о принятии осужденных лиц. Существуют два соглашения об исполнении наказаний между Судом и государством (Австрия и Великобритания).³⁶ Такие государства обеспечивают базовые правовые стандарты относительно исполнения наказаний, а также должны сотрудничать с Судом в осуществлении им надзора за исполнением приговора, оставляя вопрос его пересмотра или уменьшения.

В силу ограниченности объема статьи остановимся на первой, наиболее существенной форме сотрудничества. Исполнение арестных ордеров МТБЮ и МУТР наталкивалось на нежелание государств сотрудничать с трибуналами, когда государства в оправдание отказа исполнения привлекали положения внутреннего права (в отсутствие договора о выдаче — конституционный запрет невыдачи собственных граждан и требование двойной криминальности).³⁷ Для того чтобы избежать этих проблем, в переговорах по принятию Статута было решено сделать выбор в пользу термина «передача» (*surrender*), а не «выдача» (*extradition*). Другим достижением следует признать воспринятую практику стран общего права, связанную с проверкой доказательств в соответствии с процедурными механизмами запрашиваемого государства. Суд должен сопровождать свой запрос об аресте представлением документов, заявлений или информации (ст. 91(2) и 91(4)). Статут также требует, чтобы требования национального права не были «более обременительными, чем те, которые применяются в отношении просьб о выдаче в соответствии с договорами между запрашиваемым государством и иными государствами»; кроме того, требуется, чтобы они были менее обременительными «с учетом особого характера Суда».

Дополнительно к этим положениям прогрессивным следует считать введение механизма консультаций, в ходе которых государство уведомляет Суд о конкретных требованиях своего законодательства.

Ордера на арест выдаются палатами досудебного производства. Национальные власти должны их исполнять при применении национальных процедур, но Статут принимает во внимание минимум требований

третьих сторон; 1) предоставления любых других видов помощи, не запрещенных законодательством запрашиваемого государства, с целью содействия осуществлению расследования и уголовного преследования за преступления, подпадающие под юрисдикцию Суда».

³⁵ Этот перечень согласно п. 1 не является конечным.

³⁶ Доклад Международного уголовного Суда за 2006–2007 годы. Документ ООН А/62/314 от 31 августа 2007 г. § 52; Доклад Международного уголовного Суда за 2007–2008 годы. Документ ООН А/63/323 от 22 августа 2008 г. § 68.

³⁷ Все эти основания были признаны трибуналами несовместимыми с режимами вертикального сотрудничества.

относительно этих процедур (ст. 89(2) — *ne bis in idem*, ст. 89(4) — национальное преследование за другие преступления, ст. 94 — возможность отсрочки в связи с ведущимся расследованием, ст. 95 — ограничение отсрочки случаями решения вопроса о приемлемости).

Просьба об аресте может сопровождаться просьбой об идентификации, замораживании активов и собственности, принадлежащей подозреваемому (ст. 57(3)).³⁸

Следует считать шагом назад введение в Статут принципа специализации, согласно которому предаваемое лицо не подлежит наказанию за иное поведение, кроме того, за которое оно передается (ст. 101). Предполагается, что это повлечет проблемы в практике применения.³⁹ Режим трибуналов исключает такое требование, и выданное лицо может быть судимо по другим основаниям.⁴⁰ Однако, очевидно, в целях сглаживания этого требования, Статут содержит положения, позволяющие государству по просьбе Суда отказаться от него (ст. 101(2)). Тем не менее все другие исключения, практикуемые в горизонтальной модели, не допускаются. К государствам не может быть обращена просьба в передаче лиц, если это противоречит его обязательствам по международному праву в отношении иммунитета государства и его собственности, дипломатического лица (ст. 98(1)). Однако не является преградой наличие иммунитета должностного лица в самом государстве согласно ст. 28 и согласно общепризнанной норме международного права.

Передача Суду лица, как видно из Статута, — необходимое условие для судопроизводства. Судебное разбирательство должно проходить только в присутствии обвиняемого (ст. 63, во всех случаях, кроме удаления за нарушение правил). После выполнения необходимых условий, предъявляемых к ордеру (ст. 58; например, Суд должен удостовериться, что существуют разумные основания подозревать его в преступлении, находящемся в сфере юрисдикции Суда), Статут закрепляет ясное обязательство арестовать и передать обвиняемое лицо Суду (ст. 59, 89–92). Однако это обязательство перестает быть дискреционным для государства-участника, если конкурирующий запрос поступил от другого государства.

5. Основания для отказа в сотрудничестве. В отличие от трибуналов, где не существует оснований для отказа, Статут предусматривает следующие три основания.

Первое основание возникает в том случае, если просьба о помощи касается предъявления каких-либо документов или раскрытия доказательств, которые имеют отношение к национальной безопасности государства-участника (ст. 93(4)). Однако это правило не действует в отношении передачи (*surrender*) лиц Суду.

Согласно второму основанию государство может отказать в просьбе, если принятие какой-либо конкретной меры в рамках помощи, указанной в просьбе, запрещено в запрашиваемом государстве в соответствии

³⁸ Например, это происходило применительно к ордеру в отношении Томаса Лубанги (International criminal Court. PT Ch 1. 24.02.2006. Paras 130–141).

³⁹ *An introduction to international criminal law and procedure* / ed. R. Cryer. P. 416.

⁴⁰ Kovacevic. IT-97-24-AR73. 02.07.1998. Para 37.

с существующим основополагающим принципом права общего применения (ст. 93(3)). Это действует в основании иных, нежели передача лиц, просьб о сотрудничестве. Как представляется, строгое толкование этого условия будет применяться, например, только в отношении принципа, имеющего конституционный характер.⁴¹ Однако все другие основания, которые применяются в практике межгосударственного сотрудничества (например принцип двойной криминальности, исключение политических преступлений, запрет выдачи собственных граждан), не допускаются. В этом случае запрашиваемое государство проводит консультации с Судом, направленные на решение этого вопроса.

В отношении требований Суда о формах сотрудничества, перечисленных в подп. «а»–«к» ст. 93(1) (третье основание), обязательство ограничено помощью, которая не запрещена законодательством запрашиваемого государства (ст. 93(1)(l)). Между тем даже в связи с этими исключениями государства не должны использовать национальное право для нарушения своих международных обязательств согласно Статуту.⁴²

Однако Статут не содержит в качестве основания исключения противоречия обязательствам, вытекающим из обычной нормы или договоров, заключенных с третьими государствами. Дело в том, что решения Суда, основанного посредством договора, не могут превалировать над этими обязанностями. Здесь налицо принципиальное отличие от режима, созданного трибуналами: обязательства по сотрудничеству в МТБЮ и МУТР будут превалировать над любым международным оглашением.

Таким образом, за исключением этих оснований, ясно прописанных в Статуте, государства находятся под безусловной обязанностью исполнять просьбы суда в свете общей обязанности сотрудничества, закрепленной в ст. 89 и 93. Статут также предусматривает меры в порядке консультаций, направленных на разрешение противоречий. При этом учитывается, что «выполнение просьбы в ее нынешнем виде потребовало бы от запрашиваемого государства нарушения существовавших ранее договорных обязательств по отношению к другому государству» (ст. 97(с)).

Таким образом, обязательства по сотрудничеству по Статуту имеют два принципиальных отличия от обязательств по горизонтальной модели: 1) они формулируются в достаточно строгих терминах, что позволяет говорить о большей схожести с режимом вертикальной модели;⁴³ 2) несмотря на то что правовая основа сотрудничества одинакова (международный договор), в горизонтальной модели выдача и правовая помощь предполагают существование опционных процедур, в то время как в системе Статута такие процедуры конкретно определены.

6. Конфликт обязательств. Иначе, чем в трибуналах, решается вопрос о коллизиях между обязательствами по Статуту и иными обязательствами

⁴¹ Kress C. Penalties, Enforcement and Cooperation... P. 456–457. — Хотя А. Чампи полагает, что оно будет применяться и в отношении любого закона (*Ciampi A. The obligation to cooperate... P. 1630*).

⁴² См., напр., ст. 3 Проекта статей об ответственности государств (принят КМП на 53-й сессии; документ ООН А/56/10), а также Решение Постоянной Палаты международного правосудия по делу Данцига (1932 PCIJ. Series A/B. N 44. P. 24).

⁴³ *Ciampi A. The obligation to cooperate... P. 1636*.

государств-участников. Лишь в случаях, когда СБ, действуя на основании гл. VII, налагает обязательства сотрудничать, они будут иметь приоритет над другими международными обязательствами. Но во всех остальных случаях применяются общие правила решения конфликта обязательств согласно праву договоров: *lex specialis derogat lex generalis*. Иными словами, обязательства по отношению к Статуту не будут иметь преимущества по отношению к иным. Статут регулирует два типа коллизий: относительно запросов о сотрудничестве и относительно иммунитетов.

В ст. 90 предусматривается достаточно сложная система разрешения коллизий. В том, что касается просьб о предоставлении в распоряжение Суда, система основывается на применении двух факторов: вынесения Судом решения о приемлемости (на основе принципа комплементарности) и происхождения коллидирующего запроса (от государства-участника или неучастника). Статья 93(9) схожим образом регулирует вопросы в отношении иных просьб. Приоритет однозначно отдается просьбе Суда только в том случае, если просьбу направило государство-участник и решен вопрос о приемлемости. Если же запрашиваемое государство получило просьбу от неучастника, оно самостоятельно решает вопрос о выдаче лица либо Суду, либо запрашивающему государству с учетом ряда обстоятельств.

Разрешение же коллизионных вопросов, затрагивающих обязательства в отношении иммунитетов (иммунитета государства,⁴⁴ дипломатического иммунитета или имущества другого государства), представляется противоречивым и вызывает наибольшие нарекания. Это относится и к иным обязательствам (например касающимся ре-экстрадиции в соглашениях о выдаче или исключительной юрисдикции в соглашении о статусе миротворческих сил), противоречащим запросам суда. Суд должен в этих случаях заручиться сотрудничеством направляющего государства посредством получения согласия на предоставление в распоряжение. В целом большинство ученых отмечает неудовлетворительное регулирование, противоречащее состоянию обычного права в этой области.⁴⁵

США в духе своей политики оппозиции к Суду используют регулирование ст. 98(2) в качестве базиса для исключения своих граждан из юрисдикции МУС посредством заключения многочисленных соглашений как с участниками, так и с неучастниками Статута о невыдаче должностных лиц, в том числе и бывших, и военного персонала.⁴⁶ В результате Суд не сможет обращаться с просьбой о передаче лиц, имеющих гражданство США, поскольку государство связано таким соглашением с США.

Однако такое предупреждение юрисдикции Суда будет действовать, если оно совместимо со Статутом.⁴⁷ Статья 98(2) не дает право обращаться

⁴⁴ Термин «государственный иммунитет», используемый в ст. 98(1) Статута, представляется неадекватным.

⁴⁵ См., напр.: *Broomhall B. International Justice and International criminal Court. Oxford, 2003. P. 149–150.*

⁴⁶ Подробнее см.: *Bogdan A. The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98 // International Criminal Law Review. 2008. Vol. 8. Issue 1–2. P. 1–54.* — См., напр., текст соглашения с Восточным Тимором: *American Journal of International Law. 2003. Vol. 97. P. 201–202.*

⁴⁷ *An introduction to international criminal law and procedure / ed. R. Cryer. P. 144–146.*

с запросом о предоставлении в распоряжение подозреваемого, если просьба «требовала бы от запрашиваемого государства действий, не совместимых с его обязательствами по международным соглашениям, в соответствии с которыми для предоставления какого-либо лица в распоряжение Суда требуется получение согласия направляющего государства».

Дело в том, что данное положение было введено в Статут совсем для иных целей: оно направлено на решение коллизионных проблем, например, когда государство, на территории которого дислоцируются военные контингенты, согласилось в соответствии со статусом этих сил предоставить право направившему государству осуществлять уголовную юрисдикцию над своим персоналом в случае совершения определенного вида преступлений. Без этого положения такое соглашение вступало бы в противоречие с обязательствами о передаче подозреваемых Суду согласно Статуту. Другим примером соглашения может быть соглашение об экстрадиции, по которому в соответствии с принципом специализации предусматривается возможность требования от государства по получении его согласия возвращать подозреваемого, экстрадированного в другое государство, в случае, ином, чем для преследования его за преступление, которое было основанием его экстрадиции.

Для признания соглашений США, совместимых со Статутом, важно решить вопрос о том, могут ли они быть заключены после его вступления в силу. Дж. Кроуфорд, Ф. Сандс и Р. Вайлд придерживаются мнения, согласно которому обычное значение термина «обязательства по международным соглашениям» означает, что ст. 98(2) не ограничивается соглашениями, существовавшими во время, когда государства стали сторонами Статута.⁴⁸ Противоположное мнение высказано Х.-П. Паулем и К. Крессом.⁴⁹

Что касается интерпретации термина «направляющее (*sending*) государство», в Статуте нет положений, которые бы препятствовали Суду требовать передачи подозреваемого лица, которое «направлено» одним лицом в другое государство. Но соглашения США охватывают всех граждан США.⁵⁰ Вместе с тем, например, туристов или бизнесменов трудно рассматривать как лиц, «направленных» одним государством в другое. Таким образом, соглашения, заключенные США, не будут подпадать под условия ст. 98(2) и поэтому не будут иметь эффекта предупреждения выдачи лиц МУС. Эта позиция отражена в решении Совета ЕС, обязывающего все государства — члены Союза.⁵¹ Запрашиваемая сторона должна продолжать исполнять обязательства сотрудничества с Судом по передаче лиц и разрешить проблему коллидирующих обязательств.

⁴⁸ См. мнение *J. Crawford, P. Sands и R. Wilde*: www.iccnw.org/documents/otherissues/impunityart98/SandsCrawfordB1A14June03.pdf.

⁴⁹ *Paul H.-P., Kress C.* Jurisdiction and Cooperation of the International Criminal Court: Principles and Perspectives // *Yearbook of International Humanitarian Law*. 1999. N 2. P. 166.

⁵⁰ Термин «направляющее» толкуется в соответствии с тем, как он применяется в Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г. (*Sheffer D.* Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent // *Journal of International Criminal Justice*. 2005. N 3. P. 347–350).

⁵¹ EU Council of Ministers 2459th session. GAER Doc 12134/02. 30.09.2002 // *The Permanent International Criminal Court / eds. McGoldrick et al.* Hart Publishing, 2004. P. 430–431.

К сожалению, преамбула резолюции 1593(2003) СБ⁵² указывает на «существование обязательств на основании ст. 98(2) Римского Статута». Это указывает на попытку обеспечить признание и правомерность таких соглашений.⁵³ Однако следует утверждать, что положения резолюции (тем более ее нерезолютивной части) не могут изменить терминов Статута и поэтому не могут оказать воздействие на недействительные существующие билатеральные соглашения.

Для перспектив сотрудничества важно отметить, что в проекте Статута эти положения были адресованы Суду: «Суд не может обращаться с просьбой до тех пор, пока отказ от иммунитета или согласие выдаваемого не получены». Поэтому запрашиваемое государство может поднять вопрос о коллидирующих обязательствах перед Судом (ст. 195 Правил Пид), но коллизия не является основанием для отказа, если Суд продолжает настаивать на просьбе. В отличие от горизонтальной модели в вертикальной модели любой спор относительно юридических функций суда разрешается Судом (ст. 119(1)).

7. Невыполнение обязательств по сотрудничеству. Уставы трибуналов не содержали положений, касающихся последствия невыполнения обязательств. Этот вопрос был решен в деле Бласкича. Апелляционная камера нашла, что международный трибунал наделяется присущими полномочиями принимать юридические решения, которые необходимы для исполнения его приоритетной юрисдикции, относительно отказа выполнения государствами положений Статута и Правил Пид. Он также имеет полномочия сообщать об этом СБ.⁵⁴ Кроме того, МТБЮ указал, что обязательства по сотрудничеству с трибуналом являются обязательствами *erga omnes*, в выполнении которых «каждое государство ООН имеет юридический интерес». Поэтому если решение о невыполнении сообщено СБ, любое государство — член ООН может действовать в соответствии со своей правовой заинтересованностью, индивидуально или коллективно. Кроме того, в целях предупреждения споров приоритет должен быть отдан коллективным санкциям.⁵⁵

МУС в случаях, когда государство-участник не выполняет просьбу о сотрудничестве, может вынести заключение по этому поводу и передать вопрос Ассамблее государств-участников или (в тех случаях, когда данный вопрос передан Суду Советом Безопасности на основании ст. 13(b)) — Совету Безопасности (ст. 87(7)). Если просьба не исполняется государством-неучастником, которое заключило с Судом специальную

⁵² О передаче ситуации в Дарфуре (Судан) Международному уголовному Суду.

⁵³ *Заявление США* относительно принятия резолюции, Док. ООН S/PV. 5158. С. 4. — Другие члены Совета (Бразилия, Дания) сделали заявления об ограничении такого эффекта (Там же. С. 6, 11).

⁵⁴ *Blaskic Appeal Chamber Judgment*. 29.10.1997. IT-95-14-AR108bis. Para 33. — Но такие решения трибунала не могли включать рекомендации или определения относительно того, как должен действовать СБ (Ibid. Para 36).

⁵⁵ Они могут осуществляться в различных формах: политическое и моральное осуждение или коллективное требование прекратить нарушение либо экономические или дипломатические санкции. При этом коллективные санкции будут приняты в случае повторяющихся или грубых нарушений (Ibid.).

договоренность или соглашение, Ассамблея государств-участников (АГУ) и СБ лишь информируются об этом (ст. 85(5)). АГУ полномочна решать вопрос в соответствии со ст. 122(f). Однако указанная статья не определяет, какие меры может принять АГУ, поэтому надо принимать во внимание общие правила ответственности. АГУ будет уполномочена требовать прекращения нарушения, а также обсудить вопрос о принятии подходящих коллективных мер, таких как экономические санкции. Пока что Суд не передал подобного вопроса АГУ.

Тем не менее ясно, что АГУ имеет ограниченные полномочия в принятии каких-либо мер; доступных ей исходя из положений международного права. Так, если СБ может принять принудительные меры, связанные даже с применением военной силы, АГУ не может это сделать; она ограничена спектром невоенных мер. В случае если Суд информирует АГУ или СБ о невыполнении просьбы на основании договоренности или соглашения (ст. 87(5)(b)), сможет ли АГУ принять конкретные меры против несотрудничающего государства? Это будет зависеть от условий конкретного соглашения.⁵⁶ Указанное положение не предусматривает возможности вынесения юридического решения по этому вопросу. Некоторые исследователи полагают, что это возможно на основе доктрины подразумеваемых полномочий.⁵⁷ Остается неясным, почему Статут содержит такое разделение в режимах последствий невыполнения для участников и неучастников, поскольку речь идет о нарушении недобросовестно сотрудничающими обязательств в обоих случаях. Пока АГУ не приняла решения, трудно предположить его последствия. Возможно, упущения в Статуте относительно последствий отказа в сотрудничестве являются индикатором большой чувствительности этой области, и разработчики Статута стремились их обойти или не поддерживать принятие других положений.⁵⁸

Очевидно, что принятие решения о невыполнении будет достаточно трудным делом для государства. Наряду с аргументами о необходимости повсеместной поддержки международной юрисдикции в пользу принятия публичного осуждения коллективных экономических санкций могут привлекаться такие политические соображения, как недопущение поляризации между странами различных регионов, недопущение наказания государства и его лидеров; эти соображения, несомненно, будут работать против эффективного исполнения.⁵⁹ Скорее всего, Ассамблее будет трудно получить большинство в поддержку коллективных контрмер, и тогда возможны индивидуальные меры.⁶⁰ Неясно, как будут координироваться и коллективные меры.

Если вопрос передается Совету Безопасности, он будет действовать в соответствии со своей компетенцией согласно Уставу;⁶¹ так, он может

⁵⁶ *Kress C., Prost K.* A Commentary on Art 87 // Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observes, Notes, Article by Article / ed. Triffterer. Baden-Baden, 1999. P. 1063–1064.

⁵⁷ *Ciampi A.* The obligation to cooperate... P. 1633.

⁵⁸ *Broomhall B.* International Justice... P. 156.

⁵⁹ *Ibid.* P. 156–157.

⁶⁰ *Kress C., Prost K.* A Commentary on Art 87. P. 1068.

⁶¹ *Веньци Ч.* О сотрудничестве с Международным уголовным Судом... С. 133; *Ciampi A.* The obligation to cooperate... P. 1635.

принять решение о необходимых мерах в отношении ответственного государства, например о наложении санкций. Также в случаях, когда ситуация передана Суду государством-участником или расследование открыто обвинителем (таких случаев еще не было), а государства отказываются сотрудничать и такое положение расценено им как угроза миру и безопасности, СБ может действовать согласно Главе VII Устава ООН и предпринять необходимые шаги в соответствии с Уставом ООН.⁶²

Резолюцией 1503 (2005) о передаче ситуации в Дарфуре Совет включил обязательство сотрудничества в § 2 резолютивной части, постановляя, что «правительство Судана и все другие стороны конфликта в Дарфуре должны на основании настоящей резолюции в полной мере сотрудничать с Судом и Прокурором и оказывать им любую необходимую помощь». Хотя резолюцией признается, что иные «государства, не являющиеся участниками Римского статута, не несут обязательств по Статуту», СБ «настоятельно призывает все государства и соответствующие региональные и прочие международные организации сотрудничать в полном объеме». 5 июня 2008 г. обвинитель информировал СБ о том, что правительство Судана отказывается сотрудничать с Судом в деле исполнения арестных ордеров в отношении Ахмада Харуна, бывшего министра внутренних дел, и Али Кушейба, лидера милицейского формирования Джанжиавид.⁶³ Совет пока не принял меры. Это может быть объяснено отсутствием единства среди членов СБ в вопросе принятия резолюций по Судану (в декабре 2007 г. попытка принять аналогичный документ была блокирована Россией, Китаем и Катаром), что является крайне неблагоприятным фактом в деле обеспечения эффективной работы Суда. Тем не менее обязательство сотрудничества было повторено в Заявлении Председателя СБ от 16 июня 2008 г.⁶⁴ Совет Безопасности, ссылаясь на резолюцию 1593 (2005), «настоятельно призывает Правительство Судана и все другие стороны конфликта в Дарфуре в *полной мере* (курсив наш. — С. Г.) сотрудничать с Судом в соответствии с резолюцией 1593 (2005) с тем, чтобы положить конец безнаказанности за преступления, совершенные в Дарфуре». Однако Европейский Союз в лице общего Совета пригрозил принять санкции против лиц, препятствующих сотрудничеству с Судом.

Не исполнив ордера на арест, Судан нарушил п. 2 резолюции 1593. Поэтому Правительство Судана не обладает правом решать, выполнит оно требование об аресте или нет; оно, как государство — член ООН, должно подчиниться положениям Устава и выполнить резолюции, сотрудничая с МУС.

Учитывая практику, когда СБ не действовал в отношении случаев отказа сотрудничества с МТБЮ, следует ожидать то же в отношении

⁶² Cassese A. The Statute of International criminal Court: Some Preliminary Objection // EJIL. 1999. N 10. P. 166.

⁶³ Ордера на арест Харуна и Кушейба были переданы Правительству Судана 16 июня 2007 г. Ордера не были исполнены, три раза Президент Судана отказывался выдать граждан Суду. Более того, один из обвиняемых (Харун) продолжал занимать пост в Правительстве Судана, будучи министром по гуманитарным делам. Подробно об этом см.: *Seventh Report of the Prosecutor of the ICC to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005)*. 5 June 2008 (www.icc-cpi.int/otp/otp_events/LMO_20080605.html).

⁶⁴ S/PRST/2008/21.

Судана. Коллективные меры государств (например отказ в финансовой помощи) оказались более эффективными. В практике МУТР случай с отказом от сотрудничества был рассмотрен применительно к Руанде.⁶⁵ Но СБ действовал активно в отношении ареста и выдачи Ч. Тейлора, что в сочетании с международным давлением сделало возможным суд над ним в Специальном Суде по Сьерра-Леоне. Ни АГУ, ни СБ еще не обсуждали вопроса о сотрудничестве в деле, касающемся Уганды.

Следует заметить, что ни СБ, ни АГУ не обладают эксклюзивным полномочиями в этом вопросе, отсюда государства — участники Статута или любое государство — член ООН имеют право требовать принятия мер на основании общего международного права в целях обеспечения выполнения требований кооперации с Судом. Если ни СБ, ни АГУ не принимают необходимых мер, а Суд констатировал отсутствие сотрудничества, любое государство-участник обладает правом принятия контрмер. Это правило действует и в случае, если обязанности не исполняет государство-неучастник.

Суд информирует АГУ и СБ, если государство не выполняет обязанности, тем самым не позволяя Суду выполнять его функции и полномочия. Поэтому Статут оставляет без регулирования вопрос о том, что делать в случае менее серьезных нарушений обязательств по сотрудничеству. В этом случае может быть задействован механизм мирного разрешения споров согласно ст. 119. В обоих случаях *erga omnes* характер обязательств по сотрудничеству с Судом (в случае отсутствия мер со стороны Ассамблеи и СБ) делает возможным любые действия, предпринятые государствами совместно или индивидуально.

Итак, полностью по исполнению сотрудничества принадлежат государствам, действующим посредством АГУ и СБ, а не самому Суду. В отношении невыполнения обязательств по делам, переданным на основании ст. 13(b), имеется сходство с процедурой в уголовных трибуналах.

8. Проблемные вопросы сотрудничества. Нарушение государствами обязательств по сотрудничеству — главная потенциальная проблема. Большое число подозреваемых высокого ранга находится на свободе.

По состоянию на 15 июля 2008 г. не были исполнены два ордера в связи с ситуацией в Дарфуре (Судан) и четыре — в связи с ситуацией в Уганде; 25 апреля 2007 г. выдан ордер на арест Кушейба и Харуна; ордера в отношении пяти обвиняемых в Уганде выданы в 2005 г., однако они не исполняются вот уже три года. Джозеф Кони, совершивший преступления на территории Уганды, Конго и Центрально-Африканской республики, продолжает получать продовольствие и ресурсы. Это позволяет ему и другим лидерам Армии Сопrotивления Господа совершать новые преступления.

Предполагалось, что сотрудничество со стороны государств, которые сами предали ситуацию Суду (Конго, Уганда), не вызовет проблем. В решении о передаче содержалась специальная часть о сотрудничестве.

⁶⁵ Сотрудничество с Руандой наталкивалось на проблемы, связанные с требованием Трибунала освободить обвиняемого (Barajagwiza. Appeal Chamber. ICTR-97-19AR72. 03.11.1999).

Всего Судом за период 2005–2008 гг. выдано 12 ордеров. Ожидается выдача ордера по итогам утверждения обвинений в отношении президента Судана Аль-Башира.⁶⁶

Имеются и положительные результаты. Ордер в отношении Т. Лубанги Дийло был выдан и исполнен в начале 2006 г. Жермен Катанга и Матье Нгуджоло Шуи были переданы Суду соответственно 17 октября 2007 г. и 7 февраля 2008 г.⁶⁷ 24 мая 2008 г. в пригороде Брюсселя был арестован Жан Пьер Бемба, председатель Движения за Освобождение Конго, обвиняемый в военных преступлениях и преступлениях против человечности, совершенных на территории Центрально-Африканской республики.⁶⁸ Это стало возможным благодаря сотрудничеству государств, таких как Бельгия, Португалия и др. На Тринадцатом дипломатическом брифинге 24 июня 2008 г. МУС выразил надежду относительно поддержания этого уровня сотрудничества.⁶⁹ По мнению обвинителя, эти аресты Бембы и Нгуджоло продемонстрировали потенциал системы.⁷⁰

А. Кассези отмечает еще одну сторону, влияющую на эффективность режима сотрудничества, а именно активность обвинителя. Как известно, ситуация по Дарфуру предана в СБ 31 марта 2005 г., 1 июня он начал расследование, однако в течение двух лет не появилось никаких просьб о сотрудничестве. Обвинитель ограничивался встречами и консультациями. В немалой степени причиной этому стала явно высказанная позиция о нежелании сотрудничества со стороны официальных лиц Судана, повторенная после передачи обвинительного акта в отношении Президента.

На практике исполнение арестных ордеров замедленно, сохраняются значительные проблемы с получением достаточной поддержки.

В довольно жестких выражениях деятельность государств, отказывающих в производстве ареста Кони, высказала заместитель Обвинителя Ф. Бенсуда. По мнению МУС, «у государств нет выбора, производить арестные операции или нет. Каждое государств должно поддержать Суд». Сейчас время для государств трансформировать их желание поддержки идеи международной юстиции в конкретное сотрудничество. Отмечается,

⁶⁶ 4 марта 2009 г. Палата досудебного производства I Международного уголовного суда выдала ордер на арест Президента Судана Аль-Башира, который содержит обвинение в совершении военных преступлений (2 пункта) и преступлений против человечности (5 пунктов). Однако большинство судей (несовпадающее мнение было высказано судьей Анитой Ушачка) нашли, что предоставленные Обвинителем материалы не дают оснований полагать, что Аль-Баширом было совершено преступление геноцида в силу отсутствия достаточных доказательств о наличии умышленного намерения уничтожить, полностью или частично, племенные группы фура, массалит и загава.

⁶⁷ Каждый из них обвиняется по девяти пунктам в совершении военных преступлений и по четырем пунктам в совершении преступлений против человечности в связи с ситуацией в Демократической Республике Конго (*Доклад Международного уголовного Суда за 2007–2008 год. Документ ООН A/63/323 от 22 августа 2008 г. P. 2*).

⁶⁸ Арестный ордер был выдан 23 мая (*Jean-Pierre Bemba Gombo arrested for crimes allegedly committed in the Central African Republic. The Hague, 24 May 2008. ICC-CPI-20080524-PR315-ENG*).

⁶⁹ *Thirteenth Diplomatic Briefing of the International Criminal Court. Compilation of Statements. Brussels, 24 June 2008. P. 6 (www.icc-cpi.int)*.

⁷⁰ *Ibid.* P. 10.

что недостаточно лишь теоретически заявлять о согласии с Римским Статутом. Достижения по аресту должны быть действенными.⁷¹

9. Выводы. Схема сотрудничества по Римскому Статуту содержит обязанность сотрудничества, распространяющуюся на государства-участники. Кроме того, она может связывать государства на основе резолюций СБ (в этом ее сходство со схемой сотрудничества в международных трибуналах) и на основе специальной договоренности или заявления о признании юрисдикции. Однако она имеет ограничения, например в отношении одностороннего расследования и принуждения индивидов к получению доказательств⁷² и оснований для отказа. В этом отношении она приближается к горизонтальной модели.

Таким образом, режим МУС может быть охарактеризован как совмещающий элементы обеих моделей, как некий средний вариант. Следует заметить, что от Суда, образованного государствами посредством многостороннего договора, ожидалась более строгая схема сотрудничества, чем в отношении трибуналов, образованных посредством одностороннего решения органа ООН. Однако в итоге эта схема отличается большей лояльностью, содержит пробелы и широко критикуется.⁷³

Если ранее положительно характеризовался тот факт, что режим сотрудничества отражает идею баланса между потребностью в эффективном Суде и прерогативами суверенных государств, чья поддержка Статуту будет обеспечивать его эффективность,⁷⁴ и что Суд не изменяет существующую систему сотрудничества и помощи в уголовных делах,⁷⁵ в текущий момент следует признать режим сотрудничества по Статуту недостаточно эффективным вследствие превалирования суверенно-государственного подхода межгосударственного сотрудничества. Наделив Суд высшими полномочиями над государствами, разработчики оставили много пробелов, позволяющих государствам замедлять или даже блокировать судопроизводство Суда. Практика лишь подтверждает недостатки этого режима.

⁷¹ Ibid. P. 9–10.

⁷² *An introduction to international criminal law and procedure* / ed. R. Cryer. P. 406.

⁷³ *Cassese A. The Statute of International Criminal Court. P. 170; Swart B. General Problems. P. 589–1695.*

⁷⁴ *Broomhall B. International Justice... P. 155.*

⁷⁵ *Фуфе Р.-Э. Международный уголовный Суд. Откуда он пришел и куда идет // МЖМП. 1999. № 4. С. 67.*

МЕЖДУНАРОДНЫЕ УГОЛОВНЫЕ СУДЫ И ЗНАЧЕНИЕ ИХ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ДЛЯ УРЕГУЛИРОВАНИЯ ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ

И. С. МАРУСИН

Вооруженные конфликты, как международные, так и внутригосударственные, всегда сопровождалась совершением тяжких преступлений, которые мы в настоящее время именуем военными преступлениями или преступлениями против человечности. При этом до начала XX в. большая часть этих преступлений оставалась безнаказанной. Заключение мирного договора подводило черту подо всем, что случилось ранее; норма об общей амнистии всем участникам закончившейся войны либо прямо включалась в текст мирного договора, либо подразумевалась.¹ Подобное положение (как и многое другое в международных отношениях) изменилось после Первой мировой войны, чему, вероятно, способствовало невиданное ранее количество совершенных воюющими преступлений и жертв среди гражданского населения. В мирных договорах с Германией и Турцией (Версальском 1919 г. и Севрском 1920 г.) предусматривалась возможность привлечения к ответственности лиц, совершивших наиболее тяжкие военные преступления, специально создаваемыми международными уголовными судами.² Впрочем, эти нормы так и остались на бумаге, и первые международные уголовные суды были созданы уже после Второй мировой войны, далеко превосшедшей по числу жертв и разрушений все предшествовавшие международные конфликты. Перед Нюрнбергским и Токийским трибуналами, созданными государствами-победителями в 1945 и 1946 гг., предстали высшие политические и военные руководители Германии и Японии.

Далее процесс развития международной уголовной юстиции приостановился, но с начала 1990-х годов он получил новый импульс. Начиная



Марусин Игорь Станиславович,
к. ю. н., доцент, кафедра
международного права СПбГУ

© И. С. Марусин, 2009

¹ Примером подобного договора может служить Фридрихсгамский мирный договор 1809 г. между Россией и Швецией, предусматривавший общую амнистию (*Sandström A. Sveriges sista krig. Örebro, 1994. S. 189*).

² Статьи 227–229 Версальского договора 1919 г., ст. 230 Севрского договора 1920 г. (*Woetzel R. K. The Nuremberg Trial in international law. London; New-York, 1962. P. 32*).

с 1993 г. были созданы такие международные уголовные судебные учреждения, как Международный трибунал по бывшей Югославии, Международный трибунал по Руанде, Международный уголовный суд, Специальный суд по Сьерра-Леоне, Смешанные палаты при Верховном Суде Камбоджи, Специальный трибунал по Ливану. Все они, за исключением Международного уголовного суда, были учреждены для преследования преступлений, совершенных в ходе кровопролитного вооруженного конфликта в том или ином государстве. Попробуем оценить ту роль, которую сыграли некоторые из этих международных судебных учреждений в урегулировании соответствующего конфликта.

Уже в 1945 г. при создании первого в истории Международного военного трибунала перед его учредителями встал принципиальный вопрос: какова основная цель его деятельности? Только покарать конкретных физических лиц, виновных в совершении тяжких преступлений? Но ведь эти лица не являлись обычными уголовными преступниками, действующими в своих частных интересах! Подсудимые на Нюрнбергском процессе действовали в интересах Германии и немецкого народа, как они их понимали. И если ограничиться лишь наложением на них наказания, не разъяснив немецкому народу всю преступность их действий, то нет никаких гарантий против того, что через некоторое время не появятся новые руководители, которые выдвинут те же самые лозунги и цели и, более того, смогут использовать в своей пропаганде судьбу своих осужденных международным судом предшественников, изображая их «мучениками за дело нации». Поэтому важной целью деятельности международных уголовных судов должно быть разъяснение тому народу, тем общественным и политическим силам, чьи интересы представляли и защищали подсудимые, преступности их намерений и действий. Подобное разъяснение (и это является достоинством судебной процедуры) не сводится лишь к голословным утверждениям пропагандистского аппарата, часто вызывающим скептическое отношение существенной части населения. В рамках судебного процесса защита имеет возможность ответить на утверждения обвинения (что практически невозможно в так называемых свободных средствах массовой информации), привести свои доказательства справедливости действий подсудимых, и тем самым выносимый им приговор, учитывающий все доводы за и против обвиняемых и проводимой ими политики, имеет несравненно большую убеждающую силу, чем заявления политиков, деятелей культуры или журналистов.

Нюрнбергский процесс 1945–46 гг. достиг этой цели. На нем были приведены настолько убедительные и неопровержимые доказательства тяжчайших преступлений, совершенных политическими и военными руководителями Германии, о которых рядовые немцы, по их словам, очень часто повторяемым в первые послевоенные годы, ничего не знали, что ни в ФРГ, ни в ГДР (государствах, созданных на территории бывшего Третьего Рейха) возрождение шовинистической и националистической идеологии, как это произошло в Веймарской Германии в период между двумя мировыми войнами, стало невозможным.

Таким образом, Нюрнбергский процесс внес весьма существенный вклад в подведение окончательной черты под тем периодом европейской

и мировой истории, когда Германия, добившаяся национального единства позже других европейских держав, пыталась огнем и мечом завоевать себе «место под солнцем».³

Таковую же оценку можно дать и Токийскому процессу, проведенному в 1946–1948 гг. на тех же принципах, что и Нюрнбергский процесс. Вместе с тем необходимо отметить и одно существенное отличие между этими первыми в истории международными уголовными судами. Речь идет о привлечении к ответственности главы японского государства императора Хирохито. Если бы Гитлер был бы захвачен войсками союзников живым, то, без всяких сомнений, рейхспрезидент и рейхсканцлер Германии (именно таков был его официальный титул с 1934 г.) был бы главным подсудимым в Нюрнберге. Конечно, роль императора Японии в управлении страной была несравненно меньше, чем роль Гитлера в управлении Германией, но как глава государства он, бесспорно, должен нести ответственность за все его действия. При решении вопроса о том, включать или нет Хирохито в число подсудимых на Токийском процессе, возник вопрос, затрагивающий самые основы деятельности международных судебных учреждений: что важнее — осуществление правосудия или поддержание мира? Полное осуществление правосудия требовало, чтобы, если вина императора Хирохито в преступлениях, совершенных Японией в мировой войне, была выяснена в суде, он также понес бы справедливое наказание. Вместе с тем обращение иностранных оккупационных властей с императором, в прямом смысле слова обожествляемым японским народом, как с обычным уголовным преступником могло бы усилить чувство национального унижения японцев и резко повысить их сопротивление политическим и экономическим реформам, проводимым американскими оккупационными властями. Поэтому было принято решение не только не привлекать Хирохито к ответственности, но и не изгонять его с трона.

Конечно, остается лишь предполагать, насколько существенно изменилась бы послевоенная история Японии, если бы император Хирохито был осужден на Токийском процессе, но мы можем утверждать, что этот международный суд не стал препятствием на пути трансформации Японии в процветающее государство, развивающееся на путях экономической, а не военно-политической экспансии.

Следующее международное уголовное судебное учреждение было создано более чем через 40 лет после завершения Токийского процесса, уже после распада мировой системы социализма и прекращения военно-политического противостояния между США и СССР. В отличие от Нюрнбергского и Токийского трибуналов Международный трибунал по бывшей

³ О современной оценке Нюрнбергского процесса см.: *Валеев Р. М., Сафиуллина И. П.* Нюрнбергские принципы и их влияние на развитие современного международного права (к 60-летию Нюрнбергского процесса) // Московский журнал международного права (далее: МЖМП). 2006. № 3. С. 185–200; *Сухарев А. Я.* Нюрнбергский процесс и проблемы международной законности // Журнал российского права. 2007. № 1. С. 87–94; *Ambos K.* Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechtes. Berlin, 2002. S. 78–139; *Tomuschat C.* The legacy of Nuremberg // Journal of international criminal justice. 2006. N 4. P. 830–844; *Kyriakides K., Weinstein S.* Nuremberg in retrospect // International criminal law review. 2005. N 3. P. 373–386; *Burchard C.* The Nuremberg trial and its impact on Germany // Journal of international criminal justice. 2006. N 4. P. 800–829.

Югославии в Гааге создан для преследования преступлений, совершенных в первую очередь во внутригосударственных вооруженных конфликтах. Кроме того, Трибунал учрежден не по соглашению государств, а на основании резолюции Совета Безопасности ООН. Последнее обстоятельство связало вопрос о роли этого нового международного суда в поддержании мира на Балканах с вопросом о легитимности его создания.

Отечественные ученые давали на этот вопрос самые противоположные ответы. Так И. П. Блищенко никоим образом не ставил под сомнение правомерность учреждения Трибунала, а наоборот, отмечал, что учреждение Трибунала именно Советом Безопасности ООН, а не по соглашению государств свидетельствует о готовности ООН обеспечивать всеми имеющимися в ее распоряжении средствами верховенство права.⁴ И. И. Лукашук указывал, что учреждение Трибуналов основано на широком толковании Устава ООН; по его мнению, наиболее убедительное основание, выдвинутое Генеральным Секретарем ООН в поддержку такого способа создания Трибуналов, состоит в том, что другого пути не было.⁵ По мнению Л. В. Иногамовой-Хегай, правомерность решений Совета Безопасности ООН об учреждении Трибуналов базируется на их признании государствами, а не на попытках обосновать их принятие ссылками на Устав ООН.⁶

А. Б. Мезяев⁷ и Н. Г. Михайлов,⁸ напротив, отрицают право Совета Безопасности учреждать международные уголовные суды. Парадоксальность позиции Н. Г. Михайлова состоит в том, что он сам с 1997 по 2003 г. возглавлял следственную группу Трибунала по бывшей Югославии.

У западных ученых правомерность создания Трибунала Советом Безопасности не вызывает никаких сомнений.⁹ Так, по мнению Д. П. Штро, единственное условие, которое должен при этом выполнить Совет Безопасности, — обеспечить совместимость применяемых им мер с целями и принципами ООН.¹⁰ Как отмечает К. Оллерс-Фрам, Устав ООН закрепляет не отдельные виды компетенции Совета Безопасности, а функцию по поддержанию мира и международной безопасности. Таким образом, по ее мнению, вопрос не в том, мог или нет Совет Безопасности

⁴ *Международное уголовное право* / под ред. В. Н. Кудрявцева. М., 1995. С. 151 (автор главы — И. П. Блищенко).

⁵ Лукашук И. И. *Международное право. Особенная часть*. М., 2001. С. 344; Лукашук И. И., Наумов А. В. *Международное уголовное право*. М., 1999. С. 94. — Л. С. Сунга указывает, что иной путь создания Трибуналов занял бы слишком много времени: *Sunga L. S. The emerging system of international criminal law*. The Hague; London; Boston, 1997. P. 298.

⁶ *Иногамова-Хегай Л. В. Международное уголовное право*. СПб., 2003. С. 58.

⁷ Мезяев А. Б. 1) Назначение адвоката на процессе против Слободана Милошевича в Гаагском трибунале: некоторые международно-правовые вопросы // МЖМП. 2005. № 2. С. 99; 2) Международный трибунал по бывшей Югославии: некоторые правовые аспекты // Российский юридический журнал. 2007. № 2. С. 46–49.

⁸ Михайлов Н. Г. 1) Международный трибунал по бывшей Югославии как институт международной уголовной юстиции. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 18; 2) Проблемы законности Международного трибунала по бывшей Югославии // *Международное право — International Law*. 2006. № 2. С. 70–71.

⁹ *Schlunk A. Amnesty versus accountability: Third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*. Berlin, 2000. P. 54–55.

¹⁰ *Stroh D. P. Die nationale Zusammenarbeit mit den internationalen Straftribunalen für das ehemalige Jugoslawien und für Rwanda*. Berlin, 2002. S. 31.

создать международное судебное учреждение, а в том, уместное ли это средство для поддержания мира.¹¹ М. Гердинг в 2007 г., когда реальная роль Трибунала по бывшей Югославии в поддержании мира в регионе стала уже достаточно очевидной, несколько модифицировал эту позицию. По его мнению, роль Международного трибунала в поддержании мира надо оценивать не по конечным результатам его деятельности, а по тому, как это представлялось его учредителям на момент создания.¹²

Попробуем оценить роль Международного трибунала в разрешении югославского кризиса, который представляет собой ряд связанных друг с другом межэтнических и межконфессиональных вооруженных конфликтов, возникших в результате распада Социалистической Федеративной Республики Югославии (СФРЮ) — в прошлом одного из самых многонациональных государств Европы. Прежде всего необходимо отметить, что многие из этих конфликтов не разрешены, а заморожены. Далеко не все стороны этих конфликтов признают правомочным нынешнее положение, и только присутствие внешних факторов — в первую очередь вооруженных сил США и других государств НАТО — удерживает их от активных действий по изменению этого положения. Например, ни одна влиятельная политическая сила в Сербии пока не примирилась с независимостью Косово, многие из жителей Республики Сербской в составе Боснии и Герцеговины хотели бы, чтобы их Республика отделилась от этого государственного образования, а немалое число этнических албанцев — граждан Македонии желали бы повторить пример своих косовских собратьев. В этом отличие нынешней ситуации в республиках бывшей Югославии от ситуации в ФРГ и ГДР, в которых основные политические силы пусть и не сразу, но приняли и признали итоги Второй мировой войны, в том числе и территориальные изменения. Международный трибунал в Гааге мог бы также содействовать такому процессу в республиках бывшей Югославии, если бы в ходе расследования конкретных деяний высших политических и военных руководителей государств, возникших на территории СФРЮ, как признанных, так и самопровозглашенных, обвинению удалось бы убедительно доказать не только судьям, но и общественному мнению соответствующих стран преступность целей, которыми руководствовались в своих действиях лидеры конкретных этнических общин, как это удалось обвинению на Нюрнбергском процессе.

Однако авторитет Международного трибунала и его приговоров в республиках бывшей Югославии невысок. Общественное мнение Сербии и Хорватии относится к его деятельности негативно, считая его орудием в руках иностранных государств для оказания давления на эти страны; недовольна его работой и мусульманская община Боснии и Герцеговины из-за недостаточно быстрого и эффективного, по ее мнению, наказания сербских и хорватских преступников. Примирению сторон,

¹¹ *Oellers-Fram K. Internationale Strafgerichtsbarkeit aus völkerrechtliche Sicht am Beispiel des Haager Kriegsverbrecher Tribunals // Kriegsverbrecher vor Gericht. Dokumentation einer Fachtagung. 10.03.1999. Köln, 1999. S. 15.*

¹² *Gerdig M. Völkerstrafrecht vor internationalen Strafgerichten // Völkerstrafrecht. Osnabrück, 2007. S. 256.*

подведению окончательной черты под югославским конфликтом Трибунал в Гааге содействовал весьма в малой степени. Скорее, его надо рассматривать как одну из сторон конфликта.

Причину такого положения следует искать в противоречии между юридической формой Трибунала и тем вектором его деятельности, который ему придали его обвинители. По своей юридической форме Трибунал по бывшей Югославии — международное судебное учреждение, а значит, он должен с равной беспристрастностью преследовать преступления, совершенные во время югославского конфликта, независимо от национальности и гражданства преступника. В этом безусловное преимущество международного суда над национальными, которые обычно беспомощны перед деяниями собственного политического и военного руководства. Но кому предъявлять обвинение, решает единолично один человек — обвинитель Трибунала, не подотчетный в принятых решениях никому. Первые три обвинителя Трибунала (последовательно граждане США, Канады и Швейцарии) в своей деятельности всегда учитывали актуальную политическую линию правительства США, поддерживавшего в вооруженных конфликтах на территории бывшей Югославии определенную сторону, и старались предъявлять обвинения лишь тем, кто воевал на «неправильной» стороне. Понятно, что с такими обвинителями возможность привлечения к ответственности военнослужащих США и других стран НАТО за совершенное ими во время воздушных налетов на Сербию и Черногорию весной 1999 г. была исключена заранее.¹³

Однако крайне трудно доказать преступность намерения сербской общины Боснии и Герцеговины выйти из состава этого нового политического образования и создать собственное государство, одновременно доказав преступность намерения правительства Сербии воспрепятствовать отделению своего края Косово. Можно доказать лишь преступность используемых для достижения этих целей средств, однако для урегулирования конфликта необходимо, чтобы и политическое руководство, и общественное мнение во всех странах — участницах конфликта осознали порочность преследуемых в ходе конфликта целей. Но поскольку в политической оценке конфликтов в бывшей Югославии Международный трибунал следовал за правительством США, а оно, с одной стороны, поддерживало сохранение территориальной целостности Боснии и Герцеговины, а с другой — отделение Косово от Сербии, то и занять собственную, правовую и обоснованную позицию, способную оказать влияние на политические процессы и общественное мнение в республиках бывшей Югославии, Трибунал в Гааге не мог.

Конечно, деятельность Международного трибунала по бывшей Югославии нельзя расценивать только негативно. Им были привлечены

¹³ Нежелание Трибунала начать даже предварительное следствие действий военнослужащих НАТО в Сербии и Черногории в 1999 г. вызвало критику и со стороны западноевропейских ученых: *Benvenuti P. The ICTY Prosecutor and the review of NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia // European journal of international law. 2001. N 3. P. 503–529; Cottier M. Did NATO forces commit war crimes during the Kosovo conflict? // International and national prosecution of crimes under international law / ed. by H. Fischer, C. Kress, S. R. Lüder. Berlin, 2001. P. 530.*

к ответственности несколько десятков лиц, совершивших тяжкие преступления; некоторые из них в случае отсутствия Трибунала могли бы избежать наказания. Однако потенциальные возможности для содействия долгосрочному политическому урегулированию на Балканах, которые были у Трибунала в начале его деятельности, использованы не были.

Труднее оценить роль Международного трибунала по Руанде, созданного резолюцией Совета Безопасности ООН в 1994 г., и Специального суда по Сьерра-Леоне, созданного по соглашению между правительством этой страны и ООН в 2002 г. для преследования преступлений, совершенных во время гражданских войн в этих странах. Новых вооруженных конфликтов в этих государствах после начала работы международных судов не было, но вряд ли это можно считать лишь их заслугой; очевидно, нужно дождаться завершения их работы для формирования окончательного суждения. Отметим только некоторые черты, отличающие деятельность этих международных судебных учреждений от других, рассмотренных в данной статье.

Особенностью Международного трибунала по Руанде является необычно широкое число потенциальных обвиняемых. Дело в том, что в отличие от предыдущих известных случаев геноцида, например, геноцида армян в период Первой мировой войны или евреев и цыган в период Второй мировой войны, осуществлявшихся лишь государственным аппаратом Османской империи или Германии, геноцид народа тутси в Руанде в 1994 г., в ходе которого за три месяца погибло от 800 000 до 1 000 000 чел., был, так сказать, подлинно народным делом.¹⁴ Прохожий нападал на прохожего, сосед на соседа, зять на тестя и тещу, если они оказывались не той национальности, находясь не при исполнении своих служебных обязанностей, а, если можно так выразиться, по зову сердца. Поэтому на момент создания Международного трибунала в Руанде в геноциде обвинялось 80 000 чел.¹⁵ Организовать надлежащее судебное преследование такого количества лиц — задача трудновыполнимая не только для международного суда, но и для эффективно действующей внутригосударственной судебной системы. Международный трибунал привлекает к ответственности лиц, занимавших в 1994 г. высшие государственные должности: и. о. президента, премьер-министра, высшего армейского руководство. Однако следует иметь в виду, что эти лица скорее следовали за ходом событий, чем направляли их, и потому их наказание, само по себе заслуженное, не имеет решающего значения для подведения окончательных итогов гражданской войны в Руанде в первой половине 1990-х годов. Определяющим будет осознание не только преступности, но и бессмысленности насильственных способов решения конфликтных ситуаций и политическими партиями, и интеллигенцией, и самими

¹⁴ *Ntinda Nsereko D. D. Genocidal conflict in Rwanda and the International Criminal Tribunal for Rwanda // Netherlands international law review. 2001. Vol. XLVIII. P. 38; Meernik J. Proving and punishing genocide at the International Criminal Tribunal for Rwanda // International criminal law review. 2004. N 1. P. 80.* — Л. ван дер Херик, ссылаясь на данные Правительства Руанды, обнародованные в 2004 г., называет цифру в 937 000 погибших: *van der Herik L. J. The contribution of the Rwanda Tribunal to the development of international law. Leiden; Boston, 2005. P. 26.*

¹⁵ *La repression internationale du genocide rwandais / sous la direction de L. Bururgue-Larsen. Bruxelles, 2003. P. 29.*

широкими слоями всех жителей Руанды независимо от этнической принадлежности. Насколько можно судить об этом по сообщениям средств массовой информации, процесс такого осознания начался.¹⁶

Деятельность Специального суда по Сьерра-Леоне представляет хороший пример для разрешения вопроса о том, что важнее — немедленное осуществление правосудия или установление мира. Одной из ключевых фигур в вооруженном конфликте в Сьерра-Леоне был Президент соседней Либерии Ч. Тейлор. В июне 2003 г., когда в Аккре (Гана) должна была состояться мирная конференция по Сьерра-Леоне, обвинитель Специального суда по Сьерра-Леоне Д. Крейн потребовал от Ганы, чтобы она арестовала тогдашнего Президента Либерии Ч. Тейлора, прибывшего на конференцию, против которого Специальный суд выдвинул обвинения по 17 пунктам.¹⁷ Ч. Тейлор срочно покинул Гану, мирная конференция была сорвана, и война продолжилась.¹⁸ В августе 2003 г. Ч. Тейлор согласился отказаться от власти в обмен на обязательство Нигерии предоставить ему убежище. В соответствии с этим соглашением Нигерия долгое время отказывалась выдать Ч. Тейлора Суду. Только в марте 2006 г. он был арестован.¹⁹ В итоге Ч. Тейлор все равно предстал перед Специальным судом по Сьерра-Леоне, но гражданская война в этой стране кончилась позднее, чем это могло бы быть.

Подведем итог. Создание специального международного уголовного суда — не всегда однозначно положительный фактор в урегулировании вооруженного конфликта, особенно внутригосударственного. Такая мера должна использоваться только в тех случаях, когда очевидна неспособность органов национальной юстиции должным образом преследовать совершенные в ходе конфликта преступления. Но и в этом случае деятельность международного суда может причинить делу мира более серьезный ущерб, чем его отсутствие, если его судьи, обвинитель и иные сотрудники плохо разбираются в общественно-политической обстановке в регионе, в котором функционирует данный международный суд, либо руководствуются в оценке этой обстановки позицией определенного государства или группы государств, преследующих свои собственные интересы. Приоритетным в деятельности всех международных уголовных судебных учреждений должно быть содействие укреплению и поддержке мира, пусть даже для достижения этой цели необходимо иногда отказаться от немедленного осуществления своей формально основной функции — привлечения к уголовной ответственности определенного лица, подозреваемого в совершении тяжкого преступления.

¹⁶ Африканские исследователи положительно оценивают деятельность Международного трибунала в процессе примирения в Руанде: *Mafwenga F. The contribution of the International Criminal Tribunal for Rwanda to reconciliation in Rwanda // International crimes, peace and human rights: The role of the international criminal courts / ed. by D. Shelton. Ardsley, 2000. P. 11–17; Nsanzuwera F.-X. The ICTR contribution to national reconciliation // Journal of international criminal justice. 2005. N 4. P. 944–949.*

¹⁷ *Ложников И. С. Специальный суд по Сьерра-Леоне // МЖМП. 2004. № 1. С. 268.*

¹⁸ *Schabas W. A. United States hostility to the ICC: It is all about the Security Council // European journal of international law. 2004. N 4. P. 715.*

¹⁹ *Friulli M. A turning point in international efforts to apprehend war criminals // Journal of international criminal justice. 2006. N 3. P. 351–361.*

ВООРУЖЕННЫЕ КОНФЛИКТЫ И ЗДОРОВЬЕ ЧЕЛОВЕКА: ВОПРОСЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

О. О. САЛАГАЙ

Трудно вспомнить относительно продолжительный временной промежуток в истории человечества, в течение которого сохранился бы длительный и стабильный мир. В XVI—XX вв. общее число погибших в результате конфликтов в течение столетия составляло соответственно 1,6 млн, 6,1 млн, 7,0 млн, 19,4 млн и 109,7 млн чел.¹ По другим оценкам в 25 самых больших конфликтах XX в. погибло около 191 млн чел., причем 60 % погибших не имели отношения к военным действиям.² После Второй мировой войны произошло около 190 вооруженных конфликтов, которые длились менее 6 месяцев, причем только четверть из них были межгосударственными. По оценкам Всемирной организации здравоохранения в 2000 г. около 310 000 чел. умерли от травм, связанных с войной. Особую обеспокоенность вызывает характер изменения потерь при вооруженных конфликтах, выражающийся в увеличении потерь среди гражданского населения. Кроме того, изменение самого характера ведения войн (асимметричные, партизанские и др.) нередко приводит к применению по отношению к противнику ряда мер, выходящих за рамки этических и гуманитарных представлений современного человека (пытки, добивание раненых, бесчеловечное обращение с пленными и гражданским населением и др.).

Нередко последствия вооруженного конфликта для здоровья населения носят более трагичный характер, чем сам конфликт. Так, в середине 1980-х годов смертность младенцев в Уганде на некоторых территориях, вовлеченных в конфликт, достигала 600 случаев на 1000 чел.³ Вспышка геморрагической лихорадки Эбола в Гулу (Уганда) в 2000 г., как полагают, связана с возвращением войск из Демократической республики Конго.



Салагай Олег Олегович,
к. м. н., зам. начальника отдела
правового регулирования
в сфере здравоохранения
Министерства здравоохранения
и социального развития РФ

© О. О. Салагай, 2009

¹ *Sivard R. L.* World military and social expenditures. 16th ed. Washington, 1996. P. 56.

² *Rummel R. J.* Death by government: genocide and mass murder since 1900. New Brunswick (NJ); London, 1994. P. 204.

³ *Dodge C. P.* Health implications of war in Uganda and Sudan // *Social Science and Medicine*. 1990. N 31. P. 691–698.

Эпидемия кори в Никарагуа в 1985–1986 гг. возникла в основном из-за того, что медицинские службы не могли проводить иммунизацию населения на территориях, охваченных конфликтом.⁴ В Эфиопии⁵ и Мозамбике⁶ ослабление контроля над малярией во время конфликтов привело к эпидемиям.

Все это в известной мере изменило представления о существе и последствиях вооруженных конфликтов, определив исключительную актуальность изучения и совершенствования нормативно-правового регулирования в сфере обеспечения прав человека на жизнь и здоровье.

С учетом высокой актуальности обозначенной проблематики целью настоящей работы стали изучение и характеристика особенностей международно-правовой защиты права на жизнь и здоровье в ходе вооруженных конфликтов.

Право на здоровье, особый статус раненых и медицинского персонала в ходе вооруженного конфликта. По существу, именно вопросы охраны жизни и здоровья человека легли в основу формирования международной нормативно-правовой базы в области ведения войн. Одним из первых документов, направленных на гуманизацию войны и запрещавших использование отдельных видов оружия в боевых действиях, стал проект соглашения, предложенный российским императором Александром II в 1868 г. (С.-Петербургская декларация, принятая 19 государствами).⁷ Существенное значение для ограничения отдельных видов оружия имеют нормы так называемого Гаагского права.⁸

В настоящее время международно-правовой базис регулирования вопросов организации медицинской помощи пострадавшим в вооруженных конфликтах составляют нормы так называемого Женевского права,⁹ ряд иных международных конвенций, косвенно затрагивающих вопросы права вооруженных конфликтов (например, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, прямо не регулирующая правила ведения войн, но в той или иной мере сопряженная с гуманитарной их стороной), и документов международных межправительственных организаций, имеющих, однако, характер «мягкого права».¹⁰

Согласно ст. 3, общей для Женевских конвенций,¹¹ лица, которые непосредственно не принимают участия в военных действиях, включая тех

⁴ Garfield R. M. et al. Health related outcomes of war in Nicaragua // American Journal of Public Health. 1987. N 77. P. 615–618.

⁵ Kloos H. Health impacts of war in Ethiopia // Disasters. 1992. N 16. P. 347–354.

⁶ Cliff J., Noormahomed A. R. Health as a target: South Africa's destabilization of Mozambique // Social Science and Medicine. 1988. N 27. P. 717–722.

⁷ Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами: Трактаты с Австрией. 1815–1849 / сост. Ф. Мартенс. Т. 4. Ч. 2. СПб., 1878. С. 622.

⁸ Рьельская М. А. Особенности применения права вооруженных конфликтов // Административное и муниципальное право. 2008. № 10. С. 51–55.

⁹ Каримов Ф. Б. Законы и обычаи войны и их закрепление в законодательстве РФ // Право: теория и практика. 2003. № 3. С. 84–89.

¹⁰ Котляров И. И., Ходжабегова К. Л. Международное гуманитарное право. М., 2007. С. 143.

¹¹ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XVI. М., 1957. С. 71–280.

лиц из состава вооруженных сил, которые сложили оружие, а также тех, которые перестали принимать участие в военных действиях вследствие болезни, ранения, задержания или по любой другой причине, должны при всех обстоятельствах пользоваться гуманитарным обращением без всякой дискриминации по причинам расы, цвета кожи, религии или веры, пола, происхождения или имущественного положения или любых других аналогичных критериев. С этой целью запрещаются и всегда и всюду будут запрещаться в отношении вышеуказанных лиц посягательство на жизнь и физическую неприкосновенность, в частности всякие виды убийства, увечья, жестокое обращение, пытки и истязания, взятие заложников, посягательство на человеческое достоинство, в том числе оскорбительное и унижающее обращение, осуждение и применение наказания без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом, при наличии судебных гарантий, признанных необходимыми цивилизованными нациями. Раненых и больных должно подбирать и оказывать им помощь.

Несмотря на то что Женевское право регулирует в целом межгосударственные отношения, нормы, содержащиеся в Конвенциях, основаны на общих принципах гуманности и должны соблюдаться вне зависимости от того, является ли вооруженный конфликт международным или внутренним. Такая позиция высказана, в частности, Международным Судом ООН в решении от 27 июня 1986 г. по делу *Nicaragua v. United States of America*.¹² Кроме того, национальная практика государств,¹³ а также толкование ее Международным Комитетом Красного Креста позволяют заключить, что такая норма в международном гуманитарном праве расценивается как обычная.¹⁴

Вопрос соблюдения права человека на жизнь и здоровье становится особенно важным в современных условиях при исследовании феноменов так называемых асимметричных войн. Последние представляют собой случаи, когда организованная группа, не имеющая обычных видов вооружений и экономической власти, атакует слабые места относительно богатого и открытого общества, используя нетрадиционные виды оружия и нестандартную военную тактику. Такие акты принято называть террористическими, однако ввиду того, что перечни террористических организаций определяются государствами на основании политических убеждений, контекстуальное использование данного термина встречает известные затруднения.¹⁵

Ввиду опасности и непредсказуемости «асимметричных войн» встречались отдельные политические апологии использования особых методов

¹² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Jurisdiction and Admissibility*, 1984 ICJ REP. 392 June 27, 1986. — Здесь и далее решения международных судебных инстанций цитируются в форме, рекомендуемой этими инстанциями.

¹³ Соответствующие положения содержатся, например, в военных уставах Австралии, Индонезии, Колумбии, Нигерии, США.

¹⁴ *Customary International Humanitarian Law*. In 2 vol. Vol. I. Rules. Cambridge (Mass.), 2005. P. 510.

¹⁵ *Макуев Р. Х.* Терроризм в условиях глобализации // Государство и право. 2007. № 3. С. 43.

дознания по отношению к лицам, подозреваемым в совершении таких актов, в том числе с использованием физического насилия.

Вместе с тем Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) в решении по делу *Colibaba v. Moldova* (2008)¹⁶ указал, что ст. 3 Конвенции содержит в себе фундаментальные ценности демократического общества, и, следовательно, запрет пыток и бесчеловечного обращения не может быть нарушен вне зависимости от обстоятельств или поведения жертвы даже в тех случаях, когда лицо подозревается в терроризме. Аналогичную позицию занял Конституционный Суд РФ, указав в своем Постановлении от 28 июня 2007 г. № 8-П,¹⁷ кроме прочего, что в соответствии с Резолюцией Совета Безопасности ООН от 14 сентября 2005 г. № 1624 и Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 2005 г. № 60/158 «Защита прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом» государства в борьбе с терроризмом должны соблюдать обязательства по международному праву, касающемуся прав человека, международному беженскому и гуманитарному праву и прилагать усилия по обеспечению уважения и защиты достоинства людей и их основных свобод, а также демократической практики и законности.

Дополнительная гарантия обеспечения права участников вооруженного конфликта на доступ к медицинской помощи — закрепление международным правом особого правового положения медицинской службы.

Особенности правового положения медицинского персонала во время вооруженного конфликта определены гл. 3 Женевской конвенции от 12 августа 1949 г. об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях.¹⁸ Так, постоянные санитарные учреждения и подвижные санитарные формирования медицинской службы не могут ни при каких обстоятельствах быть подвергнуты нападению, но должны во всякое время пользоваться покровительством и охраной сторон, находящихся в конфликте. Тем из них, кто попал в руки противной стороны, должна быть обеспечена возможность продолжать функционировать до тех пор, пока держава, захватившая их, сама не обеспечит необходимого ухода за ранеными и больными, находящимися в этих учреждениях и формированиях.

Внимание особому статусу медицинских формирований было уделено также со стороны международных межправительственных организаций. В частности, Генеральная Ассамблея ООН в Резолюции от 4 декабря 1986 г. № 41/157 призвала соблюдать нормы Женевских конвенций, касающиеся гуманного обращения и уважения статуса медицинского персонала и военных госпиталей любой из сторон конфликта.

Всемирная ассамблея здравоохранения в Резолюции WHA55.13 от 18 мая 2002 г.,¹⁹ выразив беспокойство по поводу участившихся случаев нападения на медицинский персонал, учреждения и отделения

¹⁶ *Colibaba v. Moldova*, no. 29089/06, 23 October 2007.

¹⁷ СЗ РФ. 2007. № 27. Ст. 3346.

¹⁸ *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами*. Вып. XVI. С. 71–100, 279.

¹⁹ Резолюция Всемирной ассамблеи здравоохранения WHA55.13, 2002 г.

во время вооруженных конфликтов, призвала все стороны вооруженных конфликтов полностью соблюдать и выполнять применимые нормы международного гуманитарного права, защищающие гражданских лиц и комбатантов, не участвующих в военных действиях, а также медицинский, сестринский и другой персонал здравоохранения и гуманитарный персонал, и соблюдать положения, регулирующие использование эмблем Красного Креста и Красного Полумесяца и их защитный статус по международному гуманитарному праву.

Необходимо обратить особое внимание на то, что по смыслу Женевских конвенций понятие «медицинский персонал» является довольно широким и включает в себя не только врачей и медсестер, но и иных лиц, принимающих участие в организации оказания медицинской помощи. При этом особый правовой статус медицинского персонала, наряду с особыми правами, влечет и особые обязанности, заключающиеся по смыслу Женевского права в том, что медицинские формирования должны обеспечивать медицинской помощью любую из участвующих в конфликте сторон.

Однако международному праву известны случаи, когда медицинский персонал утрачивает свой особый правовой статус. Женевское право, а также практика государств, формирующая обычное право, предусматривают, что медицинский персонал утрачивает право на особую защиту в случае, если совершает действия, имеющие своей целью нанесение ущерба неприятелю. К таким действиям относятся, например, использование помещений медицинского пункта для укрытия здоровых комбатантов, хранения оружия и боеприпасов или использование его в качестве прикрытия военной операции.

Согласно указанной выше Конвенции соответствующие власти заботятся о том, чтобы санитарные учреждения и формирования были настолько возможно размещены таким образом, чтобы они не подвергались опасности в случае нападения на военные объекты. Говоря об обязанностях властей по организации медицинской службы как в мирное время, так и в ходе военных действий, следует отметить следующее. Международная правоприменительная практика ЕСПЧ свидетельствует о том, что по смыслу Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод позитивные обязательства в сфере организации медицинской помощи гражданам, в том числе по организации больниц, расследованию причин смерти, могут при определенных обстоятельствах подпадать под обязательства государства, предусмотренные ст. 2 Конвенции (дела *Powell v. the United Kingdom*, 2000;²⁰ *Nitecki v. Poland*, 2002;²¹ *Byrzykowski v. Poland*, 2006²²).

Таким образом, международно-правовая защита жизни и здоровья лиц, ставших жертвами вооруженных конфликтов, заключается в признании права на медицинскую помощь как безусловного, закреплении особого правового статуса раненых и медицинского персонала, обязанности

²⁰ *Powell v. the United Kingdom* (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V.

²¹ *Nitecki v. Poland* (dec.), no. 65653/01 2002.

²² *Byrzykowski v. Poland*, no. 11562/05, 27 June 2006.

властей по обеспечению функционирования формирований медицинской службы.

Преступления против жизни и здоровья человека, вооруженный конфликт и международное право. Международному уголовному праву известен ряд преступлений, совершаемых во время военных действий и связанных с нарушением права человека на жизнь и здоровье. Римский статут Международного уголовного суда²³ относит к серьезным нарушениям Женевских конвенций от 12 августа 1949 г., в частности, умышленное убийство, пытки или бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительную беременность, как она определена в п. 2(f) ст. 7, принудительную стерилизацию и любые другие виды сексуального насилия, а также указывает, что причинение лицам, которые находятся под властью противной стороны, физических увечий или совершение над ними медицинских или научных экспериментов любого рода, которые не оправданы необходимостью медицинского, зубоветеринарного или больничного лечения соответствующего лица и не осуществляются в его интересах и которые вызывают смерть или серьезно угрожают здоровью такого лица или лиц, являются нарушениями обычаев войны.

Отнесение ряда преступлений против здоровья человека к военным связано с тем, что некоторые из них могут быть частью военной стратегии. Так, изнасилования как часть военной стратегии использовались во многих вооруженных конфликтах, например в Корее во время Второй мировой войны, в Алжире,²⁴ Индии (Кашмир),²⁵ Индонезии,²⁶ Либерии,²⁷ Руанде и Уганде.²⁸ В некоторых вооруженных конфликтах, например в Руанде, изнасилование использовалось как преднамеренная стратегия, чтобы разрушить общинные связи; это также дало основание при определенных обстоятельствах считать изнасилования частью акта геноцида. При этом международные судебные инстанции демонстрируют достаточно гибкий подход к определению самого понятия «изнасилование», который достаточно существенно отличается в практике Международного трибунала по бывшей Югославии²⁹ и Международного уголовного трибунала по Руанде.³⁰

²³ Римский статут Международного уголовного суда (документ А/CONF.183/9 от 17 июля 1998 г. с изменениями на основе протоколов от 10 ноября 1998 г., 12 июля 1999 г., 30 ноября 1999 г., 8 мая 2000 г., 17 января 2001 г. и 16 января 2002 г.) вступил в силу 1 июля 2002 г.

²⁴ *Chelala C.* Algerian abortion controversy highlights rape of war victims // *Lancet*. 1998. N 351. P. 1413.

²⁵ *Asia Watch.* Rape in Kashmir: a crime of war / Human Rights Watch. New York, 1993. P. 18.

²⁶ *Xiau W.* Silent consent: Indonesian abuse of women // *Harvard International Review*. 1999. N 21. P. 16–17.

²⁷ *Swiss S. et al.* Violence against women during the Liberian civil conflict // *Journal of the American Medical Association*. 1998. N 279. P. 625–629.

²⁸ *Swiss S., Giller J. E.* Rape as a crime of war: a medical perspective // *Ibid*. 1993. N 270. P. 612–615.

²⁹ *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Case No. IT-96-23/1-A, Judgement, ICTY AC, 12 June 2002.

³⁰ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998.

Ряд преступлений, затрагивающих соматическую сферу человека, отнесен к преступлениям против человечности и преступлениям геноцида. К таковым согласно Римскому статуту относятся убийство, истребление, пытки, изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительная беременность, принудительная стерилизация или любые другие формы сексуального насилия сопоставимой тяжести, другие бесчеловечные деяния аналогичного характера, заключающиеся в умышленном причинении сильных страданий, серьезных телесных повреждений или серьезного ущерба психическому либо физическому здоровью.

Следует отметить, что, утверждая составные элементы преступлений, Римский статут оставляет открытым вопрос собственно об отнесении тех или иных действий к их объективной стороне. В связи с этим исключительно важной становится роль международного судебного прецедента как источника права, непосредственно относящего тот или иной вид противоправного действия к объективной стороне соответствующего состава преступления и заполняющего тем самым имеющийся нормативный пробел.

Так, Международный трибунал по бывшей Югославии в решении по делу *Prosecutor v. Nikolić* (1995)³¹ указал, что к преступлениям против человечности по смыслу международного уголовного права, а также Статута Суда относятся не всякие преступления, но только происходящие во время вооруженного конфликта, направленные на гражданское население, воспринимаемое преступниками в качестве обособленной группы, организованные и систематические. При этом не обязательно, чтобы данные преступления совершались в рамках политической линии государства в конвенциональном смысле, однако они и не могут быть результатом действия одного обособленного лица. Позднее в деле *Prosecutor v. Tadić* (1999)³² Трибунал уточнил, что по смыслу его Статута требование отнесения к преступлениям против человечности только преступлений, совершенных в ходе вооруженного конфликта, существенно сужает обычную трактовку данного термина, принятую в международном праве.

Кроме того, некоторые элементы составов преступлений содержат оценочные понятия, четкое определение объема и содержания которых представляется достаточно затруднительным. Устанавливая содержание одного из таких понятий, ЕСПЧ в решениях *Ireland v. the United Kingdom* (1978),³³ *Ciorap v. Moldova* (2007)³⁴ пришел к выводу о том, что «бесчеловечное обращение», для того чтобы считаться таковым, должно определенно достигать некоторого минимального уровня жестокости. Этот умозрительный минимум является относительным и зависит от обстоятельств дела, таких как длительность подобного обращения, его физические и ментальные последствия, а также пол, возраст, состояние здоровья

³¹ *Prosecutor v. Nikolić*, Case No. IT-94-2-R61, Review of indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of procedure and evidence, 20 October 1995.

³² *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgement, ICTY AC, 15 July 1999.

³³ *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, Series A no. 25.

³⁴ *Ciorap v. Moldova*, no. 12066/02, 19 June 2007.

жертвы. К аналогичным выводам пришли Международный трибунал по бывшей Югославии (дела *Prosecutor v. Nikolić*, 1995; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, 2000³⁵), а также Международный уголовный трибунал по Руанде (дела *Prosecutor v. Akayesu*, 1998; *Prosecutor v. Semanza*, 2003³⁶).

Римский статут не является уставным документом ЕСПЧ: последний устанавливает факт нарушения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, однако ввиду того, что Римский статут представляет собой исключительно важный системообразующий документ в области международного уголовного права, ЕСПЧ в своих решениях неоднократно применял его положения (в частности, в решении по делу *Korbely v. Hungary*, 2008³⁷). Кроме того, ЕСПЧ как авторитетным международным судебным органом наработана весьма обширная и разнообразная правоприменительная практика, притом что Международным уголовным судом, а также уголовными трибуналами *ad hoc* правоприменительная практика наработана в значительно меньшем объеме; это и обуславливает многочисленные ссылки на решения ЕСПЧ в настоящей работе, а также в решениях указанных выше уголовных трибуналов.

Обратим внимание еще на одну немаловажную грань соприкосновения медицинской науки и права вооруженных конфликтов. В ходе рассмотрения дел международным судебным органам нередко приходится прибегать к запросу консультативных заключений в области медицины. Следовательно, исключительно важным становится соблюдение процессуальных прав и обязанностей медицинских экспертов, которое в известной степени влияет на правильность заключений и, следовательно, на справедливость выносимого судом решения. Целый спектр процессуальных проблем обеспечения деятельности судебных медиков обнажила деятельность Международного трибунала по бывшей Югославии. *Lorin de la Grandmaison G. et al.* (2006)³⁸ провели анкетирование судебно-медицинских экспертов Международного трибунала по бывшей Югославии и выявили ряд обстоятельств, которые существенно затрудняли осуществление деятельности экспертов. Большинство опрошенных экспертов сообщили, что не имеют представления о том, каким образом предложенные для исследования данные были получены Трибуналом. Трое экспертов сообщили, что на них осуществлялось давление, трое указали, что суд не принял во внимание известные и существенные факты, четверо экспертов подвергли сомнению беспристрастность правосудия.

* * *

Защита международным гуманитарным правом права на жизнь и здоровье выражается в закреплении особого правового статуса пострадавших

³⁵ *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-T, Judgement, ICTY TC, 14 January 2000.

³⁶ *Prosecutor v. Semanza*, Case No. ICTR-97-20-T, Judgment and Sentence, 15 May 2003.

³⁷ *Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, 19 September 2008.

³⁸ *Lorin de la Grandmaison G. et al.* The international criminal tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the forensic pathologist: ethical considerations // *Med Sci Law*. 2006. N 46(3). P. 208–212.

в ходе вооруженного конфликта, медицинского персонала, оказывающего им помощь, а также в возложении на воюющие стороны обязанности по надлежащей организации медицинских структур, необходимых для оказания медицинской помощи.

Однако неурегулированность части немаловажных вопросов, связанных с реализацией приоритета охраны жизни и здоровья граждан, достаточный «возраст» нормативных актов права вооруженных конфликтов, не в полной мере учитывающих особенности характера ведения боевых действий в современном мире при одновременном распространении асимметричных, в том числе террористических и партизанских войн, а также неоднозначность политического отношения ряда государств к ним дают основания расценивать оптимизацию международной нормативной правовой базы как весьма целесообразную.

Вместе с тем при формировании предложений по совершенствованию правового регулирования указанных выше международно-правовых отношений исключительно важно заложить в их основу фундаментальные принципы гуманитарного права, выражающиеся прежде всего в сохранении аксиологического приоритета человеческой жизни и здоровья, а также последовательной гуманизации ведения боевых действий.

Одновременно с этим некоторые авторы ставят под сомнение этическую основу правового регулирования войны; по их мнению, «этика войны» не может быть соотнесена с «этикой мира»,³⁹ что непременно должно вести к пересмотру основных гуманитарных постулатов права вооруженных конфликтов. С такими выводами, несомненно, нельзя согласиться. Важным доказательством действенности норм международного гуманитарного права является широкое использование международными судебными органами принципов, лежащих в их основе, при принятии решений по существу вопросов как мирного, так и военного времени, в том числе и тогда, когда дело имеет определенную политическую окраску и широкий резонанс (например, решение ЕСПЧ по делу *Kononov v. Latvia*, 2008⁴⁰). Кроме того, ряд международных организаций, среди которых Всемирная медицинская ассоциация, в своих документах так или иначе указывали, что этика во время войны не должна отличаться от этики во время мира.⁴¹ Как указала Всемирная ассамблея здравоохранения в 1981 г.,⁴² усилия работников здравоохранения по обеспечению и сохранению мира очень важны для достижения здоровья для всех.

Еще один важный аспект обеспечения гарантий прав на жизнь и здоровье — формирование международных актов, детализирующих права и обязанности медицинского персонала в ходе вооруженного конфликта. В качестве правового инструментария для такой детализации может быть избран в зависимости от специфики предмета правового регулирования как конвенциональный механизм, так и нормы «мягкого права» международных межправительственных организаций.

³⁹ *The Ethics of War. Classic and Contemporary Readings* / ed. G. Reichberg et al. Blackwell, 2006. P. 752.

⁴⁰ *Kononov v. Latvia*, no. 36376/04, 24 July 2008.

⁴¹ The World Medical Association Regulations in times of armed conflict, 1956.

⁴² Резолюция Всемирной ассамблеи здравоохранения WHA34.38, 1981 г.

Что же касается политического аспекта реализации права на жизнь и здоровье в ходе вооруженного конфликта, то вряд ли стоит надеяться, что мир в ближайшее время достигнет такого уровня развития, при котором войны как способ разрешения конфликтов полностью исчезнут. Причины войн не могут быть сведены лишь к невозможности добиться эффекта другими, более гуманными способами (в том числе и договорным).⁴³ Предпосылки избрания войны в качестве инструмента разрешения международных политических и правовых коллизий кроются в глубине человеческой психики, подсказывая, что силовой метод решения конфликта — самый эффективный и наиболее понятный для всех ввиду своей физиологической универсальности. Хрупкая система баланса интересов может быть легко разрушена, как только один из участников «мирового концерта» начинает осознать, что при прочих равных обладает большим силовым потенциалом. Осознанное неравенство в таком случае ложится в основу феномена власти. И сила, в том числе агрессия, становится доступным и эффективным инструментом формирования новой архитектоники международных отношений. Трагические события в Южной Осетии и Абхазии, выразившиеся в грубейшем нарушении со стороны Грузии и ее союзников норм международного гуманитарного права, показали, что указанная область правоведения нуждается в детальной междисциплинарной проработке с учетом реалий современной политической жизни, достижений военной и гуманитарной наук.

В свете изложенного совершенствование международно-правовой базы, регулирующей положение участников вооруженных конфликтов и направленной прежде всего на обеспечение и реализацию права на жизнь и здоровье, становится одной из первоочередных задач гуманитарного права.

⁴³ Лукьянцев Г. Е. К вопросу о повышении эффективности функционирования договорных органов по правам человека (теоретические и практические аспекты) // Государство и право. 2007. № 10. С. 30.

К ПОНЯТИЮ ПРАВ НА УСЛУГИ ГОСУДАРСТВА

А. В. ИЛЬИН*

Вопрос о природе прав на услуги государства (в современной отечественной юриспруденции — вопрос о природе социальных и культурных прав) носит весьма сложный характер, что проявляется в наличии различных, порой даже противоположных взглядов на данный вопрос. Все многочисленные точки зрения могут быть разделены на три большие группы.

А. Социальные и культурные права, закрепленные в Конституции РФ, квалифицируются в качестве правовых стандартов,¹ «юридически бессмысленных деклараций».²

В силу такой квалификации закрепленных в Конституции РФ социальных и культурных прав делается вывод о том, что не может быть безусловных притязаний индивидов на социальные блага.³ Данная точка зрения подверглась обоснованной критике в научной литературе.⁴ Не повторяя уже высказанных доводов, отметим следующее. Высказанному мнению о том, что в Конституции РФ закреплены не конкретные права граждан, а некие правовые идеалы, нормы-принципы, к которым нужно только стремиться, но на основе которых нельзя выстраивать какие-либо требования к государству, возразить достаточно просто: для воплощения идеала в жизнь требуется совершение действий по его воплощению! Только неоднократное принудительное осуществление конституционных прав граждан может заставить государство вплотную заняться воплощением этого «идеала». Кроме того, нельзя забывать, что Конституция РФ — это не декларация, а нормативно-правовой акт прямого действия, обладающий высшей юридической силой (ч. 1 ст. 15 Конституции РФ). Следовательно, положения Конституции РФ должны применяться вне зависимости от готовности государства к осуществлению конституционных прав.

Б. Социальные и культурные права, закрепленные в Конституции РФ, квалифицируются в качестве рефлексов положений объективного права.

* Ильин Антон Валерьевич — главный консультант Управления конституционных основ частного права Конституционного Суда РФ.

© А. В. Ильин, 2009

¹ Конституционное право России. Учебник / под ред. А. Е. Постникова. М., 2007. С. 166 (автор главы — Е. Е. Никитина).

² Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий / отв. ред. В. А. Четвернин. М., 1997. С. 250.

³ Там же. С. 250–253. — См. также: Баглай М. В. Конституционное право России. Учебник. М., 2006. С. 245.

⁴ Колошин Е. И. Конституционное право России. Курс лекций. М., 2006. С. 148–153.

Суть обозначенной позиции состоит в том, что конституционные нормы, закрепляющие социальные и культурные права, лишь налагают обязанности на государство, не обосновывая субъективных прав населения. Эта точка зрения, известная немецкой догматической юриспруденции со второй половины XIX в.,⁵ находит своих сторонников и сегодня в рядах отечественных правоведов.⁶ Данный подход представляется нам неприемлемым по следующим соображениям. В ст. 18 Конституции РФ, в частности, сказано, что права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти. Но если мы примем теорию рефлексов положений объективного права, то будем логически принуждены прийти к совершенно обратному выводу: не права гражданина определяют деятельность законодательной и исполнительной власти, а, наоборот, деятельность законодательной и исполнительной власти определяет права и свободы человека и гражданина! Не права и свободы человека и гражданина ограничивают государство в его проявлениях, но государство само себя ограничивает правом. Именно к такому выводу и пришел Г. Еллинек в своей знаменитой работе «*System der subjektiven öffentlichen Rechte*». Но самоограничение означает на самом деле отсутствие всяких ограничений, так как отсутствуют какие-либо правовые гарантии проведения такого самоограничения в жизнь. Следовательно, теория рефлексов положений объективного права не может быть положена в основу объяснения феномена социальных и культурных прав.

В. Социальные и культурные права, закрепленные в Конституции РФ, квалифицируются в качестве субъективных публичных прав граждан.

Среди ученых, отстаивающих эту точку зрения, также нет единого мнения о том, что же из себя представляют «права на услуги государства». Причиной этих разногласий является то, что одни ученые считают возможным распространить цивилистическое понимание категории «субъективное право» на область публично-правовую, другие же категорически возражают против такой экстраполяции и выдвигают особенное, публично-правовое понятие «субъективное право», отличное от цивилистического.

Г. Еллинек полагал, что субъективное право есть благо или интерес, защищенные правовым признанием господства человеческой воли.⁷ Указанное определение было подвергнуто критике отечественным административистом А. И. Елистратовым, который полагал, что момент

⁵ Обзор взглядов немецких юристов и литературу вопроса в целом см.: *Рождественский А. А.* Теория субъективных публичных прав. Критико-систематическое исследование. М., 1913. С. 25–40.

⁶ *Варламова Н.* Конституционный статус социально-экономических прав // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2000. № 1. С. 144. — Близкую к обозначенной позиции занимает В. Ф. Калинина: *Конституционные права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации.* Учебник / под ред. О. И. Тиунова. М., 2005. С. 19 (автор главы — В. Ф. Калинина).

⁷ *Jellinek G.* System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg, 1892. S. 42 (цит. по: *Елистратов А. И.* Понятие о публичном субъективном праве. М., 1913. С. 5).

«господства воли» и момент интереса, как они трактуются в цивилистике, не могут быть применены к субъективным публичным правам.⁸ А. И. Елистратов предложил свое определение, согласно которому субъективное право есть способность лица активно проявлять свое правовое «я», состоящая в возможности для уполномоченного лица пользоваться юридическими средствами для осуществления своего или чужого интереса или какой-либо публичной функции.⁹

Мы полагаем, что определение субъективного права, данное А. И. Елистратовым, не может быть применено к закрепленным в Конституции РФ социальным и культурным правам, а следовательно, и ко всем конституционным правам. Дело в том, что авторы, конструирующие подобным образом понятие «конституционные права», по сути превращают конституционные права из возможностей, какими они являются в силу ст. 18 Конституции РФ, в предпосылки возможностей. Действительно, если субъективное право — это возможность для управомоченного лица пользоваться юридическими средствами, то рассматриваемое субъективное право — это возможность пользоваться другими предоставленными законом возможностями, или, что то же самое, это предпосылка для осуществления любых других субъективных прав. Для того чтобы эта возможность превратилась в действительность, необходимы определенные «юридические средства». Следовательно, конституционные права — это права, которые могут быть реализованы только с помощью «юридических средств», т. е. опосредованно. Таким образом, признание конституционных прав предпосылкой осуществления субъективных прав ведет к отрицанию того, что конституционные права являются непосредственно действующими. Однако в силу прямого указания ст. 18 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими, поэтому признание конституционных прав предпосылкой осуществления субъективных прав неприемлемо. Внимательный читатель наверняка заметил схожесть понятия «субъективные публичные права» в интерпретации А. И. Елистратова и понятия «дееспособность». Однако такое смешение понятий недопустимо. Если субъективные права являются конкретной возможностью для заинтересованных лиц, то дееспособность есть абстрактная предпосылка для таких возможностей. Поэтому элементами дееспособности выступает не право на жилище (ч. 1 ст. 40 Конституции РФ), а способность гражданина своими действиями приобретать и осуществлять жилищные права и обязанности, не право на образование (ч. 1 ст. 43 Конституции РФ), а способность гражданина своими действиями приобретать и осуществлять права и обязанности в сфере образования, и т. д.¹⁰ Таким образом, определение субъективных

⁸ Елистратов А. И. Понятие о публичном субъективном праве. С. 5–8.

⁹ В наше время аналогичное определение конституционным правам дает Е. И. Козлова: Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России. Учебник. М., 2006. С. 216 (автор главы — Е. И. Козлова).

¹⁰ Указанное сравнение мы проводим подобно тому, как это сделал Н. Д. Егоров в отношении категорий правоспособности и субъективного права (Егоров Н. Д. О понятии субъективного права // Правосубъектность по гражданскому и хозяйственному праву. Межвуз. сборник. Л., 1983. С. 10).

публичных прав как возможностей для уполномоченного лица пользоваться юридическими средствами для осуществления своего или чужого интереса является неприемлемым.

Однако мы не можем принять и определение субъективного публичного права как блага или интереса, защищенного правовым признанием господства человеческой воли. Главным недостатком этого определения является не то, что при таком подходе субъективное публичное право гражданина представляется правом гражданина на собственные действия, но то, что в этом определении игнорируются различия между частным и публичным правом. Основное же отличие, как известно, состоит в том, что в частноправовых отношениях субъекты предполагаются находящимися в положении юридического равенства, что означает, что ни одна из сторон в правоотношении не может предопределять поведение другой стороны только в силу занимаемого ею в правоотношении положения,¹¹ как это имеет место в публичном правоотношении, где стороны находятся в положении власти и подчинения. Таким образом, в публичном правоотношении перед нами две стороны, одна из которых — публичный субъект — всегда может непосредственно изменить фактическое положение в свою пользу, а другая в любой момент по одностороннему усмотрению противной стороны может лишиться возможности осуществления этого права.¹² Следовательно, момент «господства воли» в публичном праве не может трактоваться как пожалованная государством власть или господство, свобода или дозволенность воли в пределах, установленных законом,¹³ что имеет место в праве частном. Сразу же отметим, что мы, в отличие от А. И. Елистратова, признаем за субъективным публичным правом момент «господства воли», поскольку, как было показано выше, мы придаем субъективным публичным правам статус конкретной возможности, осуществление которой зависит от воли управомоченного, аргументы же уважаемого ученого против такого понимания субъективного публичного права имеют своей основой признанную нами неверной посылку, состоящую в том, что субъективное публичное право есть способность лица активно проявлять свое правовое я. Как уже было отмечено, специфика момента «господства воли» в субъективном публичном праве имеет своей причиной юридическое неравноправие сторон в публичном правоотношении. Один из субъектов публичного правоотношения, независимо от того, выступает ли он в качестве носителя прав или в качестве носителя обязанностей, наделен функцией веления в отношении второго субъекта. Последний, даже тогда, когда он является управомоченным, а не обязанным, подчинен велению первого.¹⁴ Поэтому государство, будучи связанным притязанием гражданина, вытекающим

¹¹ *Гражданское право. Учебник* / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2002. Т. 1. С. 9 (автор главы — Н. Д. Егоров).

¹² *Кулишер А. М.* Господство права и административное принуждение. 1911. С. 7–11.

¹³ *Windscheid B.* Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Frankfurt, 1887. S. 99 (цит. по: *Иоффе О. С.* Гражданское правоотношение // Избр. труды по гражданскому праву. 2-е изд. М., 2003. С. 555).

¹⁴ *Иоффе О. С.* Гражданское правоотношение. С. 544.

из принадлежащего гражданину субъективного публичного права, может предопределять поведение гражданина в силу того, что обладает в отношении своих граждан функцией веления.

В чем же состоит волевой момент в субъективном публичном праве?

Как и в праве гражданском, при осуществлении принадлежащего ему субъективного публичного права гражданин обладает притязанием, правом требовать от государства какого-либо поведения, при этом государство связано именно его притязанием. Однако здесь воля управомоченного уже не свободна в рамках предоставленных Конституцией возможностей, но значительно ограничивается функцией веления, осуществляемой в отношении граждан государством. Это проявляется, прежде всего, в том, что гражданин при осуществлении своего субъективного публичного права не вправе требовать строго определенного поведения от государства, поскольку государство само избирает, каким образом оно исполнит лежащую на нем в силу Конституции РФ обязанность, какие конкретно действия требуется совершить для этого государству, каков будет конкретный объем исполнения этой обязанности, и, кроме того, именно от государства зависит, каков будет порядок осуществления гражданами принадлежащих им субъективных публичных прав. Именно в указанных возможностях государства и проявляется присущая государству в публичных правоотношениях функция веления. Таким образом, публичность в осуществлении субъективного публичного права проявляется в том, что государство, будучи обязанным лицом, самостоятельно в организации исполнения лежащей на нем обязанности. Однако означает ли это, что субъективному публичному праву гражданина не присущ волевой момент? Нет, не означает. Мы уже говорили о том, что субъективное публичное право гражданина заключается в праве гражданина на действия государства, причем государство само определяет, какие оно должно предпринять действия для того, чтобы гражданин смог реализовать принадлежащее ему конституционное право. Однако в своем выборе государство ограничено положением ст. 18 Конституции РФ, согласно которому права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Поэтому государство отнюдь не свободно в определении порядка и объема своей обязанности: указанный порядок должен быть четким, недвусмысленным и не должен содержать необоснованных препятствий для осуществления гражданами принадлежащих им конституционных прав; объем обязанности не может устанавливаться таким образом, чтобы сделать осуществление гражданами этих прав невозможным. В любом случае свобода государства в организации исполнения своей обязанности ограничивается требованием Конституции РФ о запрете любых действий, влекущих ограничение или отмену непосредственности действия конституционных прав и свобод (ст. 18 Конституции РФ). Поэтому волевой момент субъективного публичного права гражданина может быть определен тем, что воля конкретного гражданина, вступившего в публичное правоотношение с государством в связи с реализацией принадлежащего гражданину субъективного публичного права, состоящая в том, что гражданин вправе требовать от государства исполнения лежащей на государстве обязанности таким образом,

чтобы сделать возможным осуществление гражданином принадлежащего ему субъективного публичного права, ограничивает государство в организации исполнения противостоящей субъективному публичному праву гражданина обязанности. Иначе говоря, волевой момент субъективного публичного права гражданина состоит в возможности требования от государства создания таких материальных и юридических условий, при которых субъективное публичное право найдет наиболее полную реализацию.¹⁵ Таким образом, волевой момент в осуществлении субъективного публичного права отличается от волевого момента в осуществлении субъективного гражданского права тем, что при осуществлении субъективного гражданского права воля кредитора определяет в установленных границах поведение должника, а при осуществлении субъективного публичного права воля гражданина не определяет, но ограничивает деятельность государства по организации исполнения лежащей на государстве обязанности в установленных выше пределах.

Не разделяя цивилистического понимания момента воли в субъективном публичном праве, мы полностью поддерживаем цивилистическое понимание момента интереса в указанном понятии, состоящее в том, что полномочия лица подчинены его частным интересам. Поэтому если управомоченному предоставляется субъективное право, обеспечивающее поведение обязанных лиц и обуславливающее тем самым возможность совершения его собственных действий, то благодаря этому создаются необходимые правовые предпосылки для удовлетворения известных интересов управомоченного.¹⁶ Мы полагаем, что субъективное публичное право потому и именуется «субъективным», что ему присущ момент интереса в том смысле, какой вкладывается в это понятие цивилистами. Действительно, если обратиться к анализу положений Конституции РФ, то нетрудно заметить, что при формулировании большинства социальных и культурных прав управомоченным субъектом называется «каждый» (ч. 1 ст. 39, ч. 1 ст. 40, ч. 1 ст. 41, ч. 1 ст. 43, ч. 1–2 ст. 44 Конституции РФ). А это означает, что социальные и культурные права в Российской Федерации персонифицированы. Следовательно, осуществление или неосуществление социальных и культурных прав зависит от желания самого управомоченного. Поэтому сегодня звучит неубедительно утверждение А. И. Елистратова о том, что момент интереса непригоден для характеристики публичных прав. Мы показали, что осуществление социальных и культурных прав граждан всецело подчинено не общественным или государственным интересам, как полагал уважаемый ученый, а интересам конкретных граждан. Кроме того, осуществление прав и свобод человека и гражданина принципиально не может быть поставлено в зависимость от интересов государства в силу положения ст. 2 Конституции РФ, согласно которому человек, его права и свободы являются высшей ценностью.

¹⁵ Мы приходим к такому выводу с совершенно иных позиций, чем Н. Д. Егоров, который впервые сформулировал указанный тезис, не приводя, впрочем, никаких аргументов в его поддержку (*Егоров Н. Д. О понятии субъективного права. С. 11*).

¹⁶ *Иоффе О. С. Гражданское правоотношение. С. 564.*

Итак, рассмотрев вопрос о природе прав «на услуги государства» (вопрос о природе социальных и культурных прав), мы пришли к следующему выводу: социальные и культурные права, закрепленные в Конституции РФ, являются субъективными публичными правами граждан. Публичность указанных прав проявляется в том, что государство, будучи в правоотношении обязанным лицом, имеет возможность предопределять поведение другой стороны только в силу занимаемого ею в правоотношении положения, что проявляется в возможности для государства самостоятельно организовать исполнение лежащей на нем обязанности. Субъективность указанных прав проявляется в том, что осуществление социальных и культурных прав граждан всецело подчинено интересам конкретных граждан. Гражданин, обладающий субъективным публичным правом, имеет право на положительную деятельность государства в своих интересах. Соответственно, гражданин оценивает организацию государством выполнения противостоящей субъективному публичному праву гражданина обязанности с точки зрения своего интереса. Следовательно, гражданин вправе указать государству на желательную для него (более соответствующую его интересу) организацию исполнения государством обязанности, противостоящей принадлежащему гражданину субъективному публичному праву. Государство же обязано учитывать в силу положений ст. 18 Конституции РФ эту волю гражданина в тех пределах, в которых воля гражданина не пересекает границы его субъективного публичного права. Таким образом, государство ограничено в организации исполнения противостоящей субъективному публичному праву гражданина обязанности волей этого гражданина.

МУНИЦИПАЛЬНО-ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА: СУЩНОСТЬ, ПРИНЦИПЫ, ПРИОРИТЕТЫ*

С. В. КОРСАКОВА, А. В. МАЛЬКО



Корсакова
Светлана Владимировна,
к. ю. н., доцент, кафедра
государственно-правовых
дисциплин Ростовского филиала
Российской академии правосудия



Малько Александр Васильевич,
д. ю. н., профессор, директор
Саратовского филиала Института
государства и права РАН,
Заслуженный деятель науки РФ

Одним из приоритетных направлений модернизации современного российского общества является становление и развитие правовых основ местного самоуправления. Это обусловлено ролью местного самоуправления в решении вопросов перехода России к стабильности и построению гражданского общества. Так, по мнению Н. С. Бондаря, «именно местное самоуправление способно создать, в конечном счете, органическое сочетание власти и свободы, внешнего (вертикального) управления и внутренней самоорганизации населения».¹

Анализ состояния современного муниципального законодательства и практики его реализации в субъектах РФ дает основания полагать, что одним из важнейших источников возрождения и развития местного самоуправления в России может стать муниципально-правовая политика (далее также — МПП), общие грани которой уже отчетливо просматриваются.

Выделение особой формы правовой политики — муниципально-правовой — обусловлено потребностью понять местное самоуправление как институт с уникальным сочетанием существенных характеристик, создать необходимые правовые и политические условия для развития демократических принципов организации и осуществления местного самоуправления в интересах государства и населения муниципальных образований.

* Работа выполнена при поддержке РФФИ (проект № 06-06-80367а).

© С. В. Корсакова, А. В. Малько, 2009

¹ Бондарь Н. С. Права человека и местное самоуправление в Российской Федерации. Ростов н/Д., 1998. С. 39.

МПП, являясь особой разновидностью правовой политики, представляет собой опосредованную правом деятельность органов государственной власти и местного самоуправления, а также местного сообщества по укреплению механизмов участия населения в самоуправлении, созданию организационно-правовых условий для устойчивого самостоятельного развития муниципальных образований, построению теоретически обоснованной и эффективно действующей модели взаимоотношений государственной власти и местного самоуправления.

На первом этапе теоретического осмысления понятия «муниципально-правовая политика» мы исходим из необходимости решения следующих задач. Во-первых, необходимо четко установить специфические признаки, характеризующие качественную определенность деятельности соответствующих субъектов по созданию эффективного механизма правового регулирования местного самоуправления. Во-вторых, через общий родовый признак — использование правовых средств и юридических конструкций — включить МПП в общий класс однородных объектов — «правовую политику». Такой подход имеет важное значение для определения исходных начал российской МПП. Определяя МПП, мы стремимся установить, в чем заключается ее содержательный аспект, что является ее непосредственным объектом, в каких формах она себя проявляет.

Очевидно, что собственное содержание и самостоятельное значение МПП наряду с другими видами правовой политики обуславливают особенности местного самоуправления как особого социально-политического института, разновидности публичной власти. Продолжительная дискуссия среди юристов по проблеме понятия и сущности местного самоуправления так и не привела пока к выработке единой его концепции, что объясняется относительной новизной данного института и «постоянным поиском оптимальных путей развития Российского государства, укрепления “управленческой вертикали” в сочетании с демократическими принципами организации власти на местах...».²

Наряду с этим следует признать отсутствие единого теоретико-методологического подхода к изучению такого сложного института, как местное самоуправление. Представители различных отраслевых юридических наук при исследовании проблем местного самоуправления используют свой понятийно-категориальный аппарат, позволяющий осуществлять их содержательный анализ на «собственном языке». В рамках каждого из существующих подходов местное самоуправление рассматривается с какой-либо одной стороны. Эту сторону представители той или иной концепции определяют как его сущность, обособливаясь при этом от других его сторон и проявлений.

С другой стороны, неопределенность дефиниции «местное самоуправление» порождается тесной взаимосвязью правовой науки и законодательства: законодатель в своей деятельности руководствуется положениями правовой науки, а она формулирует свой понятийно-правовой аппарат, основываясь на действующем законодательстве.

² *Бякина Т. М.* Компетенция местного самоуправления: проблема теории и правового регулирования. Воронеж, 2006. С. 7.

Нужно ли доказывать, что отсутствие единой концепции сущности и природы местного самоуправления не способствует стабильности его развития и ясности цели и задач МПП? В результате этого политика в сфере местного самоуправления во многом осуществляется непоследовательно, в отрыве от реально существующих муниципальных правоотношений.

На наш взгляд, под местным самоуправлением следует понимать относительно самостоятельный уровень публичной власти в государстве, обеспечивающий решение местным сообществом вопросов своего непосредственного жизнеобеспечения на основе принципов самоорганизации, самофинансирования, самоконтроля. МПП должна исходить из уникальности местного самоуправления, сочетающего в себе публично-правовые и общественные интересы, имеющего собственные цели, задачи и функции, специфические способы и формы их осуществления.

Сущность МПП состоит в правовом закреплении и гарантировании местного самоуправления на основе предоставления основных организационно-юридических условий осуществления права населения на решение вопросов местного значения исходя из своих интересов и поддержания баланса интересов местных сообществ и государства.

Познание сущности МПП следует также вести через такую основополагающую категорию, как «принцип». Понимание и объяснение МПП невозможно без знания формирующих ее принципов, ибо последние в концентрированном виде выражают саму политику. Принципы МПП — это исходные, определяющие идеи, положения, установки, которые составляют организационную основу соответствующей деятельности местного сообщества, органов государственной власти и местного самоуправления.

Принципы МПП связаны с основными идеями муниципального права, но не тождественны им. Не отражаясь в позитивном праве, эти принципы могут раскрывать природу местного самоуправления, выражать специфику рассматриваемой политики. К принципам МПП можно отнести следующие.

Приоритет прав и основных свобод человека и гражданина. Важнейшим направлением МПП в России является создание для всех жителей городских (сельских) поселений, и, таким образом, для каждого гражданина РФ, условий для наиболее полной реализации и эффективной защиты прав человека и гражданина. В таких сферах местной жизни, как здравоохранение, образование, жилищно-коммунальное хозяйство, землепользование, торговое, бытовое, транспортное и другие виды обслуживания населения, реализуются основные социально-экономические права и свободы граждан. Выполняя функцию охраны общественного порядка, оказывая содействие в проведении выборов и референдумов, органы местного самоуправления участвуют в создании необходимых условий для реализации личных и политических прав и свобод граждан на местном уровне. Поэтому, как отмечает Н. С. Бондарь, «развитие, обогащение и укрепление гарантий прав и свобод каждой человеческой личности находятся в русле стратегической линии утверждения в России подлинной демократии на основе активного участия граждан, местных

сообществ в решении вопросов как местного, так и общегосударственного значения».³

Законность. МПП должна основываться на нормах Конституции РФ, федеральных законов, законов субъектов РФ, а также муниципальных правовых актах. Без соблюдения законности невозможно обеспечить режим народовластия, защиту и охрану интересов местных сообществ, действие таких демократических институтов, как местный референдум, муниципальные выборы, сход граждан и др. Недопустимо нарушение закона под предлогом политической, экономической или иной целесообразности. Понимание, толкование и применение норм муниципального права должно быть единообразным на всей территории страны.

Принцип согласованности с международно-правовыми стандартами местного самоуправления. В Федеральном законе от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁴ общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры России указываются в качестве правовой основы местного самоуправления (ст. 4), а следовательно, ориентира для российского законодателя и правоприменителя. Важнейшим документом, закрепляющим международные стандарты организации местного самоуправления, является Европейская хартия местного самоуправления, ратифицированная Россией 11 апреля 1998 г.⁵ МПП должна быть основана на институциональных, функциональных, организационных, финансовых и иных стандартах местного самоуправления, отраженных в Хартии, и связанных с ними требованиях внутригосударственного нормативно-правового закрепления.

Принцип федерализма применительно к МПП получает выражение в разграничении полномочий органов государственной власти России и субъектов Федерации (ст. 5–6 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ) в области местного самоуправления, что предопределяет возможность выделения федеральной и региональной правовой политики в сфере местного самоуправления. Поэтому представляется правомерным сформулировать **принцип единства муниципально-правовой политики**, в соответствии с которым органы государственной власти России и субъектов РФ осуществляют ее, основываясь на непротиворечивой системе целей и задач.

Принцип социально-политической обусловленности. Реализация МПП направлена на создание правовых условий для развития демократических принципов организации и осуществления местного самоуправления в интересах местного сообщества и государства. Принимаемые акты и предпринимаемые действия основываются на интересах населения муниципальных образований (что прямо предусматривается в ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ), а также объективно

³ Бондарь Н. С. Гражданин и публичная власть: конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении. М., 2004. С. 215.

⁴ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

⁵ Федеральный закон от 11 апреля 1998 г. № 55-ФЗ «О ратификации Европейской хартии местного самоуправления» // СЗ РФ. 1998. № 15. Ст. 1695.

осознанной государством необходимости стабильного и поступательного развития местного самоуправления, отвечающего задачам укрепления государства. Как справедливо отмечает Т. М. Бялкина, «местное самоуправление в России — институт, внедряемый в общественную практику “сверху”, в силу осознания его необходимости и целесообразности высшим политическим руководством».⁶ Противоречивость МПП на современном этапе обусловлена социально-экономическими и политическими противоречиями в обществе. Современные ее формы — результат сложного процесса поиска компромисса, согласования интересов общества в лице территориальных сообществ и государства.

Принцип системности предполагает решение поставленных перед органами государственной власти и местного самоуправления задач с учетом комплекса различных особенностей местного самоуправления, обстоятельности его функционирования и развития. Созданию эффективного механизма правового регулирования местного самоуправления должен предшествовать анализ социальных, финансово-экономических, политических, духовно-культурных условий соответствующей деятельности местного сообщества, органов государственной власти и местного самоуправления. Это предполагает создание систем социального, экономического и правового мониторинга, а также выработку и использование междисциплинарных инструментов анализа.

МПП — это системная деятельность местного сообщества, муниципальных и государственных органов, иных субъектов муниципально-правовых отношений. Важно осознание всеми субъектами МПП своей взаимосвязанности и взаимозависимости, важности объединения юридических ресурсов (правотворческих, правоприменительных, интерпретационных, доктринальных и т. п.) и обеспечения единства действий для решения проблем развития муниципальных образований.

Принцип научной обоснованности. МПП, проводимая в России, носит нестабильный, непредсказуемый и, зачастую, конфликтный характер. Именно юридическая наука способна придать ей такие качества, как последовательность, системность, непротиворечивость. Принцип научной обоснованности МПП призван обеспечить ее соответствие потребностям поступательного развития местного самоуправления, учет аналитических и статистических данных, прогнозирование возможных социально-экономических и политических последствий ее реализации.

Значение юридической науки для формирования и реализации МПП проявляется в:

- интеграции, с одной стороны, общетеоретических принципов, понятий, категорий права, а с другой — норм муниципального, конституционного и иных отраслей права в рамках муниципально-правового регулирования;
- встраивании МПП в единую концепцию правового развития России;
- научном обеспечении стратегического развития муниципально-правовых отношений в современной России;

⁶ Бялкина Т. М. О системности законодательного регулирования местного самоуправления // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 36.

— совершенствовании всего механизма правового регулирования местного самоуправления;

— рецепции муниципально-правовых институтов зарубежных стран в российскую организационно-правовую модель местного самоуправления и их адаптации к российским условиям;

— прогнозировании муниципально-правовых отношений, моделировании ситуаций, при которых те или иные нормы могут вступать в противоречие.

При этом важно помнить, что «юридическая наука призвана находить реально существующие закономерности правовой жизни, не выдавая за них свои призывы и рекомендации». ⁷ Примером реализации принципа научности МПП является создание при законодательных органах субъектов РФ в целях научно-экспертного и научно-аналитического обеспечения их нормотворческой деятельности научных советов. ⁸

Особое значение в системе принципов МПП на современном этапе приобретает *принцип признания самостоятельности местного самоуправления* (ст. 12 Конституции РФ) в сочетании с применением *принципа единства публичной власти*, которая имеет единый источник — многонациональный народ России (ст. 3 Конституции РФ), что предполагает:

1) концептуальное решение вопросов о сущности местного самоуправления как разновидности публичной власти, о степени его самостоятельности, причем с учетом критериев фиктивной (формальной) или реальной самостоятельности;

2) анализ целесообразности и эффективности решения тех или иных задач посредством инструментария государства и (или) местного самоуправления;

3) четкое определение полномочий государственных и муниципальных органов, соответствующих поставленным задачам и определенным направлениям деятельности;

4) решение проблемы эффективного взаимодействия государственной службы субъекта РФ с муниципальной службой в органах местного самоуправления;

5) закрепление действенных организационных механизмов взаимодействия органов государственной власти и местного самоуправления, в том числе и по осуществлению переданных государственных полномочий;

6) установление механизмов и пределов контроля деятельности местного самоуправления со стороны государства (административный контроль, судебный контроль, прокурорский надзор);

7) создание правового механизма, позволяющего выработать в отношении «чрезмерной» контрольной деятельности государственных органов систему правоограничительных и правовосстановительных мер.

⁷ *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 45.

⁸ См., напр.: *Постановление Государственной Думы СК от 28 марта 2002 г. № 81-III ГДС «О научном экспертно-аналитическом консультативном совете при Государственной Думе Ставропольского края».*

Таковы основополагающие принципы МПП. В них сочетаются теоретические и практические основы местного самоуправления, его наиболее существенные свойства, черты, признаки и критерии. Названные принципы, безусловно, будут дополняться и корректироваться в процессе формирования и оформления МПП России в четкую концепцию.

Наряду с принципами МПП важное значение для правильного понимания ее природы и сущности имеет научно обоснованное определение ее приоритетных направлений (первоочередных задач).

Наиболее актуальной задачей МПП является *обеспечение реализации прав граждан и населения муниципальных образований в целом на осуществление местного самоуправления*. В Федеральном законе от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ устанавливается ряд федеральных гарантий участия граждан в деятельности местного самоуправления, вводятся нормы прямого действия, обеспечивающие реализацию прав граждан России на осуществление местного самоуправления. К таковым относятся положения, регламентирующие порядок проведения местных референдумов, опросов, сходов и конференций граждан, организации территориального общественного самоуправления, отзыва депутатов и должностных лиц, получения информации и обязанности информирования граждан о деятельности органов и должностных лиц местного самоуправления.

Тем не менее анализ практики свидетельствует, что реализация гражданами прав на осуществление местного самоуправления обеспечивается явно недостаточно в силу различных причин (уязвимость механизма реализации соответствующих норм закона, слабое развитие системы взаимоотношений субъектов местного самоуправления и др.).

В связи с этим представляется необходимой, во-первых, *конкретизация прав граждан и местного сообщества в целом на осуществление местного самоуправления в федеральных законах, в конституциях (уставах) и законах субъектов РФ, а также уставах муниципальных образований и муниципальных правовых актах*. В ст. 3 («Права граждан Российской Федерации на осуществление местного самоуправления») Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ закрепляется, что граждане РФ осуществляют местное самоуправление *посредством* участия в местных референдумах, муниципальных выборах, посредством иных форм прямого волеизъявления, а также через выборные и иные органы местного самоуправления. Из текста закона не ясно, о каких конкретно правах на осуществление местного самоуправления идет речь, например о праве непосредственно *участвовать в решении вопросов местного значения* путем местного референдума или *праве на участие в местном референдуме?*

Сказанное, на наш взгляд, делает крайне актуальным осмысление и выработку целостной теоретической концепции прав на осуществление местного самоуправления на официальном уровне. Она должна раскрывать понятие, систему и юридическую природу прав на осуществление местного самоуправления, круг их субъектов и специфические объекты, формы реализации в институциональной системе местного самоуправления, способы нормативно-правовой легитимизации.

Во-вторых, важно *закрепить процедуры применения форм прямого волеизъявления граждан, установленных федеральным законодательством,*

посредством которых реализуются муниципальные права граждан. С одной стороны, названные выше нормы Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ раскрыты и получили развитие в других федеральных законах,⁹ уставах и законах субъектов Федерации,¹⁰ с другой стороны, вопрос о качестве и результативности прописанных процедур остается одним из самых острых. Например, институт референдума по вопросу о структуре органов местного самоуправления вновь созданного (преобразованного) муниципального образования изначально был сконструирован таким образом, что его проведение оказалось практически невозможным.¹¹

Вместе с тем одной из главных проблем является несовершенство, а порой и полное отсутствие надлежащей правовой базы и в самих муниципальных образованиях. Органы местного самоуправления в своих уставах и специально принимаемых актах должны определить порядок организации и проведения публичных слушаний по вопросам местного значения, голосования по отзыву депутата, члена выборного органа местного самоуправления, выборного должностного лица местного самоуправления, закрепить процедурные вопросы, связанные с проведением собраний и конференций граждан, и т. д. Однако практика свидетельствует, что правотворческая деятельность муниципальных органов несколько разрознена и затянута по времени, нередко сопровождается нарушениями законов, которые в большинстве случаев выражаются в превышении полномочий. Это создает довольно неустойчивую правовую ситуацию. При решении данного вопроса считаем целесообразным учитывать уже имеющийся опыт принятия и внедрения муниципальных правовых актов.¹²

⁹ См., напр.: *Федеральный закон* 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 (в ред. от 24 июля 2007 г.); *Федеральный закон* от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 10. Ст. 1152; *Федеральный закон* от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2006. № 19. Ст. 2060.

¹⁰ См., напр.: *Устав* Ростовской области от 29 мая 1996 г. № 19-ЗС (в ред. от 27 июля 2007 г.) // Наше время. 2001. № 221–222; *Областной закон* от 19 мая 2006 г. № 483-ЗС «О местном референдуме Ростовской области» (в ред. от 27 июля 2007 г.) // Наше время. 2006. № 129–136; *Областной закон* от 29 марта 2005 г. № 300-ЗС «О выборах в органы местного самоуправления вновь образованных муниципальных образований в Ростовской области» (в ред. от 22 октября 2005 г.) // Наше время. 2005. № 81; *Областной закон* от 28 декабря 2005 г. № 429-ЗС «О выборах глав муниципальных образований в Ростовской области» (в ред. от 27 июля 2007 г.) // Наше время. № 344–348; и др.

¹¹ *Миронов Н.* Местное самоуправление в России: между реформой и контрреформой // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2. С. 24.

¹² См., напр.: *Решение* Ростовской городской Думы от 21 декабря 2005 г. № 84 «О принятии положения о собраниях (конференциях) членов городского сообщества по месту жительства» // Ростов официальный. 2005. № 52; *Решение* Ставропольской городской Думы от 30 августа 2006 г. № 94 «Об утверждении положения о порядке назначения и проведения собраний граждан и конференций граждан (собраний делегатов) в городе Ставрополе» // Вечерний Ставрополь. 2006. 5 сент.; *Решение* городской Думы г. Таганрога от 30 марта 2006 г. № 218 «Об утверждении Положения “О собраниях и конференциях граждан (собраниях делегатов) в городе Таганроге”» (в ред. от 28 июня 2007 г.) // Таганрогская правда. 2006. 15 апреля; *Решение* Ставропольской городской Думы от 30 августа 2006 г. № 93 «Об утверждении положения о порядке назначения и проведения опроса

Наконец, обеспечение реализации прав граждан на осуществление местного самоуправления невозможно без *повышения действенности правоприменительной деятельности муниципальных органов*, поскольку граждане осуществляют местное самоуправление, помимо прочего, через выборные и иные органы местного самоуправления. Это в первую очередь предполагает полноценную реализацию муниципального законодательства и подзаконных правовых актов органами местного самоуправления с использованием существующих в законодательстве форм взаимодействия с органами государственной власти и учета интересов населения, с применением реальных, в том числе правовых, процедур и механизмов, доказавших свою эффективность на практике. Способствуют повышению эффективности деятельности местных органов мероприятия, направленные на анализ собственной работы, выявление проблем, прогнозирование ситуации и определение приоритетов развития.

Как и прежде, не утрачивает своей актуальности и высокой практической значимости такая задача МПП, как *стимулирование активного участия населения в решении вопросов местного значения*. Представляется, что зачастую граждане сознательно уклоняются от использования той или иной части муниципальных прав и свобод. Такое поведение остается в рамках права, но оно не соответствует его целям. Там, где должны быть получены позитивные результаты, личность не стремится их достичь: не предпринимает попыток реализовать свое право на обращение к должностному лицу местного самоуправления, не участвует в выборах в органы местного самоуправления, игнорирует собрания граждан и т. п. Такое поведение граждан причиняет ущерб и муниципальному образованию, и государству, не получающим от правовых актов тех результатов, которые они могли бы получить при условии активного правового поведения всех или большинства членов местного сообщества.

Необходимо развивать инициативу и активность со стороны населения муниципального образования по реализации прав на осуществление местного самоуправления путем повышения уровня правовой культуры и правосознания граждан, предоставления комплекса правовых средств, которые помогут им отстаивать свои муниципальные права и интересы. Должного эффекта в этом направлении можно достичь только путем активной и наступательной координации усилий органов государственной власти и местного самоуправления, общественных объединений и средств массовой информации.

В связи с этим представляет интерес опыт Ставрополя по включению населения в практическое участие в решении вопросов местного значения. Администрация г. Ставрополя разработала План социально-экономического развития города на 2004–2008 гг., приоритеты в котором расставлены на основе конкретных предложений и наказов

граждан в городе Ставрополе» // Вечерний Ставрополь. 2006. 5 сент.; *Решение* городской Думы г. Таганрога от 27 февраля 2006 г. № 207 «Об утверждении Положения «О порядке проведения опроса граждан в городе Таганроге» // Таганрогская правда. 2006. 8 апреля; *Решение* совета города-курорта Железноводска от 24 ноября 2006 г. № 96 «О порядке отзыва депутата совета города-курорта Железноводска, главы города-курорта Железноводска» // Курортный край. 2006. 13 дек.

ставропольцев. В газетах и других СМИ цитировались выдержки из этого плана, жителям города предлагалось вносить свои предложения для его усовершенствования путем заполнения разработанных анкет. Поступило более 50 тыс. обращений с конкретными предложениями по развитию города. Эти обращения были проанализированы, изучены и учтены. Кроме того, систематически проводятся публичные слушания, в том числе по вопросам принятия устава города и внесения в него изменений и дополнений, утверждения бюджета города и отчета о его исполнении, обсуждения результатов выполнения плана социально-экономического развития города и др. Число граждан, принимающих участие в публичных слушаниях, колеблется от 600 до 1300 человек. В рамках проекта «Общественное участие в разработке вопросов и принятии позитивных решений местного значения» проводятся телефонные опросы жителей города, в которых принимают участие около тысячи граждан. Практика такой работы, когда каждый житель понимает, что развитие города зависит от его непосредственного участия, и есть местное самоуправление в действии. Активное взаимодействие с населением, которое находит отражение в подробном информировании жителей о складывающейся ситуации и учете мнения населения при организации работы, способствует формированию благоприятного имиджа местной администрации и стимулирует более активное участие жителей в решении проблем своего города.

Одно из приоритетных направлений МПП — *организационно-правовое обеспечение реализации гарантий финансово-экономической самостоятельности местного самоуправления*. На протяжении последних лет особое значение придается развитию и совершенствованию системы межбюджетных отношений. МПП ориентирована на обеспечение сбалансированности бюджетов всех уровней, создание условий для наращивания налогового потенциала муниципальных образований, повышение бюджетной ответственности и дисциплины на местах, ликвидацию в полном объеме просроченных долгов местных бюджетов и консолидированного бюджета в целом.

В связи с реализацией Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ число полноправных участников межбюджетных отношений увеличилось в десятки раз, поскольку каждое муниципальное образование имеет самостоятельный бюджет, определенные федеральным законодательством собственные доходы, расходные полномочия по решению вопросов местного значения. Так, за переходный период муниципальной реформы (2003–2006 гг.) в Ставропольском крае количество муниципальных образований возросло с 290 до 330, в Ростовской области — с 55 до 463, в Краснодарском крае — с 48 до 426. В целом в России количество муниципальных образований возросло почти в 2 раза и достигло 24 216 тыс.¹³ Вышеназванный Федеральный закон от 6 октября 2003 г.

¹³ *Аналитическая записка по результатам экспертно-аналитического мероприятия «Использование средств федерального бюджета, направленных на обеспечение реализации федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в I квартале 2006 года» // Государственная власть и местное самоуправление. 2006. № 9. С. 17.*

№ 131-ФЗ установил, что начиная с 2006 г. органы местного самоуправления самостоятельно обеспечивают сбалансированность местных бюджетов и соблюдение установленных федеральными законами требований к размерам дефицита местных бюджетов, уровню и составу муниципального долга, исполнению бюджетных и долговых обязательств.

Сами межбюджетные отношения претерпевают существенные изменения. Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ впервые достаточно детально определил основные принципы построения межбюджетных отношений не только на уровне «Федерация — регион», но и на уровне «субъект Федерации — муниципальное образование», а также между муниципальными образованиями. При этом для субъектов сохраняется достаточно широкая сфера регулирования в этом вопросе, включая определение порядка (методик) расчетов трансфертов, являющихся основой построения межбюджетных отношений. В большинстве субъектов РФ приняты специальные законы, регулирующие взаимоотношения между органами государственной власти субъекта Федерации и органами местного самоуправления муниципальных образований по вопросам межбюджетных отношений.¹⁴ В Краснодарском крае данные нормы включены в Закон Краснодарского края от 4 февраля 2002 г. № 437-КЗ «О бюджетном устройстве и бюджетном процессе в Краснодарском крае» (в ред. от 29 декабря 2006 г.),¹⁵ что обеспечивает системность в формировании новых межбюджетных отношений.

На сегодняшний день наиболее остро перед субъектами РФ стоят проблемы правового регулирования и закрепления форм (видов), порядков (методик), условий предоставления финансовой помощи и нормативов отчислений от налогов и сборов, с возможным уходом от излишней детализации законодательством субъектов РФ методик расчетов отдельных показателей по муниципальным образованиям, а также нормативного утверждения методик расчетов отдельных показателей, характеризующих уровень бюджетной обеспеченности муниципальных образований, их налоговый потенциал и объем расходных полномочий.

Кроме того, необходимо принятие ряда муниципальных правовых актов, устанавливающих порядок составления и рассмотрения проекта местного бюджета, утверждения и исполнения местного бюджета, осуществления контроля за его исполнением и утверждения отчета об исполнении местного бюджета; предоставления межбюджетных трансфертов из местных бюджетов; осуществления муниципальных заимствований, управления муниципальным долгом; установления ответственности за нарушение нормативных правовых актов органов местного самоуправления по вопросам регулирования бюджетных правоотношений в случае

¹⁴ См., напр.: Закон Ставропольского края от 21 ноября 2005 г. № 55-кз «О межбюджетных отношениях в Ставропольском крае» // Сборник законов и других правовых актов Ставропольского края. 2005. № 29. Ст. 5161 (в ред. от 28 декабря 2006 г., с изм. от 29 декабря 2006 г.); Областной закон от 22 октября 2005 г. № 380-ЗС «О межбюджетных отношениях органов государственной власти и органов местного самоуправления в Ростовской области» // Наше время. 2005. № 276–277 (в ред. от 3 августа 2007 г.).

¹⁵ Кубанские новости. 2002. № 32–33.

и порядке, предусмотренных Бюджетным кодексом РФ и иными федеральными законами.

Органами местного самоуправления муниципальных районов, помимо этого, должны быть разработаны и внедрены правовые акты, устанавливающие нормативы отчислений в бюджеты поселений от налогов, подлежащих зачислению в бюджеты муниципальных районов; порядок и условия предоставления межбюджетных трансфертов из бюджета муниципального района бюджетам городских, сельских поселений; цели и порядок предоставления субвенций из бюджетов поселений в бюджеты муниципальных районов, представительный орган которых формируется из числа депутатов представительных органов и глав поселений, на решение вопросов местного значения межмуниципального характера.

Анализ правотворческой деятельности муниципальных образований в этом направлении свидетельствует о том, что необходимая правовая база практически отсутствует в большинстве муниципальных образований. Так, положения о бюджетном процессе приняты лишь в 15 % муниципальных образований, а решения об установлении налога на имущество физических лиц и земельного налога — соответственно в 21 % и 22 % муниципальных образований.¹⁶ Органы государственной власти субъектов Российской Федерации должны оказывать методическую и консультационную помощь органам местного самоуправления в подготовке и принятии представительными органами местного самоуправления поселений, городских округов и муниципальных районов муниципальных правовых актов об установлении и введении в действие налога на имущество физических лиц и земельного налога, а также иных муниципальных правовых актов по реализации имущественных и бюджетных прав муниципальных образований.

В современных условиях должна возрасти ответственность органов местного самоуправления за осуществление бюджетного процесса. Решение о предоставлении любой бюджетной услуги и ответственность за выполнение этого решения должны быть жестко увязаны местными властями с их полномочиями, возможностями бюджета, собственными источниками доходов, эффективностью действующих и вновь открываемых учреждений. Одновременно это должно задать новый импульс для принятия на местах мер по наращиванию налогового потенциала.

Приоритетной задачей МПП представляется также **признание и предоставление гарантий судебной защиты прав местного самоуправления**. Россия провозгласила в качестве особой гарантии местного самоуправления право на судебную защиту (ст. 133 Конституции РФ). Эта гарантия получила развитие в ст. 46 Федерального закона от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»,¹⁷ согласно которой граждане, проживающие

¹⁶ Рекомендации круглого стола «О финансовом обеспечении местного самоуправления в условиях проведения реформы федеративных отношений и местного самоуправления и основных направлениях совершенствования межбюджетных отношений» // Государственная власть и местное самоуправление. 2006. № 1. С. 12.

¹⁷ СЗ РФ. 1995. № 35. Ст. 3506.

на территории муниципального образования, органы местного самоуправления и должностные лица местного самоуправления вправе предъявлять в суд или арбитражный суд иски о признании недействительными нарушающих права местного самоуправления актов органов государственной власти и государственных должностных лиц, органов местного самоуправления и должностных лиц местного самоуправления, предприятий, учреждений и организаций, а также общественных объединений.¹⁸

Многие дела, связанные с судебной защитой прав местного самоуправления, нашли новое правовое регулирование в АПК РФ,¹⁹ вступившем в силу с 1 сентября 2002 г., и ГПК РФ,²⁰ вступившем в силу с 1 февраля 2003 г., которые предусмотрели новую категорию дел, вытекающих из публично-правовых отношений.

В Федеральном законе от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ отсутствуют положения, прямо указывающие на возможность судебной защиты местного самоуправления. Однако в ст. 85 указанного Закона предусматривается, что Правительство РФ до 1 января 2005 г. внесет в Государственную Думу РФ проекты федеральных законов о внесении изменений и дополнений, вытекающих из требований Федерального закона № 131-ФЗ, в ГПК и АПК РФ «в целях обеспечения местного самоуправления правом на судебную защиту». Однако подготовка названных законопроектов затянута.

В качестве положительного обстоятельства следует отметить законодательное установление механизма исполнения судебных актов по обращению взыскания на средства бюджетов бюджетной системы РФ.²¹ Но этого явно недостаточно. Российская действительность требует дальнейших шагов по устранению пробелов и противоречий в правовом регулировании судебной защиты прав местного самоуправления и развитию соответствующей правоприменительной практики.

¹⁸ Эта норма сохраняла свою силу в так называемый «переходный период», т. е. с 8 октября 2003 г. по 31 декабря 2008 г. В литературе указывается на несовершенство конструкции указанной статьи. В частности, А. Сергеев отмечает, что «судебная защита местного самоуправления не исчерпывается признанием недействительными правовых актов; перечисленные в статье субъекты подают не иски, а заявления и жалобы; подведомственность дел судам общей юрисдикции и арбитражным судам требует законодательного разграничения и т. д.» (Сергеев А. Судебная защита прав местного самоуправления // Законность. 2006. № 2).

¹⁹ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

²⁰ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

²¹ См. Федеральный закон от 27 декабря 2005 г. № 197-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации, Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон “Об исполнительном производстве”» (СЗ РФ. 2006. № 1. Ст. 8), вступивший в силу 1 января 2006 г. Подробнее об этом см.: Селионов И. 1) Совершенствование нормативно-правовой базы исполнения судебных актов по обращению взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 3. С. 34–37; 2) Меры принуждения при исполнении судебных актов по обращению взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации // Право и экономика. 2006. № 6. С. 70–72.

Первоочередными задачами (приоритетами) МПП в России также можно назвать:

- совершенствование механизмов взаимодействия государственной власти и местного самоуправления, в том числе при реализации отдельных государственных полномочий, передаваемых органам местного самоуправления;
- создание организационно-правовых условий для реализации полномочий органов местного самоуправления;
- усиление механизмов контроля за эффективностью деятельности органов местного самоуправления со стороны населения;
- разработку и правовое закрепление системы мер государственного контроля за соблюдением органами местного самоуправления федерального законодательства и законодательства соответствующего субъекта РФ;
- формирование действенных механизмов ответственности органов местного самоуправления и их должностных лиц перед населением и государством.

В рамках этих задач последовательно реализуются цели МПП: во-первых, создание организационно-правовых условий для реализации населением муниципальных образований права самостоятельно и эффективно, непосредственно и (или) через органы местного самоуправления решать вопросы местного значения и, во-вторых, оптимизация взаимоотношений государственной власти и местного самоуправления.

Подводя итог сказанному, хотелось бы подчеркнуть главное.

МПП есть неизбежный элемент нового этапа правового развития местного самоуправления. Несогласованность, несистематизированность, фрагментарность и непоследовательность законодательного регулирования многих вопросов организации и деятельности местного самоуправления могут быть устранены путем выстраивания МПП, выступающей определенным способом организации муниципально-правовой действительности, средством ее упорядочения.

МПП, являясь разновидностью правовой политики, имеет собственное содержание и самостоятельное значение, которое раскрывается через систему элементов (сущность, цели, принципы, приоритетные направления) и обусловлено особенностями местного самоуправления, обладающего признаками общественного свойства, присущими гражданскому обществу, и являющегося особым элементом государственного устройства.

Таким образом, МПП представляет собой опосредованную правом деятельность органов государственной власти и местного самоуправления, а также местного сообщества по обеспечению механизмов участия населения в самоуправлении, созданию организационно-правовых условий для устойчивого самостоятельного развития муниципальных образований, построению теоретически обоснованной и эффективно действующей модели взаимоотношений государственной власти и местного самоуправления.

РЕФОРМЫ ФИНАНСОВОЙ СИСТЕМЫ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ В КОНЦЕ XX — НАЧАЛЕ XXI ВВ.

Н. С. ПЕРФИЛЬЕВА



Перфильева Наталья Сергеевна,
аспирантка Московского
государственного индустриального
университета

В системе местного самоуправления Великобритании организация местных финансов представляет особый интерес по нескольким причинам. Во-первых, реальная независимость местных властей определяется степенью их независимости в сфере распоряжения своими финансами. Многие виды контроля, осуществляемого центром в отношении органов местного самоуправления, имеют именно финансовый характер. Во-вторых, форма, в которой устанавливаются и собираются местные налоги, строго определена в законе. Эта налоговая система привела к созданию развитой иерархии административных трибуналов (местных судов по оценке имущества).¹ В-третьих, финансовые соображения оказывают большое влияние на внутреннюю работу органов местного самоуправления.

Реорганизация местного самоуправления в Великобритании 1970-х годов не внесла существенных изменений в его финансовую систему.

В 1970-е годы в Великобритании к источникам доходов органов местного самоуправления относились налоги, правительственные субсидии и собственные доходы. Исторически главным источником доходов всех органов местного самоуправления в 1970-е годы был общий налог, взимаемый с собственников недвижимого имущества (за исключением сельскохозяйственного), находящегося на территории, подведомственной местному органу. Местный налог взимался с арендаторов земли, принадлежащей местному органу. Размер местного налога определялся местным органом, но ставка местного налога и оценочная стоимость недвижимости в округе устанавливались департаментом центрального правительства по единому принципу на территории всей страны.²

© Н. С. Перфильева, 2009

¹ Гарнер Д. Великобритания. Центральное и местное управление. М., 1984. С. 348.

² General Rate Act, 1967. S. 117 // www.opsi.gov.uk

К собственным доходам органов местного самоуправления в 1970-е годы относились доходы, получаемые от эксплуатации муниципального имущества (жилые дома, публичные увеселительные заведения, инвентарь в парках, сдаваемый напрокат, проезд на транспорте), лицензионные сборы и штрафы (к примеру, штраф за несвоевременный возврат библиотечных книг).

К источникам доходов местного самоуправления 1970-х годов также относились правительственные субсидии, осуществляемые в двух формах: налогодополняющие дотации, покрывающие расходы органов местного самоуправления и не предназначенные для использования в конкретных целях, и частная дотация, направленная на покрытие одобренных расходов отдельных муниципальных служб.

При предоставлении налогодополняющих дотаций учитывались три фактора: 1) необходимость предоставления; 2) учет финансовых ресурсов (при наличии возможности дотации выплачивались любому органу местного самоуправления, на территории которого размер оценочной суммы налогообложения, приходящейся на одного жителя, был меньше национального стандарта, периодически устанавливаемого специальными инструкциями); 3) внутренние расходы (дотации выплачивались органам местного самоуправления, имевшим право налогообложения, для компенсации расходов, вызванных частичным уменьшением налога на жилые дома, санкционированным государственным секретарем).

Общая сумма налогодополняющих дотаций устанавливалась государственным секретарем по установленным стандартам. При этом государственный секретарь должен был консультироваться с теми ассоциациями органов местного самоуправления, которые он считал имеющими отношение к данному вопросу, и учитывать уровень цен, изменения требований, предъявляемых к службам, и нужды развития муниципальных служб.

К частным дотациям, направляемым на конкретные цели, относились: 1) дотации на расходы, связанные с работой общественного транспорта;³ 2) дотации на жилищное строительство, вносимые на приходный счет жилищного хозяйства соответствующего органа местного самоуправления;⁴ 3) дотации на полицию (50 % дотаций выплачивались органам местного самоуправления на расходы, одобренные министерством внутренних дел и связанные с содержанием полиции);⁵ 4) дотации на снижение налогов (90 % любых скидок с налогов в соответствии со статутным планом возмещались органам местного самоуправления из казны);⁶ 5) смешанные дотации (к примеру, дотации на восстановление брошенных земель,⁷ дотации на реализацию планов переустройства городов,⁸ дотации на удовлетворение

³ Local Government Act, 1974. S. 6 // www.opsi.gov.uk

⁴ Housing Act, 1974. S. 5 // www.opsi.gov.uk

⁵ Police Act, 1964. S. 3 // www.opsi.gov.uk

⁶ Local Government Act, 1972. S. 8 // www.opsi.gov.uk

⁷ Local Government Act, 1966. S. 9 // www.opsi.gov.uk

⁸ Ibid. S. 7.

нужд иммигрантов,⁹ дотации на ремонтные работы в заброшенных угольных шахтах¹⁰).

Подобное построение системы дотаций объясняется попыткой правительства 1970-х годов установить наиболее справедливый порядок распределения дотаций и предоставлять их главным образом тем местным органам, чьи средства ниже среднего уровня.

В целом в 1970-х годах в Великобритании основным источником доходов органов местного самоуправления являлись именно правительственные субсидии, составлявшие около половины их постоянных доходов. Поступления собственных доходов, такие как рента и лицензионные сборы, к 1970-м годам стали незначительными в финансовом отношении (см. табл. 1).

Таблица 1

Источники доходов органов местного самоуправления в Великобритании в 1973–1974 гг.¹¹

Вид источника доходов	Процентная доля
Налоги	28 %
Правительственные субсидии	45 %
Собственные доходы	27 %
Итого	100 %

Контроль за расходами местных органов в тот период осуществлялся следующим образом. Во-первых, все доходы, получаемые советами, должны были вноситься в общий налоговый фонд.¹² Все расходы в соответствии с законом делались из этого фонда. Во-вторых, местный ревизор, имевший право следить за счетами местного органа, вправе был запретить выплаты, не предусмотренные законом. Расходы, разрешенные статутом, также могли быть запрещены, если они признавались неразумными. В-третьих, за расходами наблюдал местный финансовый комитет, который, однако, был подотчетен совету. В-четвертых, контроль за расходами органа местного самоуправления строго осуществлялся назначаемым центром чиновником по финансовым вопросам, эффективность деятельности которого зависела от его неподкупности. Данное должностное лицо должно было обеспечивать эффективную систему постоянной внутренней проверки.

Такова была финансовая система местного самоуправления 1970-х годов. В 1974 г. в Великобритании возник «налоговый кризис», и в 1974–1975 гг. бремя налогов оказалось даже выше, чем в предыдущие годы.¹³ С одной стороны, это объяснялось переоценкой налогооблагаемого имущества, состоявшейся в 1973 г., с другой — значительными расходами, которые понесло государство в связи с реформами 1970-х годов.

⁹ Ibid. S. 11.

¹⁰ Mines and Quarries (Tips) Act, 1969. S. 25 // www.opsi.gov.uk

¹¹ Гарнер Д. Великобритания. Центральное и местное управление. С. 349.

¹² Local Government Act, 1972. S. 148(4) // www.opsi.gov.uk

¹³ Гарнер Д. Великобритания. Центральное и местное управление. С. 364.

Однако основным фактором неблагоприятной финансовой обстановки того времени специалисты называли несовершенство системы налогообложения. В качестве главного недостатка данной системы усматривали то, что сумма налога никак не отражала возможностей налогоплательщиков, хотя для нескольких лиц и существовала система скидок и льгот, т. е. налог был регрессивным. Более того, зачастую оценка имущества проводилась не по единым критериям, и не было связи между выплаченным налогом и теми услугами, которые налогоплательщик получал от местного самоуправления.

Помимо этого, большую часть доходов, как уже отмечалось, местное самоуправление получало от дотаций, выплачиваемых центральным правительством. Тем самым нарушался принцип самокупаемости, согласно которому органы местного самоуправления должны были сами создавать фонды, необходимые для покрытия своих расходов. Кроме того, местные органы попадали в значительную зависимость от центрального правительства.

В конце 1979 г. было принято новое законодательство, где среди прочего было предусмотрено предоставление так называемых блоковых субсидий. Центральное правительство стало само подсчитывать предполагаемые расходы местных властей и обеспечение их поступлениями от местного налогообложения, предоставляя в виде субсидий лишь разницу между этими показателями. Расходование этих блоковых субсидий строго определялось и контролировалось, за перерасход вводились штрафные санкции.¹⁴

Блоковые субсидии были введены для того, чтобы позволить правительству постепенно уменьшать дополнительные субсидии тем местным органам власти, которые расходовали больше, чем это предусматривалось центральным правительством, и просуществовали с некоторыми изменениями с 1981 по 1986 г. Однако текущие расходы местных органов самоуправления в Англии и Уэльсе в этот период ежегодно превышали установленные правительством нормы.

Система местных налогов и субсидий продолжала деградировать, одновременно ухудшая отношения между центральной и местной властями. Существовавшие ранее отношения, основанные на законе и прецедентах, уступили место неустойчивости. Пересмотр системы финансирования проводился многократно, но совершенно не был связан с реформой органов местного самоуправления.

Английские исследователи все больше склонялись в тот период к необходимости введения дополнительных местных налогов и сокращению за счет этого правительственных субсидий с одновременным усилением независимости органов местного самоуправления.

В середине 1980-х годов вокруг проблемы местных налогов возник политический ажиотаж. Подготовка реформы налоговой системы проходила на фоне острых дискуссий, в которых, помимо специалистов и политиков, непосредственное участие принимали и рядовые налогоплательщики. Лейтмотивом дискуссий было негативное восприятие

¹⁴ *Виноградов В. А.* Политика финансирования местных органов власти в Великобритании. М., 1994. С. 6.

большинством специалистов и местных жителей введения дополнительных местных налогов.

Можно выделить два принципа, на которых строится система налогообложения: 1) принцип целесообразности (*benefit*) предполагает, что население облагается налогом в точном соответствии с теми благами, создание которых данный налог финансирует; 2) принцип справедливости (*judgment*) основывается на желательности с помощью налогов перераспределить доходы и богатство.¹⁵

Ввиду того, что английская система налогообложения была регрессивна и не приведена в соответствие с платежеспособностью населения, в ней превалировал принцип целесообразности. Такой порядок был приемлем в XIX в., когда органы местного самоуправления регулировали обеспечение платными услугами. С возрастанием в общественном сознании значения концепции перераспределения богатств применение указанного принципа потеряло смысл. Актуальной альтернативой ему могла стать местный подоходный налог. Поскольку введение данного налога давало местным властям большой уровень независимости, правительство долго колебалось, прежде чем осуществить реформу системы местного налогообложения именно в этом направлении.

Закон о финансах органов местного самоуправления вступил в силу в апреле 1990 г.¹⁶ Данным актом предусматривалась замена налога на домохозяйство подушевым налогом, или коммунальным сбором (*community charge*), который выплачивался всеми жителями, достигшими совершеннолетнего возраста. Размеры данного налога устанавливались индивидуально каждым местным органом власти.

Кроме того, центральным правительством был установлен единый образный налог на бизнес, который уплачивался всеми предпринимателями вне зависимости от местоположения их предприятий. Каждые пять лет его надлежало пересматривать. Налог собирали на местах, централизованно вносили в казну, а потом распределяли в виде субсидий как общую сумму без дифференцирования ее составных частей, на объем которой не оказывает влияния уровень расходов местного органа власти.

По мнению Н. Хили из Центра политических исследований в Лидсе, рассматриваемый Закон о финансах органов местного самоуправления можно считать поворотной точкой от местной к национальной системе налогов на бизнес и основой для полной реорганизации системы субсидий центрального правительства. Его воздействие на финансы местных властей было значительным.¹⁷

В апреле 1993 г. в Великобритании в продолжение реформирования местной финансовой системы коммунальный сбор был заменен муниципальным налогом (*council tax*). Система обложения данным налогом носила смешанный характер и включала в себя оценку собственности, поделенной на семь групп, и учет численности налогоплательщиков (к примеру,

¹⁵ Клеман Н. М. Местные органы власти в структуре управления Великобритании. М., 1993. С. 18.

¹⁶ Там же. С. 19.

¹⁷ Там же.

единоличным владельцам домов предоставлялась 25-процентная скидка). Скидки в отношении муниципального налога устанавливались в размере 50 % лицам, не достигшим 18-летнего возраста, студентам, инвалидам. Скидки в размере до 100 % устанавливались малоимущим подданным.

Муниципальный налог, несмотря на свои очевидные преимущества, подвергся критике со стороны английских исследователей. Во-первых, отмечались недостатки в оценке имущества, подлежащего налогообложению. Во-вторых, усматривалась дискриминация в отношении жителей Лондона, где цены на имущество значительно выше, чем в остальной части Великобритании. В-третьих, муниципальный налог был централизован, и местные органы получали только 15 % денежных средств, необходимых для социального обслуживания местного населения.

В настоящее время к источникам доходов местных органов власти относятся муниципальный налог, налог на бизнес (NNDR), правительственные субсидии, собственные и иные доходы. Процентное распределение источников местных доходов по состоянию на 1996–1997 гг. отражено в табл. 2.

Таблица 2

**Источники доходов местных органов Великобритании
в 1996–1997 гг.¹⁸**

Вид источника доходов	Процентная доля
Налог на бизнес	15 %
Правительственные субсидии	51 %
Муниципальный налог	11 %
Собственные доходы	11 %
Иное	12 %
Итого	100 %

В отношении правительственных субсидий в последнее время усиливается тенденция в сторону увеличения частных дотаций (целевых субсидий), контроль за расходованием которых значительно жестче, и уменьшения общих дотаций, что свидетельствует об усилении центрального контроля за органами местного самоуправления.

Предоставление субсидий осуществляется не только Британским правительством, но и ЕС, включая Европейский фонд регионального развития, а также представителями частного сектора.¹⁹

В Великобритании текущие расходы (расходы на ежедневное социальное обслуживание) осуществляются за счет таких источников доходов, как муниципальный налог, собственные доходы, налог на бизнес и правительственные субсидии.

Капитальные расходы (строительство дорог и зданий, покупка земли и иные капитальные проекты) осуществляются за счет муниципального

¹⁸ Atkinson H., Wilks-Heeg S. Local government from Thatcher to Blair. The politics of creative autonomy. Cambridge, 2000. P. 87.

¹⁹ Ibid. P. 86.

налога, правительственных субсидий и средств, привлекаемых из частного сектора.

Таким образом, в конце XX — начале XXI вв., несмотря на достаточно эффективное с экономической точки зрения реформирование системы местного финансирования, политика центральной власти по-прежнему направлена на усиление финансового контроля и, соответственно, установление наиболее продуктивной — финансовой — зависимости органов местного самоуправления от центра. Однако органы местного самоуправления не сдают свои позиции и предпринимают достаточно эффективные попытки выхода из сложившейся ситуации за счет плодотворного сотрудничества с частным сектором. Уже только то, какую великую политическую и финансовую цену пришлось заплатить правительству М. Тэтчер за введение подушевого налога, свидетельствует о неискоренимости исторически сложившейся автономии органов местного самоуправления в Великобритании.

ОБЪЕКТ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ИЗБИРАТЕЛЬНЫХ ПРАВ И ПРАВА НА УЧАСТИЕ В РЕФЕРЕНДУМЕ: НОВЫЙ ВЗГЛЯД

Н. Ю. ТУРИЩЕВА

Правильное определение объекта преступления позволяет раскрыть юридическую природу деяния, определить ее содержание и форму, установить круг субъектов, отграничить эти деяния от других преступлений и административных правонарушений.¹ Установление объекта преступлений против избирательных прав и права на участие в референдуме представляется важным прежде всего в общетеоретическом плане, поскольку именно объект преступлений является тем системообразующим элементом, который позволяет определить место указанных преступлений в структуре Особенной части УК РФ, вычленив их из общего объема преступлений против конституционных прав и свобод человека и гражданина. Решение указанной проблемы также важно и в правоприменительном аспекте, поскольку на сегодняшний день из-за ограниченного объема имеющейся судебной практики, отсутствия официальных разъяснений Пленума Верховного Суда РФ не дано четкого ответа на вопрос, что такое преступления против избирательных прав и где лежит граница между преступным и иным противоправным поведением в сфере избирательных правоотношений.

Установление объекта преступления имеет важнейшее значение для квалификации преступного деяния. По мнению В. Н. Кудрявцева, из-за неполного и потому неправильного представления об объекте преступлений нередко возникают ошибки при квалификации преступлений.² В свою очередь, правильная квалификация преступления — одна из гарантий осуществления правосудия в соответствии с законом.³



Турищева
Наталья Юрьевна,
к. ю. н., начальник
организационно-правового отдела
избирательной комиссии
Краснодарского края

© Н. Ю. Турищева, 2009

¹ Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. М., 2001; Уголовное право. Общая часть / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, Ю. М. Ткачевского, Г. Н. Борзенкова. М., 1993. С. 106 (автор главы — И. М. Тяжкова).

² Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 2006. С. 133.

³ Загородников Н. И. Объект преступления и проблема совершенствования уголовного законодательства // Актуальные проблемы уголовного права. М., 1998. С. 23; Уголовное

С принятием УК РФ 1996 г. в доктрине уголовного права «по широте круга общественных отношений, на которые происходит посягательство»,⁴ «по степени общности охраняемых законом отношений»⁵ принята четырехзвенная классификация объекта преступления «по вертикали». Различаются общий (для всех преступлений), родовой (для преступлений одного раздела), видовой (для преступлений одной главы) и непосредственный объект (для конкретного преступления, ответственность за которое предусмотрена нормой Особенной части УК РФ).

Из структуры УК РФ следует, что родовым объектом преступлений против избирательных прав являются общественные отношения, обеспечивающие нормальную жизнедеятельность личности (по названию раздела VII УК РФ «Преступления против личности»).

Видовой объект преступлений против избирательных прав законодатель обозначает в названии главы 19 УК — это общественные отношения, складывающиеся в процессе реализации конституционных прав и свобод человека и гражданина.

Некоторые авторы выделяют внутри видového объекта, определяемого главой 19 УК, групповой объект преступлений.⁶ Термином «групповой объект преступлений» рекомендуется обозначать объекты части преступлений, входящих в главу. Исходя из предлагаемой систематизации, выделяющей групповой объект посягательства, все преступления, предусмотренные в главе 19 УК РФ, можно разделить на три группы: преступления против политических прав и свобод (ст. 141–142¹, 149); преступления против социальных прав и свобод (ст. 136, 143–147); преступления против личных прав и свобод (ст. 137–140, 148).⁷ В литературе встречается и другая классификация этих преступлений, например преступления, предусмотренные ст. 141–142¹ УК, включаются в группу преступлений против принципа равноправия и политических прав граждан⁸ или в группу преступлений против политических прав.⁹ Таким образом, групповым объектом преступлений против избирательных прав граждан

право России. Особенная часть. Учебник / под ред. В. Н. Кудрявцева, В. В. Лунева, А. В. Наумова. М., 2005. С. 23 (автор главы — В. Н. Кудрявцев).

⁴ *Рарог А. И., Степалин В. П.* Уголовное право: Общая часть в вопросах и ответах. Учеб. пособие. М., 2002. С. 67.

⁵ *Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. Учебник / под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай, А. И. Рарога, А. И. Чучаева.* М., 2006. С. 100.

⁶ *Красиков А. Н.* Уголовно-правовая охрана политических, гражданских и иных конституционных прав и свобод человека и гражданина в России. Саратов, 2000. С. 31; *Мачковский Л. Г.* 1) Преступления против конституционных прав человека и гражданина: проблемы теории и практики правового регулирования. Дис. ... д. ю. н. М., 2005; 2) Об объекте преступлений, предусмотренных в главе 19 Уголовного кодекса РФ // Уголовное право. 2001. № 4. С. 53.

⁷ *Ветров И. И.* Уголовно-правовая защита конституционных прав и свобод человека и гражданина // <http://liber.rsuh.ru/Conf/Sudebnaya/vetrov.html>; *Уголовное право России. Особенная часть / под ред. В. Н. Кудрявцева, В. В. Лунева, А. В. Наумова.* С. 114 (автор главы — С. В. Бородин).

⁸ *Исатов А. Н., Красиков Ю. А.* Курс российского уголовного права: В 2 т. Т. 2. Особенная часть. М., 2002. С. 155.

⁹ *Мачковский Л. Г.* Об объекте преступлений, предусмотренных в главе 19 Уголовного кодекса РФ. С. 53.

являются общественные отношения, складывающиеся в сфере реализации политических прав и свобод.

Среди политических прав и свобод человека и гражданина, признаваемых и гарантируемых Конституцией РФ, важное место занимает право на участие в выборах и референдуме.

Глава 19 УК РФ содержит четыре статьи, посвященные преступлениям, посягающим на избирательные права граждан:

— воспрепятствование осуществлению избирательных прав (права на участие в референдуме) или работе избирательных комиссий (ст. 141);

— нарушение порядка финансирования избирательной кампании кандидата, избирательного объединения, избирательного блока, деятельности инициативной группы по проведению референдума, иной группы участников референдума (ст. 141¹);

— фальсификация избирательных документов, документов референдума (ст. 142);

— фальсификация итогов голосования (ст. 142¹).

В подавляющем большинстве исследований, посвященных уголовно-правовой охране избирательных прав, последние указываются в чрезмерно абстрактной, не раскрывающей их содержания формулировке, вытекающей из нормы, установленной ч. 2 ст. 32 Конституции РФ: право избирать и право быть избранным в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также право участвовать в референдуме.

Полагаем, что, говоря об избирательных правах и праве на участие в референдуме, следует, прежде всего, определиться с видами выборов и референдумов, в которых граждане РФ вправе участвовать. В соответствии с нормами действующего законодательства к ним отнесены:

1) выборы Президента РФ; депутатов Государственной Думы Федерального Собрания России; депутатов законодательного органа государственной власти субъекта РФ; главы муниципального образования (городского округа, муниципального района, городского или сельского поселения в составе муниципального района); депутатов представительного органа муниципального образования (как городского округа и муниципального района, так и городского или сельского поселения);

2) референдумы РФ; субъекта РФ; местный референдум (включая уровень городского округа, муниципального района, городского или сельского поселения в составе муниципального района);

3) кроме того, на муниципальном уровне возможно также проведение голосования по отзыву депутата, члена выборного органа местного самоуправления, выборного должностного лица местного самоуправления, голосование по вопросам изменения границ, преобразованию муниципального образования.

Как отмечает С. В. Землюков, многие отношения, охраняемые уголовным законом, изначально регулируются иными отраслями права. В законодательстве именно этих отраслей права и устанавливаются базисные для уголовного права понятия.¹⁰

¹⁰ *Российское уголовное право. Общая часть* / под ред. В. С. Комиссарова. СПб., 2005. С. 148 (автор главы — С. В. Землюков).

Нормы, посвященные уголовно-правовой охране избирательных прав граждан, имеют бланкетный характер. Традиционное толкование непосредственного объекта указанной группы преступлений связывается с раскрытием содержания понятия «избирательные права граждан» в п. 28 и 51 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»¹¹ (далее — Закон о гарантиях).

К избирательным правам граждан в Законе о гарантиях отнесены конституционное право избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также право участвовать в выдвижении кандидатов, списков кандидатов, в предвыборной агитации, в наблюдении за проведением выборов, работой избирательных комиссий, включая установление итогов голосования и определение результатов выборов, в других избирательных действиях в порядке, установленном Конституцией РФ, федеральными законами, конституциями (уставами), законами субъектов РФ.

Согласно Закону о гарантиях право на участие в референдуме включает в себя право граждан РФ голосовать по вопросам референдума, выступать с инициативой референдума, проводить в допускаемых законом формах и законными методами агитацию по вопросам референдума, участвовать в работе комиссий референдума, в наблюдении за организацией голосования и подсчетом голосов участников референдума, в других действиях по подготовке и проведению референдума.

Очевидно, что перечень избирательных прав является открытым, не конкретизирован Законом о гарантиях, что порождает закономерное возникновение споров по поводу того, какие правомочия, предоставляемые гражданам действующим избирательным законодательством, следует отнести к объекту уголовно-правовой охраны. И, самое главное, нерешенным остается вопрос: как можно воспрепятствовать, например, праву быть избранным?

Указанные в Законе о гарантиях избирательные права и право граждан на участие в референдуме являются основными, базовыми и «обеспечиваются целым рядом конкретных прав граждан, сфокусированных на отдельных стадиях избирательного процесса»,¹² «осуществляются преимущественно путем появления конкретных правоотношений, в ходе которых возникают новые субъективные права».¹³

В юридической литературе отражена точка зрения, согласно которой непосредственным объектом преступления, предусмотренного ст. 141 УК РФ, являются общественные отношения, складывающиеся в процессе обеспечения избирательных прав гражданина (права избирать и быть избранным), его права на участие в референдуме. К непосредственному объекту относят также «регламентированную законом работу

¹¹ СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

¹² Постников А. Е. Избирательное право России. М., 1996. С. 24.

¹³ Кутафин О. Е. Основные права, свободы и обязанности граждан СССР // Советское государственное право. М., 1985. С. 168.

избирательных комиссий»,¹⁴ «отношения, опосредующие работу избирательных комиссий и комиссий по проведению референдума».¹⁵ Сходной точки зрения в настоящее время придерживается большинство российских ученых-юристов, рассматривая в качестве непосредственного объекта данного преступления не только свободу осуществления избирательного права, участия в референдуме, но и нормальную работу избирательной комиссии или комиссии по проведению референдума.¹⁶

По нашему мнению, классификация избирательных правомочий, подлежащих защите нормами уголовного закона, должна проводиться исходя из значения содержания этих действий в ходе всей избирательной кампании в целом.

Следует обратить внимание на то, что реализация избирательных прав граждан осуществляется в рамках избирательного процесса. Избирательный процесс как формализованное явление включает установленную законом совокупность стадий организации и проведения выборов, различных избирательных действий и процедур, обеспечивающих целостность и легитимность итогов голосования и результатов выборов.¹⁷

Избирательный процесс направлен на реализацию конституционных материально-правовых отношений, в рамках которых осуществляется, с одной стороны, субъективное избирательное право граждан избирать и быть избранными, закрепленное ст. 32 Конституции РФ, а с другой стороны — закрепленное ст. 3 Конституции РФ право народа на осуществление своей власти непосредственно, путем свободных выборов. Процесс отражает динамику деятельности соответствующих субъектов, вследствие чего ему свойственна стадийность, т. е. наличие этапов, последовательно сменяющих друг друга, в пределах которых должны быть совершены надлежащие процессуальные действия.¹⁸

В юридической литературе и ранее предпринимались попытки дать определение объекта преступлений против избирательных прав с учетом «многослойной структуры охраняемого общественного отношения, включающей в себя материально-правовые отношения, процедурные отношения и процессуальные отношения» и «первичных» и «вторичных» избирательных правоотношений, первые из которых определяются конституционно-правовыми нормами, вторые — «играют служебную, инструментальную роль в механизме правового регулирования выборов».¹⁹

¹⁴ *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный)* / под общ. ред. Н. Г. Кадникова. М., 2006. С. 326.

¹⁵ *Князев С. Д.* Уголовная ответственность за нарушение избирательных прав и права на участие в референдуме // *Журнал российского права*. 2001. № 2. С. 27. — См. также: *Веденеев Ю. А., Князев С. Д.* Избирательные правоотношения: понятие, политико-правовое содержание и структура // *Журнал российского права*. 1998. № 10–11. С. 79.

¹⁶ *Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть. Учебник. Практикум* / под ред. А. С. Михлина. М., 2005. С. 65 (автор главы — Ф. С. Бражник).

¹⁷ *Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации. Учебник для вузов*. М., 1999. С. 296–297 (авторы главы — Ю. А. Веденеев, В. И. Лысенко).

¹⁸ *Князев С. Д.* Принципы российского избирательного права // *Правоведение*. 1998. № 2. С. 23.

¹⁹ *Станкевич Г. А.* Уголовная ответственность за воспрепятствование осуществлению избирательных прав или работе избирательных комиссий. Дис. ... к. ю. н. Кисловодск, 2002. С. 144.

Справедливым представляется вывод о том, что «посягательство на вторичные избирательные отношения не может влечь уголовной ответственности».²⁰

Положение гражданина в избирательном процессе резюмируется в категориях «правовой статус избирателя» и «правовой статус кандидата на выборную должность в органы государственной власти и органы местного самоуправления». Содержание правового статуса избирателя вытекает из его права избирать на соответствующих выборах и определяется совокупностью предусмотренных в избирательном законодательстве правомочий, связанных с выполнением определенных избирательных действий. Это правомочия: связанные с регистрацией (учетом), составлением списков избирателей; с участием в формировании избирательных комиссий; с выдвижением и регистрацией кандидатов (списков кандидатов); с созданием избирательных фондов кандидатов, избирательных объединений; с предвыборной агитацией; с организацией и порядком голосования, подсчетом голосов избирателей, установлением результатов выборов и их опубликованием.

Активное избирательное право принадлежит избирателю в силу того, что он является гражданином РФ, это право статично, не изменяемо, избиратель не может быть лишен этого права (кроме как с утратой гражданства), возможно лишь воспрепятствовать осуществлению тех правомочий, которые вытекают из содержания правового статуса избирателя. Объем правомочий избирателя и члена избирательной комиссии с правом решающего голоса не меняется на протяжении всей избирательной кампании. Уголовно наказуемыми являются все те деяния, которые направлены на воспрепятствование осуществлению избирателем его прав, связанных с установленными законом избирательными действиями, направленными на реализацию правомочий, предоставляемых имеющимся у него статусом. То же самое можно сказать и о члене избирательной комиссии с правом решающего голоса.

Пассивное избирательное право развивается в ходе избирательной кампании, оно динамично, объем правомочий, приобретаемых кандидатом на разных стадиях избирательного процесса, изменяется в зависимости от изменения его статуса.

Для кандидата возможным является не только приобретение, но и изменение, прекращение его статуса. Первичное приобретение статуса кандидата происходит после представления кандидатом в избирательную комиссию, организующую выборы, заявления в письменной форме о согласии баллотироваться на соответствующую выборную должность с указанием биографических данных, а также сведений о доходах и имуществе, принадлежащем кандидату на праве собственности, документов, подтверждающих сведения биографического характера. Это стадия выдвижения, на которой гражданин приобретает статус кандидата.

После представления кандидатом документов для регистрации — внесения избирательного залога, или представления подписей избирателей в поддержку своего выдвижения, или же представления выписки из

²⁰ Там же.

протокола съезда (конференции) парламентской политической партии о выдвижении данного кандидата, в случае наличия всех необходимых документов и соответствия их оформлению требованиям закона комиссия регистрирует кандидата. Это стадия регистрации. Статус кандидата меняется, он становится зарегистрированным кандидатом.

Следующее изменение статуса кандидата происходит по результатам выборов — либо он становится избранным (депутатом, должностным лицом), либо утрачивает статус зарегистрированного кандидата в связи с неизбранием. Это стадия подведения итогов голосования и определения результатов выборов.

Прекращение статуса кандидата может произойти также в случае снятия им своей кандидатуры или отмены регистрации кандидата в судебном порядке на основании заявления комиссии, зарегистрировавшей кандидата, или другого кандидата, зарегистрированного по тому же округу.

Изменение статуса граждан — кандидат — зарегистрированный кандидат — избранный депутат (Президент, глава муниципального образования) или альтернативно — опять гражданин влечет изменение предусмотренных в избирательном законодательстве правомочий.

Полагаем, что уголовно наказуемыми должны быть все те деяния, которые направлены на воспрепятствование осуществлению кандидатом его прав, связанных именно с установленными законом избирательными действиями, ведущими к приобретению, изменению или прекращению статуса кандидата, с теми «переломными» моментами, в которые происходит изменение статуса: это выдвижение, регистрация, избрание кандидата. Иными словами, уголовно наказуемы: отказ в принятии документов для выдвижения кандидата, неправомерный отказ в регистрации кандидата, фальсификация избирательных документов, юридическое содержание которых связано с изменением статуса кандидата, фальсификация итогов голосования, результатов выборов.

По нашему мнению, главное, что переводит определенное избирательное правоотношение под защиту уголовного закона, — это его взаимосвязь с достижением определенного результата в ходе избирательной кампании, с изменением статуса участника избирательного процесса.

Полагаем, что из всего объема различных избирательных прав и прав на участие в референдуме уголовно-правовой охране подлежат: право избирать, право выдвигаться и быть зарегистрированным в качестве кандидата, быть избранным на выборах в органы государственной власти или органы местного самоуправления; право выдвижения инициативы проведения референдума, голосования на референдуме. Судебная практика свидетельствует о том, что уголовные дела по фактам воспрепятствования осуществлению пассивного избирательного права не возбуждаются, что и порождает необходимость раскрытия в норме ч. 1 ст. 141 УК РФ конкретных избирательных прав, подлежащих охране нормами уголовного закона.

Участниками избирательного процесса являются не только избиратели, реализующие свое активное избирательное право, и кандидаты, реализующие свое пассивное избирательное право, но и иные участники,

например: члены избирательных комиссий, участвующих в подготовке и проведении соответствующих выборов (как с правом решающего, так и с правом совещательного голоса), доверенные лица кандидатов и избирательных объединений, уполномоченные представители по финансовым вопросам, наблюдатели и др.

Совершение действий, направленных на воспрепятствование приобретению статуса избирателя, кандидата, члена комиссии, наблюдателя, доверенного лица кандидата, иных участников избирательного процесса, а также препятствующих осуществлению участниками избирательного процесса предоставляемых соответствующим статусом правомочий, и составляет суть уголовно-правового запрета, т. е. уголовно наказуемого деяния в области избирательных правоотношений.

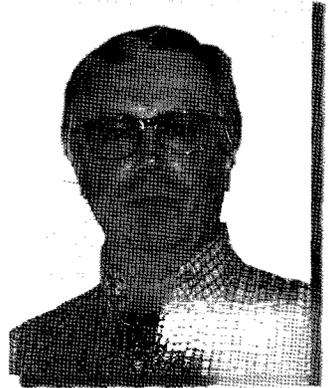
Итак, непосредственный объект преступлений против избирательных прав, права на участие в референдуме — это те общественные отношения, которые возникают в ходе реализации субъективных избирательных прав, прав граждан на участие в референдуме и связаны с возникновением, изменением или прекращением статуса участника избирательного процесса, процесса референдума, а также с реализацией закрепляемых указанным статусом правомочий.

СЛОЖНЫЕ ВОПРОСЫ КВАЛИФИКАЦИИ ТРАНСПОРТНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

В. Н. БУРЛАКОВ*

Прошло почти сорок лет с тех пор, как было принято прежнее постановление Пленума Верховного Суда России по делам о транспортных преступлениях.¹ Транспортная ситуация в нашей стране резко изменилась. На порядок увеличился парк сухопутных транспортных средств. Безопасность их функционирования понизилась до критической черты. В последнее десятилетие в результате дорожно-транспортных происшествий ежегодно гибнет более 30 тыс. граждан, сотням тысяч граждан причиняется вред здоровью различной тяжести. В этих условиях возрастает роль уголовно-правовой борьбы с транспортными преступлениями как на законодательном, так и на правоприменительном уровне.

В судебной практике квалификации транспортных преступлений имеется немало проблем. На их преодоление направлено новое Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 9 декабря 2008 г. № 25 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения».² Как нам представляется, не все рекомендации, содержащиеся в этом постановлении, являются удачным решением названных проблем. Поэтому, в целом положительно оценивая работу, которую впитали в себя эти рекомендации, остановимся на тех из них, что вызывают возражения, а также на вопросах, вовсе не отраженных в Постановлении.



Бурлаков Владимир Николаевич,
д. ю. н., профессор,
кафедра уголовного права
юридического факультета СПбГУ

© В. Н. Бурлаков, 2009

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РСФСР от 22 октября 1969 г. № 50 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил безопасности движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения» // Сборник действующих постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и Российской Федерации по уголовным делам / отв. ред. В. И. Радченко; науч. ред. А. С. Михлин. М., 2008. С. 328–335.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 1.

Прежде всего, обратимся к п. 6–7 Постановления, которые, по нашему мнению, содержат рекомендацию о «технической возможности» избежать уголовной ответственности за автотранспортное преступление. Казалось бы, все ясно: если существует опасность для движения, то водитель должен принять меры к снижению скорости вплоть до остановки транспортного средства (п. 10.1 Правил дорожного движения). Однако это простое правило только на первый взгляд выглядит категорическим. В соответствии с абз. 2 этого пункта водитель должен принять такие меры, если был в состоянии обнаружить указанную опасность. Конечно, практика применения этого пункта Правил сталкивается с большими трудностями, но при расследовании уголовного дела по ст. 264 УК они вполне преодолимы, если руководствоваться ст. 28 УК РФ. Однако Верховный Суд, видимо, так не считает. Постановление гласит, что уголовная ответственность по ст. 264 УК РФ наступает, если у водителя имелась *техническая возможность избежать дорожно-транспортного происшествия* (курсив наш. — В. Б.) и между его действиями и наступившими последствиями установлена причинная связь. В Постановлении также подчеркивается, что при решении вопроса о наличии или отсутствии такой технической возможности судам следует исходить из того, что момент возникновения опасности для движения определяется в каждом конкретном случае с учетом дорожной обстановки, предшествующей дорожно-транспортному происшествию. Опасность для движения следует считать возникшей в тот момент, когда водитель имел объективную возможность ее обнаружить.

Таким образом, согласно вышеизложенной рекомендации водитель может продолжать движение и в опасной ситуации, если момент возникновения такой опасности и момент ее обнаружения водителем не совпадают. Также предполагается, что объективные факты, свидетельствующие о возникшей опасности для движения и указывающие на объективную возможность ее обнаружения, различаются.

Возникает вопрос: какие же объективные факты, кроме фактов самой опасности, могут сигнализировать водителю о возможности ее обнаружения? Верховный Суд предлагает учитывать, например, темное время суток или недостаточную видимость, в связи с чем водитель утрачивает постоянный контроль за движением транспортного средства. Но в п. 10.1 Правил дорожного движения аналогичные факты обязывают водителя осуществлять движение с особой предосторожностью, вплоть до остановки транспортного средства, т. е. сигнализируют об опасности для движения. Таким образом, получается, что одни и те же факты свидетельствуют об объективной возможности обнаружения водителем опасности для движения и о невозможности дальнейшего движения. Но такое дублирование, во-первых, лишено практического смысла, а во-вторых, двусмысленно, что может быть использовано в целях ухода от уголовной ответственности.

Итак, весы правосудия качнулись в сторону той чаши весов, на которой блаженно устроилась техническая невозможность для водителя избежать дорожно-транспортного происшествия. На другой чаше этих весов остались само нарушение Правил дорожного движения, допущенное

водителем, и его вина в преступлении, однако без серьезных шансов для них перевесить первую чашу. Как получилось, что Верховный Суд посчитал основанием уголовной ответственности за преступление, предусмотренное ст. 264 УК РФ, не само виновно совершенное общественно опасное деяние, а лишь один из элементов механизма причинения вреда в этом преступлении — техническую возможность, которую фактически суды должны учитывать лишь при оценке характера и степени общественной опасности преступления? Ответа на этот вопрос мы не знаем и поэтому обратимся к аргументам, которые опровергают данную рекомендацию Верховного Суда.

В Постановлении сказано, что уголовная ответственность по ст. 264 УК РФ наступает, если у водителя имелась техническая возможность избежать дорожно-транспортного происшествия и между его действиями и наступившими последствиями установлена причинная связь, т. е. по сути утверждается, что если нет технической возможности, то нет и причинной связи. Так ли это? В транспортных преступлениях причинная связь представляет собой необходимую связь между деянием (т. е. нарушением соответствующих правил движения и эксплуатации) и наступившими последствиями. Причинную связь в транспортных преступлениях следует считать установленной в тех случаях, когда нарушение указанных правил предшествовало наступлению вредного результата и непосредственно повлекло его наступление либо создало реальную возможность его наступления или превратило такую возможность в действительность. Из этой схемы причинной связи хорошо видно, что ни в одном ее звене нет места для вышеуказанной «технической возможности».

В теории уголовного права вопрос установления причинной связи в транспортных преступлениях относится к числу дискуссионных. Некоторые ученые при анализе такой связи не обошли вниманием вопрос о так называемой технической возможности предотвращения общественно опасных последствий при совершении транспортного правонарушения. Их позиция состоит в том, что даже если водитель создал аварийную ситуацию, но по объективным причинам, вопреки предпринятым усилиям, не смог в ограниченное время предотвратить вредные последствия, состав преступления в его действиях отсутствует.³

При таком подходе необоснованно ставится знак равенства между технической невозможностью избежать общественно опасных последствий и непреодолимой силой, хотя техническая невозможность, как правило, порождается виновным деянием лица, а непреодолимая сила всегда возникает по не зависящим от лица обстоятельствам. Кроме того, вольно или невольно, но техническая возможность возводится в ранг *conditio sine qua non*, что нельзя признать оправданным по следующим соображениям. Во-первых, промежуток времени между созданием аварийной ситуации

³ Можно предположить, что именно эта позиция инициировала критикуемую рекомендацию Верховного Суда. Данная позиция представлена, например, в учебнике: *Российское уголовное право. Особенная часть* / под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. М., 1997. С. 337. — См. также: *Тяжкова И. М.* Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности. СПб., 2002. С. 80.

и наступлением общественно опасных последствий часто бывает столь микроскопически малым, что практически отсутствует (например, время между выездом водителя в процессе обгона на большой скорости на полосу встречного движения и наступлением смерти водителя встречного автомобиля от лобового столкновения). В таких ситуациях у виновного в нарушении правил движения водителя вообще не будет времени, чтобы принять меры предосторожности для предотвращения последствий, что вовсе не исключает уголовную ответственность водителя. Во-вторых, в ситуациях, когда такой промежуток времени все-таки существует, решение вопроса о наличии причинной связи как постоянной и объективной категории нельзя ставить в зависимость от техники управления транспортным средством как категории непостоянной и субъективной, зависящей от конкретного водителя. Более того, в одной и той же аварийной ситуации один виновный водитель может вообще не предпринимать мер для предотвращения общественно опасных последствий, но они не наступают в результате действия иных факторов (например, действий невиновного водителя), другой же водитель, напротив, может попытаться предпринять такие меры, но они окажутся недостаточными для предотвращения последствий. Ясно, что в таком случае решение вопроса об уголовной ответственности будет зависеть не от причинной связи, а от фактов иного порядка. В-третьих, в объективной стороне состава транспортного преступления недопустимо рассматривать общественно опасное деяние как сложное, т. е. слагаемое из двух действий: 1) самого нарушения правил движения и 2) принятия или непринятия мер предосторожности. Диспозиция соответствующих статей Уголовного кодекса РФ такой вывод исключает. Кроме того, деяние в таких преступлениях характеризуется общественной опасностью. Очевидно, что первое из перечисленных действий (нарушение правил движения) отличается ею всегда, второе же приобретает лишь при наступлении вредных последствий.

Поэтому мы считаем, что при совершении транспортного преступления водитель должен отвечать не за сам факт непредотвращения общественно опасных последствий, а за создание аварийной ситуации вследствие виновного нарушения правил дорожного движения или эксплуатации транспортного средства, повлекшей наступление таких последствий. В случае, если они не наступили, водитель все равно должен подлежать ответственности, правда, не уголовной, а административной. Таким образом, отсутствие у водителя технической возможности предотвратить общественно опасные последствия, наступившие вследствие нарушения им правил движения или эксплуатации, не исключает причинной связи, а значит, и уголовной ответственности. Полагаем, что в теории уголовного права и в судебно-следственной практике уместно рассматривать вопрос о технической невозможности только в отношении самого нарушения правил движения или эксплуатации. Если у водителя не оказалось технической возможности избежать нарушения таких правил, тогда он действительно не будет подлежать ответственности за причиненный вред, но не в связи с отсутствием причинной связи, а из-за отсутствия вины (ст. 28 УК). Если же аварийная ситуация возникла вследствие факторов, не связанных с нарушением водителем правил движения или

эксплуатации транспорта (например, из-за наличия неподвижного объекта в условиях ограниченной видимости либо обзорности; лица, находящегося непосредственно у края проезжей части, не контролирующего свои действия), и у водителя была техническая возможность предотвратить общественно опасные последствия, которую он не использовал, то в случае причинения вреда жизни или здоровью человека либо чужому имуществу водитель может подлежать уголовной ответственности за преступление против личности или собственности. Применительно к таким ситуациям общественно опасное деяние водителя, действительно, выражается в непринятии или принятии недостаточных мер, исключающих наступление тяжких последствий.

Далее, в п. 11 Постановления Верховного Суда РФ от 9 декабря 2008 г. сказано, что алкогольное или наркотическое опьянение лица, совершившего преступление, предусмотренное ст. 264 УК РФ, следует учитывать при назначении наказания как отрицательно характеризующее личность этого лица, умышленно допустившего нарушение п. 2.7 Правил дорожного движения, повышающее степень общественной опасности им содеянного. Вместе с тем состояние опьянения субъекта преступления, предусмотренного ст. 264 УК РФ, сегодня признано в качестве квалифицирующего признака состава этого преступления.⁴ Таким образом, данная рекомендация Верховного Суда не согласуется с действующими нормами УК РФ. Во-первых, состояние опьянения может быть вызвано употреблением не только алкоголя и наркотических средств, но и других одурманивающих веществ (ст. 23 УК). Во-вторых, двойной учет состояния опьянения в качестве квалифицирующего признака и в качестве обстоятельства, отрицательно характеризующего личность виновного, хотя формально не будет нарушением положений, предусмотренных ст. 6, 60 и 63 УК, однако на практике может привести к тому, что суды станут оценивать состояние опьянения в качестве самостоятельного обстоятельства, отягчающего наказание по смыслу ст. 63 УК, что нельзя признать ни законным, ни оправданным.

Обратимся теперь к рекомендациям Верховного Суда относительно квалификации преступления, предусмотренного ст. 266 УК (п. 17–18 Постановления от 9 декабря 2008 г.). Они лаконичны и содержательны и будут способствовать практическому разрешению спорных вопросов, касающихся недоброкачественного ремонта транспортного средства или выпуска его в эксплуатацию технически неисправным. Вместе с тем «краткость и простота» рекомендаций может вызвать дополнительные вопросы у судебной практики. Во-первых, что относить к предмету преступления, если оно совершается в форме недоброкачественного ремонта? В п. 17 Постановления сказано, что при недоброкачественном ремонте предметом преступления являются транспортные средства. Однако в ст. 266 УК РФ, наряду с транспортными средствами, к предмету недоброкачественного ремонта также относятся пути сообщения, средства сигнализации или связи либо иное транспортное оборудование. Почему Верховный Суд РФ столь существенно ограничил предмет преступления в форме недоброкачественного ремонта — разве

⁴ *Федеральный закон от 13 февраля 2009 г. № 20 // Российская газета. 2009. 18 февр.*

изменился уголовный закон? Хочется думать, что отсутствие упоминания в Постановлении других предметов преступления объясняется поспешностью, с которой была сформулирована данная рекомендация.

Во-вторых, в Постановлении подробно рассмотрены признаки субъекта преступления, предусмотренного ст. 266 УК. К их числу отнесен и такой признак, как профессиональное выполнение обязанностей по ремонту транспортных средств и контролю за их техническим состоянием. И в прежних постановлениях Верховного Суда этот признак субъекта преступления не оставался без внимания, однако ему не придавалось исключительное значение, и к субъекту преступления по ст. 266 УК также относились владельцы либо водители индивидуальных транспортных средств, разрешившие другому лицу эксплуатацию заведомо технически неисправного транспортного средства (п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 6 октября 1970 г. № 11).⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 9 декабря 2008 г., прекратив действие названного постановления на территории Российской Федерации, при этом не отнесло к субъектам данного преступления владельцев либо водителей индивидуальных транспортных средств. Вследствие этого владельцы либо водители индивидуальных транспортных средств, разрешившие другому лицу эксплуатацию заведомо технически неисправного транспортного средства, которая повлекла по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью человека или его смерть, сегодня не подлежат ответственности по ст. 266 УК. Их также нельзя привлечь и по ст. 109 или 118 УК РФ, так как непосредственным исполнителем преступления в этом случае является водитель, который был за рулем, а пособниками таких преступлений их нельзя признать, поскольку эти преступления совершаются по неосторожности. Получается, что указанные лица остаются сегодня безнаказанными. Вряд ли такой гуманизм будет способствовать предупреждению автотранспортных преступлений и проведению в жизнь принципа справедливости.

Теперь обратимся к рекомендации Верховного Суда, посвященной характеристике предмета преступления, предусмотренного ст. 166 УК (неправомерное завладение транспортным средством без цели хищения). Включив в постановление о транспортных преступлениях ст. 166 УК, Верховный Суд, видимо, послал законодателю сигнал о том, что он (законодатель) неправильно определил место данной статьи в структуре Особенной части УК РФ, и эта статья должна находиться в главе 27 УК, а не в главе 21 о преступлениях против собственности. Такая мысль возникает потому, что Верховный Суд фактически приравнял предмет преступления по ст. 166 УК к предмету преступления по ст. 264 УК, хотя в ст. 166 УК предусмотрены в качестве предмета «иные транспортные средства», а в ст. 264 УК — «другие механические транспортные средства». Вряд ли такой способ общения с законодателем можно признать удачным. Хуже, однако, то, что таким образом будет понижена эффективность борьбы с преступлениями против собственности.

⁵ Сборник действующих постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и Российской Федерации по уголовным делам. С. 494.

Рассмотрим эту рекомендацию более подробно. В п. 21 Постановления под «иными транспортными средствами» как предметом угона по ст. 166 УК предлагается понимать «механические транспортные средства», а именно троллейбусы, трактора, мотоциклы, другие самоходные машины с двигателем внутреннего сгорания или электрическим двигателем, катера, моторные лодки. Не могут признаваться иными транспортными средствами по смыслу ст. 166 УК мопеды, велосипеды, гребные лодки, гужевой транспорт и т. д.⁶ Такое понимание не соответствует, прежде всего, буквальному содержанию и юридическому определению понятия «иные транспортные средства» и фактически суживает его. Далее, такая характеристика противоречит цели, из которой исходил законодатель, по-разному формулируя предмет преступлений, предусмотренных ст. 264 и 166 УК. Поместив ст. 166 УК в главу о преступлениях против собственности, законодатель посчитал необходимым расширить перечень угоняемых средств, отнеся к ним не только механические, но и иные, т. е. немеханические транспортные средства. К последним, согласно Правилам дорожного движения (п. 1.2), принадлежат велосипеды, мопеды, мокики, имеющие двигатель объемом не более 50 куб. см и максимальную конструктивную скорость не более 50 км/ч, и другие транспортные средства с аналогичными характеристиками. Логика законодателя здесь проста и очевидна: объектом преступления при угоне является ограничение права владения собственника, которое не меняется в зависимости от того, идет ли речь об угоне мопеда или, например, трактора, хотя эти транспортные средства и имеют разные технические характеристики. Поэтому при неправомерном завладении транспортными средствами без цели хищения их технические характеристики не должны определять объект преступления, хотя и могут влиять на степень общественной опасности такого преступления в случае причинения особо крупного ущерба.⁷ Однако различие в технических характеристиках транспортных средств, безусловно, будет иметь значение, когда они выступают в качестве элемента сферы безопасности движения и эксплуатации транспорта. От технических характеристик, как правило, зависит тяжесть возможных последствий, а значит, и безопасность в сфере функционирования транспорта. Поэтому вполне обоснованным является решение законодателя не включать в предмет преступления по ст. 264 УК иные транспортные средства как не обладающие соответствующими «поражающими возможностями». Конечно, закон может быть несовершенным. Но в данном случае несовершенным его может сделать правоприменительная практика, если она пойдет по пути, предложенному в п. 21 Постановления. Заметим в этой связи, что в науке уголовного права нет единого мнения по данному вопросу.⁸ Поэтому до момента, пока

⁶ Следует отметить, что в случае вынесения перечисленных транспортных средств за скобки предмета преступления по ст. 166 УК их угон фактически станет безнаказанным.

⁷ Так как от технической характеристики транспортного средства, как правило, зависит его стоимость, а значит, и размер особо крупного ущерба (ч. 3 ст. 166 УК) в случае повреждения транспортного средства в процессе угона.

⁸ *Российское уголовное право. Курс лекций. Т. IV: Преступления в сфере экономики / под ред. А. И. Коробеева. Владивосток, 2000. С. 68–69; Яни П. С. Мошенничество и иные преступления против собственности: уголовная ответственность. М., 2002. С. 120.*

законодатель не изменит трактовку предмета преступления в ст. 166 УК и ее местонахождение в структуре Особенной части УК, рекомендация Верховного Суда по «иным транспортным средствам в ст. 166 УК РФ» представляется некорректной.⁹

К сожалению, в рассматриваемом Постановлении не нашлось места вопросу квалификации преступления, предусмотренного ст. 267 УК. Данное преступление выражается в действиях, направленных на разрушение, повреждение, приведение в негодное для эксплуатации состояние всех видов транспорта и сопутствующего ему технического оборудования, а также в блокировании транспортных коммуникаций, если такие действия повлекли причинение крупного ущерба, тяжкого вреда здоровью человека, смерти одного или более лиц. Хотя количество реальных уголовных дел по этой статье исчисляется тремя десятками в год, это, конечно, только небольшая часть фактически совершаемых преступлений, имеющих очевидную негативную динамику. Для квалификации этого преступления сложными остаются два вопроса: во-первых, что понимается под «крупным ущербом» в качестве одного из последствий преступления и, во-вторых, какова форма вины в составе преступления?

Разрушение, повреждение или приведение в негодное состояние иным способом всех видов транспорта и сопутствующего ему технического оборудования совершается в тот момент, когда транспортные средства и другие предметы преступления находятся в процессе их использования по прямому хозяйственному назначению. Если же разрушение или повреждение перечисленных предметов происходит во время их ремонта (например, автомобиля на станции технического обслуживания, морского судна в доке), то такие действия нельзя квалифицировать по ст. 267 УК, так как транспортное средство еще не поступило в эксплуатацию.¹⁰ Таким образом, вторичным конститутивным последствиям, например крупному ущербу, практически всегда предшествуют первичные последствия, поглощающие результат разрушения или повреждения транспортных объектов, выступающие в форме уничтожения или повреждения имущества (например, полное уничтожение транспортного средства, повреждение рельсовых путей и т. п.). Нередко имеется даже разрыв во времени между наступлением первичных и вторичных последствий. В тех случаях, когда наступили первичные последствия, а вторичные отсутствуют, уголовная ответственность по рассматриваемой статье невозможна, хотя содеянное при соответствующих условиях можно квалифицировать как умышленное уничтожение или повреждение чужого имущества (ст. 167 УК).

Что касается размера и содержания такого последствия, как крупный ущерб, то оно является оценочным понятием. При его определении следует руководствоваться следующими критериями. Во-первых, такой

⁹ Возможно, что Верховный Суд озабочен вопросом квалификации преступления, если в процессе управления угнанным «иным транспортным средством» будет допущено нарушение правил безопасности движения, повлекшее по неосторожности тяжкие последствия. Полагаем, что квалификация таких действий по совокупности ст. 166 и 268 УК в достаточной мере учитывает степень опасности совершаемого преступления.

¹⁰ В таком случае уголовная ответственность при наличии соответствующих признаков состава преступления возможна по ст. 167 УК.

ущерб всегда материальный. Во-вторых, этот ущерб складывается из первичных и вторичных имущественных последствий и на сегодняшний день должен составлять не менее 250 тыс. рублей. В-третьих, «цена» ущерба может включать не только имущественный ущерб, наступивший непосредственно от разрушения или повреждения транспортных объектов, предусмотренных в диспозиции указанной статьи, но и последовавший за ним так называемый экологический, или организационный, вред (например, ущерб от простоя вагонов, водных и воздушных судов, от загрязнения природной среды). Наконец, при установлении крупного ущерба следует учитывать причиненный преступлением вред здоровью потерпевших. Хотя в диспозиции статьи говорится о крупном ущербе, под которым обычно принято понимать имущественный вред, мы полагаем, что одной из его составляющих может быть и вред здоровью потерпевшего (потерпевших). Такой вывод нам представляется криминологически обоснованным после исключения из ст. 267 УК РФ последствия в виде причинения вреда здоровью средней тяжести, так как это позволит компенсировать допущенную законодателем ошибку в декриминализации причинения по неосторожности вреда здоровью средней тяжести.

Вина в рассматриваемом преступлении на практике трактуется как неосторожная. Однако мы полагаем, что есть основания рассматривать такое преступление как преступление с двумя формами вины.¹¹ Содержание вины будет следующее: лицо осознает, что путем разрушения, повреждения, блокирования транспортных средств, путей сообщения, средств сигнализации или связи, другого транспортного оборудования уничтожает или повреждает чужое имущество, предвидит возможность, а часто и неизбежность наступления вследствие этих действий имущественного ущерба, и желает либо сознательно допускает его наступление. Что касается последствий вторичного порядка, предусмотренных в ст. 267 УК, лицо без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывает на их предотвращение либо не осознает возможности их наступления, хотя должно было и могло их предвидеть исходя из характера совершенных действий. С учетом того, что общественно опасные действия, предусмотренные данной статьей, нередко совершаются группой лиц (например, при блокировании транспортных коммуникаций), предлагаемая трактовка вины позволит привлекать этих лиц к ответственности за соучастие в преступлении, что будет способствовать повышению неотвратимости ответственности и справедливости наказания.

¹¹ Такой позиции придерживаются многие ученые (см., напр.: *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации*. М., 1998. С. 621–622; *Практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации*. М., 2001. С. 667; *Тяжкова И. М.* Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности. С. 172).

СТРУКТУРНО-ФУНКЦИОНАЛЬНЫЙ ПОДХОД В РАЗРАБОТКЕ КРИМИНОЛОГИЧЕСКОГО ПОНЯТИЯ «УЛИЦА»

В. Н. ШИХАНОВ



Шиханов Владимир Николаевич,
к. ю. н., старший преподаватель
кафедры уголовного права
и криминологии
Восточно-Сибирского института
МВД России

Традиционной криминологической проблемой, особенно в крупных населенных пунктах, является уличная преступность. По ее уровню большинство граждан оценивает степень общественной безопасности и качество работы правоохранительных органов. На протяжении последних 7 лет официальная статистика регистрирует неуклонное увеличение удельного веса преступлений, совершенных на улице, несмотря на принимаемые меры профилактики и постоянное внимание к этой проблеме со стороны милиции общественной безопасности. В этих условиях актуальным является поиск новых подходов к исследованию феномена уличной преступности и отысканию методов ее контроля.

Методологическим правилом современной науки является требование точного определения объекта и предмета исследования, сопровождающегося выяснением признаков изучаемого явления, а также его максимально полным описанием путем построения дефиниции. Поэтому разработка криминологического понятия «улица» имеет большое значение для идентификации уличной преступности как специфической подсистемы общей преступности, равно как и для выработки мер ее профилактики.

К настоящему времени в России проведен ряд комплексных монографических исследований уличной преступности, авторами предложены различные определения «уличной преступности» и «улицы». Анализ предельных определений позволяет прийти к выводу, что в отечественной криминологии улица определяется через территориальный аспект — это открытое для доступа инфраструктурное пространство, находящееся вне жилых или нежилых помещений, огороженных территорий и помещений, где человек вступает в различные межличностные контакты.¹ Уличная

© В. Н. Шиханов, 2009

¹ Гришин А. Н. Уличная преступность и ее профилактика службой милиции общественной безопасности в условиях крупного города. Дис. ... к. ю. н. СПб., 1998. С. 25;

преступность определяется как совокупность преступлений, которые совершаются на улице,² либо специфическая статистическая совокупность, относительно самостоятельная система преступлений, существующая в пределах уличного пространства,³ либо свойство общества производить массу уличных преступлений.⁴

Все авторы сходятся во мнении, что улице и уличной преступности присущи такие признаки, как анонимность поведения⁵ и пассивность граждан по отношению к пресечению правонарушений.⁶ Последний признак обычно объясняется как результат деформации правосознания населения, настроений безразличия к окружающим, чувства безысходности и страха перед преступностью.

Вне всякого сомнения проделанная работа по изучению уличной преступности позволила получить новые достоверные научные сведения об этом явлении. Вместе с тем получивший распространение территориальный подход обладает рядом существенных недостатков. Проблема кроется в методологической особенности самой постановки вопроса, а отсюда — в дефиниции улицы и уличной преступности. Ведь от того, как описано изучаемое явление, как «предзадан» предмет исследования, зависят и все последующие определения, выводы и конечные результаты.

Например, анонимность поведения и пассивность граждан оказываются как бы в стороне, поскольку они констатируются как данность, а их системные связи со сферой улицы и уличной преступностью четко не описаны. В результате первое явление приближается к атрибутивно-му признаку системы уличной преступности и прежде всего относится к самой улице, а второе выглядит проходящим и поддающимся нейтрализации с помощью работы над нравственностью и правосознанием населения.

Констатируемые в специальной литературе признаки и особенности уличной преступности, существование которых не объясняется общей схемой или гипотезой, побудили нас к переосмыслению этой проблемы. В настоящей статье предлагаются результаты анализа улицы как ключевой категории для выявления особенностей уличной преступности с позиции структурно-функционального подхода. Одновременно будет

Кивич Ю. В. Криминологическая характеристика и предупреждение уличной преступности в условиях крупного города. Дис. ... к. ю. н. М., 1999. С. 19–21, 27 и др.

² *Золотухин С. Н.* Уличная насильственная преступность и ее предупреждение: по материалам Уральского региона. Дис. ... к. ю. н. Челябинск, 2004. С. 8; *Кивич Ю. В.* Криминологическая характеристика и предупреждение уличной преступности... С. 10.

³ *Гришин А. Н.* Уличная преступность и ее профилактика... С. 34–35.

⁴ *Шмаренков М. В.* Криминологический аспект уличной преступности в мегаполисах. Дис. ... к. ю. н. СПб., 2004. С. 8.

⁵ *Гришин А. Н.* Уличная преступность и ее профилактика... С. 25, 27–28; *Золотухин С. Н.* Уличная насильственная преступность и ее предупреждение. С. 36–37; *Кивич Ю. В.* Криминологическая характеристика и предупреждение уличной преступности... С. 15–16, 22–24.

⁶ *Гришин А. Н.* Уличная преступность и ее профилактика... С. 30–31; *Кивич Ю. В.* Криминологическая характеристика и предупреждение уличной преступности... С. 24–25; *Шмаренков М. В.* Криминологический аспект уличной преступности в мегаполисах. С. 20.

проводиться сопоставление полученных результатов с особенностями социального контроля в сфере улицы в интересах отыскания закономерностей его распределения, а также получения выводов о перспективных направлениях профилактики уличной преступности с рассматриваемых методологических позиций.

Неполнота описания феномена улицы обусловлена, на наш взгляд, тем, что сам по себе территориальный признак не является для этого достаточным. Иными словами, если улица в большинстве толковых словарей определяется как определенная территория, пространство между домами и т. д., то это вовсе не означает, что подобное определение полностью пригодно для криминологических исследований. Неизбежное в этом случае механическое объединение всех преступлений, которые совершены на очерченной исследователями территории, является весьма условным, а полученный результат может восприниматься как самостоятельная система лишь с большими оговорками и погрешностями.

Успешная борьба с преступностью предполагает осознание ее как системы, для того чтобы, обнаружив закономерности функционирования и уязвимые элементы, выработать меры адекватного воздействия на нее.

Современная правовая наука, социология, социальная психология и педагогика позволяя считать преступность сложной открытой социальной системой: она немыслима вне человеческого общества, ее динамические характеристики коррелируют с историческими закономерностями развития общества, культуры, экономическими формациями; ее проявления имеют признаки повторяемости, т. е. эта система относительно устойчива и воспроизводится. Более того, в основе подавляющего большинства конкретных преступлений лежат отношения (взаимодействия) между людьми, поэтому описание преступности как системы с необходимостью должно затрагивать не только структурную, но и функциональную сторону вопроса.

Так, З. А. Янкова рассматривает улицу как территориальную общность людей, постоянно встречающихся на транспорте, в общественных местах, соседей по жилкому комплексу.⁷ Как видим, в основу определения положен признак взаимодействия — улица уже является не территориальным, а социальным пространством, общностью людей в определенных границах. Функциональный признак здесь является ведущим и лишь дополняется территориальным.

В педагогике, а также в некоторых словарях русского языка улица определяется как влияние группы людей или отдельных лиц на те или иные контингенты людей, оцениваемое отрицательно ввиду преобладающего конформизма⁸ либо отсутствия культурного влияния семьи и прогрессивного общества.⁹ В этом случае речь также идет об общностях индивидов, однако на первый план выдвигается уже не признак взаимодействия, а субкультура наиболее устойчивых общностей индивидов

⁷ Янкова З. А. Формирование личности в быту // Социальные исследования. Методические проблемы исследования быта. Вып. 7. М., 1972. С. 17–28.

⁸ Гришин А. Н. Уличная преступность и ее профилактика... С. 24.

⁹ Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1984. С. 738.

(групп), находящихся на улице, и ее влияние, а также последствия взаимодействия индивидов на улице, в том числе культурного влияния групп.

С точки зрения криминологии в первом случае предметом исследования является интеракция (взаимодействие), концепция которой активно применяется в зарубежной криминологии с 1960-х годов, а в России с 1970 — 1980-х годов, в первую очередь в виктимологических исследованиях; во втором случае это улица как набор ближайших причин и условий преступности.¹⁰

Таким образом, функциональный подход к описанию улицы и исследованию уличной преступности позволяет подробнее описать рассматриваемую проблему и включить в поле исследования новые явления. Благодаря учету функциональной составляющей улице можно рассматривать как сферу, или среду, в которой существует уличная преступность и которой во многом предопределяются функциональные особенности последней.

С позиции избранного методологического подхода для криминологии улица распадается на две составляющие:

1) набор ситуаций взаимодействия (типичных — конкретных жизненных ситуаций).¹¹ А. Н. Гришин отмечает, что именно в виде набора таких типичных ситуаций функционирует уличная среда,¹² которую можно назвать совокупностью условий, способствующих реализации криминальных потенций;

2) совокупность причин и условий противоправного поведения (специфичное культурное поле).

Изучение улицы в таком разрезе позволяет глубже понять ее особенности, а также — с позиций социального контроля — возможности воздействия на поведение людей и уличное культурное поле. Конечно, для полного описания улицы необходимо учитывать и территориальный признак, однако и он должен быть преломлен через функциональный подход. В этом смысле определить границы улицы — значит ответить на вопрос: как и зачем отделяется «неуличное» от уличного.

Опираясь в основном на территориальный признак, большинство исследователей *de facto* ведут речь об улице как о сфере, где несут службу наряды милиции общественной безопасности, осуществляющие охрану общественного порядка. Это взгляд управленца по вопросам организации государственного контроля за поведением людей на улице. Такая позиция не всегда пригодна как основание криминологического исследования, поскольку при этом многие вопросы остаются незатронутыми. Предпочтительнее, если выводы о совершенствовании профилактической работы милиции общественной безопасности или общественных организаций, поддерживающих правопорядок в общественных местах, вытекают из результатов исследования особенностей уличной преступности, с тем чтобы

¹⁰ Кузнецова Н. Ф. Проблемы криминологической детерминации. М., 1984. С. 13.

¹¹ Антонян Ю. М. Роль конкретной жизненной ситуации в совершении преступления. М., 1973. С. 6–7.

¹² Гришин А. Н. Уличная преступность и ее профилактика... С. 16.

четко представлять возможности профилактики, оптимальные формы ее организации, а также наиболее сильные и слабые стороны.

Поскольку мы пытаемся определить уличную преступность как систему, найти закономерности поведения людей (в том числе и преступного) на улицах, постольку необходимо взглянуть на проблему с противоположных позиций — с точки зрения индивида, и уже тогда связывать ее с особенностями социального контроля.

Такой взгляд на понимание улицы соотносится с культурой, особенностями социальной структуры общества, историей и правом, а также с сущностью социального контроля. Под последним понимается установление общих правил поведения индивидов,¹³ институционализированных на разных уровнях: нормы морали — общие, отдельных групп, индивидов; публичное право, частное право. Чем более регламентировано поведение, тем меньше свобода поведения индивида и выше потенциал социального контроля (при условии, что эти правила поддерживаются большинством индивидов), особенно если соблюдение правил поведения обеспечивается еще и принудительной силой (например, силами органов правоохранительных органов).

Именно с этих позиций с учетом структурно-функционального подхода к определению улицы следует рассматривать характеристики и возможности профилактики уличной преступности. Как будет показано далее, особенности социального контроля и его уровень являются одним из ключевых моментов в определении улицы.

Люди строят дома, чтобы отгородиться от других индивидов и создать условия для избирательности своих отношений (контактов) с ними в среде обитания. Находясь дома, человек выходит из-под влияния формализованного социального контроля и может быть самим собой, сократив набор выполняемых социальных ролей до минимума, как правило, до внутрисемейных. Здесь действует набор норм конкретной социальной микрогруппы — семейная корпоративная культура либо индивидуальная культура жильца.

К себе домой человек допускает индивидов, с которыми он желает вступить в отношения взаимодействия и которые соответствуют «домашней» культуре, принимают ее, а поэтому будут вести себя согласно ожиданиям хозяина. «Фильтрация» потенциальных контрагентов взаимодействия осуществляется на различных принципах: учитываются цели, которые преследует индивид, претендующий на взаимодействие; набор знаков, свидетельствующих о принадлежности к той или иной социальной общности, и др. Такая избирательность позволяет на ограниченной, безусловно либо условно огражденной территории формировать общности, члены которых преследуют общие либо взаимодополняющие цели.

По такому принципу «отгораживаются» граждане в квартирах, клубах, члены трудовых коллективов на работе (в офисах) и т. д. Двери с замками, электронные пропускные системы либо охрана выполняют роль

¹³ Антонов А. Д. Теоретические основы криминализации и декриминализации. Дис. ... к. ю. н. М., 2001. С. 13; Игошев К. Е. Социальный контроль и профилактика преступлений. Горький, 1977. С. 30.

«клапанов», обеспечивая функционирование фильтрационной системы в отношении индивидов, претендующих на взаимодействие с представителями огороженной территории или общности. Это позволяет максимально гармонизировать отношения в рамках оговоренного замкнутого или условно обозначенного пространства и достигать высокого уровня социального контроля над индивидами, включенными в эту общность, а также создавать ощущение безопасности.

Высокий уровень социального контроля, таким образом, обеспечивается за счет наличия корпоративной либо индивидуальной культуры — специфического набора социальных норм, которых придерживаются все члены общности для совместного достижения целей.

Для защиты территории общности, где существует и поддерживается корпоративная культура, принимаются различные меры. Так, с древнейших времен большинством цивилизаций жилище считалось неприкосновенным и охранялось жесткими мерами либо делегированием хозяину права причинять вред посягающему лицу. Отсюда же крылатая фраза «Мой дом — моя крепость» и соответствующие нормы Конституции РФ и Особенной части УК РФ.

Специфика деятельности некоторых организаций (банков, нотариальных контор и др.) определяет особенности индивидов, которые посещают их: наличие совпадения целей деятельности и стремление к взаимному удовлетворению потребностей, т. е. к успешному взаимодействию индивида и представителей организации. Посетители добровольно включаются в определенные рамки корпоративной культуры — установленные правила поведения, чем также обеспечивается повышенный уровень социального контроля.

Для вхождения в клубы устанавливаются правила: денежный ценз, *face-control* и т. п. Служебные помещения охраняются надписями «Посторонним вход воспрещен», сотрудниками охраны и т. д. Люди, прошедшие через эти фильтры, как правило, соответствуют стереотипу члена соответствующей общности, а сам проход на защищенную территорию является актом добровольного принятия ее правил.

В таком случае улица — это та среда взаимодействия, где люди не имеют возможности «отфильтровать» набор потенциальных контрагентов интеракции и заставить окружающих вести себя согласно собственным представлениям о должно-дозволенном. В условиях крупных населенных пунктов количество претендентов на взаимодействие весьма велико и носит случайный характер, чем объясняется высокая анонимность, характерная для уличных отношений.

Граждане, перемещающиеся по улицам городов только в личном или служебном автотранспорте, проживающие в частных или охраняемых малоквартирных домах и посещающие только заведения с ограниченным доступом (с «фильтрами»: работа, проведение досуга), с указанных криминологических позиций на улице не бывают, хотя и выходят периодически на открытое пространство.

Уличные акты взаимодействия по большей части непродолжительны во времени, нередко случайны и регулируются общими правилами этикета и общежития, которые порою недостаточно конкретизированы,

не всеми поддерживаются, а также характеризуются отсутствием четкого распределения прав и обязанностей. Этим объясняется и тот факт, что на улице люди менее общительны, с ними сложнее установить тесный контакт (например, познакомиться), ведь «фильтрация» контрагентов интеракции обеспечивается в основном за счет скоротечности и формальности реакций на стихийно возникающие акты взаимодействия.

Отсюда же вытекает констатируемый многими исследователями феномен пассивности очевидцев в людных местах, даже если правонарушитель один. Прохожие — это множество людей, находящихся на улице поодиночке, которые стремятся сократить количество и длительность стихийно возникающих контактов, а поэтому, как правило, не способны дать адекватный отпор правонарушителям. По этой причине групповые правонарушения на улице с точки зрения преступников имеют высокую степень эффективности, редко встречая организованное сопротивление. Столкнувшись с противодействием группа имеет возможность интенсификации агрессии и обладает большими шансами на успех ввиду стремления к достижению общей цели и своей сплоченности в противовес разобщенной толпе прохожих. В местах же, где люди прошли «фильтрацию» и включились в корпоративную культуру, их активность гораздо выше: появляется элемент сплоченности, набор индивидов становится группой, удовлетворяющей общие для всех интересы, отчего они активно противодействуют нарушителям существующего порядка.

Поведение индивидов, нарушающее существующие установления корпоративной культуры, дает основания исключить их из общности и выдворить за рамки территории ее функционирования. Поэтому, как отмечают некоторые криминологи, на территории увеселительных заведений и в местах массовых мероприятий уровень правонарушений низок, однако за их границами он выше в десятки раз.¹⁴ Следует добавить, что этот уровень неравномерен в пространственном отношении, снижаясь по мере удаления от границ увеселительных заведений. Такой контраст может быть объяснен как раз вытеснением конфликтующих сторон за территорию заведения. Дальнейшее поведение бывших посетителей и исход возникшего между ними конфликта ни сотрудников охраны, ни оставшихся посетителей, как правило, не интересует.

С другой стороны, вокруг увеселительных заведений или мест массового досуга концентрируется большое количество людей, претендующих на интеграцию в ограниченную общность. Это скопление людей значительно увеличивает «уличность» — набор неотфильтрованных потенциальных контрагентов взаимодействия с разнонаправленными целями деятельности.

Как это ни парадоксально, но с рассматриваемых позиций к улице следует отнести, например, подъезды домов, в особенности многоквартирных, хотя традиционно исследователи с этим не согласны. Например, Ю. В. Кивич, называя отнесение подъездов и скверов вокруг зданий к улицам интуитивными ошибками практикующих милиционеров,

¹⁴ *Волошина Л. А.* Криминологические проблемы сферы досуга // Влияние социальных условий на преступность. М., 1983. С. 110.

отмечает, что главный признак улицы — открытое пространство.¹⁵ Это есть яркий пример взгляда на проблему с позиции управления нарядами по охране общественного порядка, основанной на сугубо территориальном признаке. Находясь в подъезде, индивид не может в достаточной степени осуществлять «фильтрацию» контрагентов, с которыми стихийно, помимо его воли складываются отношения взаимодействия. Это положение подтверждается и на практике: в подъездах, в лифтах, на лестничном пространстве нередко совершаются грабежи, разбои, насильственные преступления.

Здесь можно возразить, что подъезд подъезду рознь. Все дело в том, что наличие элементов корпоративной культуры и уровень социального контроля в рассматриваемых случаях прямо пропорциональны длительности проживания (оседлости) жильцов и обратно пропорциональны этажности дома, а также степени социальной дифференциации жильцов. Например, ведомственные дома характеризуются высоким уровнем социального контроля, поскольку там присутствует корпоративная культура, как правило, высока оседлость жильцов (следовательно, мала анонимность отношений — люди знают друг друга), а сами жильцы принадлежат одной социальной группе, построенной по профессиональному признаку. Обеспечивают фильтрацию также охрана подъездов в домах и домофоны, что позволяет повышать уровень социального контроля и снижать степень «уличности» этого пространства.¹⁶

Итак, с позиций криминологии следовало бы относить подъезды и лифты к улице. В противном случае из поля исследования искусственно исключаются преступления, совершаемые в подъездах и лифтах: их нельзя отнести к квартирным, однако и уличными они не признаются. Считать такие преступления самостоятельным видом преступности, по нашему убеждению, было бы методологически неверно.

Теперь преломим два упомянутых нами функциональных аспекта улицы через полученный территориальный признак.

В таком криминологическом понимании улица — это, во-первых, пространство с неопределенным набором потенциальных участников стихийно складывающихся отношений взаимодействия с разнонаправленными целями деятельности. Вследствие устойчивых характеристик культуры, исторических особенностей развития экономических отношений и архитектурной организации пространства взаимодействие индивидов представляет собой набор типичных (повторяющихся в общих чертах) конкретных жизненных ситуаций. Во-вторых, улица представляет собой специфическое культурное поле. Его особенность также не в последнюю очередь обусловлена территориальным признаком — нахождением за рамками институционализированного ограниченного для доступа либо условно обозначенного пространства, предназначенного для создания

¹⁵ Кивич Ю. В. Криминологическая характеристика и предупреждение уличной преступности... С. 20–21.

¹⁶ Это представляется общеизвестным и получило освещение в рамках развивающейся архитектурной криминологии. Положительный опыт в этом направлении накоплен жителями Петрозаводска: *Божкова Е. А. Безопасность // Информационный портал «Женщина и общество»: <http://www.owl.ru/content/news/vestnik/p54762.shtml> (2009. 7 марта).*

и функционирования тех или иных общностей индивидов со своей корпоративной культурой. Рассмотрим этот аспект улицы подробнее.

С сугубо пространственных позиций уличное пространство позволяет формировать группы, действовать в группе и поддерживать групповое взаимодействие между большим количеством индивидов одновременно. Как специфическая функциональная среда улица позволяет находиться, с одной стороны, в поле формализованного, пониженного социального контроля, а с другой — в среде большого количества индивидов со слабыми функциональными связями между собой и в условиях повышенной анонимности. Такой набор индивидов (случайных прохожих на улице) нередко называют «серой массой». Это обстоятельство как раз и означает нахождение за рамками действенного социального контроля со стороны институционализированных групп (семья, школа, трудовой коллектив). В результате формирующиеся группы, действующие на улице, имеют достаточно возможностей создать и поддерживать свою корпоративную культуру.

Именно представители таких групп являются носителями «уличной» субкультуры, а не сама по себе улица, ибо существование этой культуры немислимо за рамками человеческого сознания. Кроме того, многочисленные индивиды, находящиеся в данный момент на улице, принадлежат к разным микрогруппам и их культурным особенностям, а поэтому могут быть объединены лишь по самым общим стереотипам поведения. Уместно заметить, что последние могут не поддерживаться индивидами и не представляют конкуренции субкультуре сплоченных групп.

Важно и то, что любое пространство, где функционируют люди, является структурированным: разные социальные группы на уровне своей осознанной деятельности преобразуют его тем или иным образом. Преобразование может происходить материально или идеально — в сознании индивидов. В этом проявляется универсальность (многомерность) улицы как функциональной среды: люди находятся в сфере функционирования множества субъективных реальностей, создаваемых и опредмечиваемых в процессе социально-значимой деятельности отдельных индивидов и общностей.

Например, жители дифференцируют пространство и себя по районам и микрорайонам населенного пункта, а также по улицам и домам; органы исполнительной власти, местного самоуправления, учреждения здравоохранения, суды и т. д. — по зоне обслуживания. Группы преступников и всевозможные молодежные группы нередко дифференцируют себя по территории влияния. При этом отмечаются конфликты по перераспределению сфер влияния либо в связи с нахождением чужака на своей территории. Базовыми для дифференциации и взаимной идентификации являются, как правило, усвоенные индивидами координаты и названия внутри населенного пункта (улицы, микрорайоны), позволяющие определить основания для интеграции и нахождения границ территории, а также набор знаков, символов, которые могут помочь территориальной (например, разница в цвете домов) или транстерриториальной дифференциации (хиппи, панки, болельщики спортивных клубов, пронацистские, антифашистские группы и проч.).

Поэтому улица как специфическое культурное поле (набор причин и условий) — неравномерное пространство, которое может быть структурировано по территориальным границам или привычным местам времяпрепровождения тех или иных групп, поскольку представители этих групп являются носителями соответствующей субкультуры, в том числе уличной. Влияние субкультуры этих групп отмечается на «подведомственной» территории и прерывается за ее пределами.

По нашему убеждению, рассмотрение улицы с позиций структурно-функционализма в криминологии открывает перед исследователем ряд новых возможностей для изучения уличной преступности, которые могут послужить повышению эффективности социального контроля над ней. Приведем ряд выводов, которые вытекают из полученного определения улицы.

Рассматривая улицу как набор типичных ситуаций взаимодействия (конкретных жизненных ситуаций), с позиций интеракционистской концепции во внимание следует принять направленность деятельности контрагентов: «важно установить, в какой из систем совершены преступления: в системе, когда человек как субъект преступления остается под влиянием вещей, материальной действительности, или же в системе непосредственных контактов человека с человеком».¹⁷

Отсюда, уличная преступность может быть представлена в качестве двух относительно самостоятельных подсистем со своими особенностями существования и развития: насильственной и корыстной. Их не следует смешивать уже хотя бы ввиду особенностей детерминирующих факторов, мотивации взаимодействия и типичных конкретных жизненных ситуаций.

Эти выводы согласуются и с пониманием улицы как культурного поля, состоящего из сфер влияния различных общностей: насильственные и корыстные преступления соотносятся с территорией и характером деятельности групп — носителей различных субкультур.

Соотнесение двух обозначенных нами аспектов улицы с сущностью и целями социального контроля позволяет говорить и об особенностях профилактического воздействия на уличную преступность. Во-первых, для изучения уличной преступности и выработки мер ее профилактики в рамках конкретного криминологического исследования следует исходить не столько из административно-территориального деления населенного пункта или сфер обслуживания правоохранительных органов, сколько из результатов анализа сфер влияния субкультур различных групп, а также особенностей этих субкультур.

Во-вторых, значительного эффекта можно достичь за счет снижения «уличности» окружающего пространства (установления «фильтров» и снижения социокультурной дифференциации в пределах конкретных территорий, перераспределения концентрации сил правопорядка на границах «замкнутых» территорий отдельных общностей и т. д.) в целях сокращения пространства с набором неограниченного количества

¹⁷ Бафия Е. Проблемы криминологии: диалектика криминогенной ситуации. М., 1983. С. 93.

потенциальных контрагентов взаимодействия, характеристики и цели которых не зависят от желания индивида.

В-третьих, методы контроля насильственной и корыстной составляющих уличной преступности не могут полностью совпадать: эти подсистемы требуют дифференцированного подхода. Наиболее сложно оказать влияние на корыстную уличную преступность: реорганизация уличного пространства и уличное патрулирование¹⁸ могут явиться лишь вспомогательными профилактическими средствами, поскольку не влияют на ведущие детерминирующие факторы и сами по себе будут вызывать со стороны преступности стремление «приспособиться» к новым условиям, т. е. система будет искать выход для своего потенциала.

Следует отметить, что официальная статистика уличной преступности, даже с поправками на латентность и прочие искажения, отражает иное явление, нежели то, которое определяется в результате применения структурно-функционального подхода. Более того, неясность в определении статистической единицы «уличное преступление», вызванная применением одного лишь территориального аспекта в понимании улицы, влияет на правила статистического учета уличной преступности и содержание получаемой информации. Это положение, на которое справедливо указывают исследователи,¹⁹ негативно отражается на юридической науке и правоохранительной практике и также требует переосмысления.

¹⁸ Об устаревании концепции патрульной деятельности полиции см.: *Егер Р. Р.* Новые формы организации деятельности полиции // Переводы материалов о практике деятельности правоохранительных органов зарубежных стран. Вып. 37. М., 2006. С. 27–39.

¹⁹ *Гришин А. Н.* Уличная преступность и ее профилактика... С. 22–23; *Шмаренков М. В.* Криминологический аспект уличной преступности в мегаполисах. С. 11–12.

«Я ВИНОВЕН!»: ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ЗНАЧЕНИЕ СОБСТВЕННОГО ПРИЗНАНИЯ ВИНЫ В СОВРЕМЕННОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РОССИИ

С. А. НОВИКОВ

В науке и практике уголовного процесса есть темы, которые всегда будут пользоваться повышенным вниманием и вызывать самый живой интерес. Одна из таких тем — признание обвиняемым своей вины в совершенном преступлении. Человек публично заявляет: «Я виновен! Я совершил преступление и готов рассказать, как это произошло!». Каковы же последствия подобного заявления с точки зрения доказывания вины, может ли опираться на него обвинитель?

«Когда кто признается, что он виновен, тогда дальнейшего доказывания не требуется, поскольку собственное признание есть лучшее свидетельство всего света». Фразу эту, взятую из Краткого изображения процессов или судебных тяжб 1715 г.¹ и чуть переделанную на современный лад, хорошо помнят и часто цитируют отечественные процессуалисты, характеризуя процесс доказывания в Средневековье. Не только в России, но и за рубежом показание обвиняемого при признании им своей вины (обычно под пыткой) считалось несколько веков назад лучшим доказательством, «царицей доказательств» (*regina probationum*), однозначно решавшим вопрос о виновности. *Optimus testis confitens reus*² — вот формула, известная еще римскому праву. Остальные же показания обвиняемого, за исключением разве что свидетельства о виновности других лиц, мало интересовали суд как показания лица подозреваемого.

Рассуждая о роли собственного признания вины в уголовном процессе, исследователи любят приводить и другую цитату — слова «сталлинского прокурора» А. Я. Вышинского о том, что по уголовным делам об антисоветских, контрреволюционных организациях и группах объяснения обвиняемого «неизбежно приобретают характер и значение



Новиков
Сергей Александрович,
к. ю. н., доцент кафедры
уголовного процесса
и криминалистики юридического
факультета СПбГУ

© С. А. Новиков, 2009

¹ Российское законодательство X–XX веков. В 9 т. Т. 4 / под ред. А. Г. Манькова. М., 1986. С. 408–425.

² Признание обвиняемого — лучший свидетель (лат.).

основных доказательств, важнейших, решающих доказательств».³ При этом, правда, не все процессуалисты помнят, что в том же произведении А. Я. Вышинским замечено: «История судебных процессов знает немало случаев так называемых самооговоров, совершаемых обвиняемым под влиянием самых разнообразных мотивов... Обвиняемый может сознаваться или не сознаваться, давать правдивые или лживые объяснения, участвовать в следствии или не участвовать, — от этого ни в какой мере не должны зависеть ни ход следствия, ни его результаты... Несомненно, следствие может только выиграть, если ему удастся свести объяснения обвиняемого на уровень обычного, рядового доказательства, устранение которого из дела неспособно оказать сколько-нибудь решающего влияния на положение и устойчивость основных установленных следствием фактов и обстоятельств».⁴

Так было в прежние времена. Интересно, а не стóит ли нам сегодня, уже в XXI в., вовсе игнорировать заявление человека о собственной виновности, не наделяя его доказательственной силой? Может ли в современном уголовном процессе России чье-либо самоизобличающее заявление рассматриваться как обвинительное доказательство? Постаремся найти ответы на поставленные вопросы.

Лицо, подвергающееся уголовному преследованию, должно иметь и сейчас в действительности имеет реальную возможность высказаться по поводу возникшего подозрения или предъявленного обвинения. Это важнейшее условие реализации права такого лица на защиту. Не случайно право каждого человека знать, в чем именно он подозревается или обвиняется, и незамедлительно выразить отношение к подозрению (обвинению) закреплено не только во внутреннем законодательстве нашей страны, но и на международном уровне.⁵

Однако не следует путать право высказаться по поводу начавшегося преследования с обязанностью давать показания против самого себя. Никто не должен принуждаться к даче самоизобличающих показаний или объяснений (*nemo tenetur accusare se ipsum*).⁶ Как заметил по этому поводу дореволюционный правовед Л. Е. Владимиров, «принять другое руководящее положение — значит признать, что бывают случаи, когда человека можно законом принудить к самоубийству».⁷ Схожую позицию по прошествии полувека отстаивала В. И. Каминская: «Органы следствия и суда, допрашивая обвиняемого, заинтересованы в том, чтобы получить достоверное доказательство... Поскольку же обвиняемый — лицо, более всех заинтересованное в исходе дела, достоверными его показания могут быть только при условии их добровольности».⁸ Приведенный тезис уточнен В. З. Лукашевичем: «Когда обвиняемый субъективно не желает давать

³ Вышинский А. Я. Теория судебных доказательств в советском праве. М., 1950. С. 264.

⁴ Там же. С. 261–263.

⁵ См., напр., п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.

⁶ Никто не обязан сам себя обвинять (*лат.*).

⁷ Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула, 2000. С. 324.

⁸ Каминская В. И. Показания обвиняемого в советском уголовном процессе. М., 1960. С. 35.

заведомо ложных показаний... то соблюдение требования о добровольности его показаний очень важно для обеспечения их достоверности».⁹

Но представим, что кто-либо добровольно принимает решение рассказать о своем отношении к совершенному преступлению: или заявляет о собственной невиновности, замечая, например, что потерпевший сам начал драку; или, напротив, признает свою вину, подробно рассказав, как совершал преступление и прятал его следы. Вправе ли мы, демонстративно отстранившись от сообщенных сведений и полностью игнорируя их, продолжать самостоятельный поиск значимых сведений так, как будто обвиняемый нам ни о чем не сообщал? Среди отечественных юристов есть те, кто отвечает на этот вопрос положительно. В частности, Р. Куссмауль всерьез предложил вообще исключить показания подозреваемого, обвиняемого из числа доказательств, что, по его мнению, позволит избежать незаконного воздействия на названных субъектов при получении показаний.¹⁰ Понять мотивы подобного предложения можно: это неминуемый и резкий ответ прежней абсолютизации «признательных показаний», которая и сегодня до конца не изжита. Маятник юридической мысли неизбежно должен был качнуться в противоположную сторону и уйти в другую крайность: от превозношения к полному игнорированию.

Вот только действительно ли озвученное предложение способно решить проблему незаконного воздействия на подозреваемое или обвиняемое лицо? Конечно, нет! Очевидно, исключение показаний из числа доказательств не в состоянии остановить недобросовестного сотрудника правоохранительных органов, решившего применить насилие с целью «выбивания» определенных сведений (например, когда цель насилия — желание узнать, кто явился соучастником, где он скрывается, где спрятаны похищенные вещи, орудия преступления и т. п.). Бороться с насилием надо другими способами: тщательной проверкой доводов лица, жалующегося на применение к нему незаконных методов воздействия; глубоким и всесторонним анализом всей совокупности собранных по делу доказательств, особенно самоизобличающих заявлений; повышением уровня правосознания и правовой культуры работников правоохранительных органов; усилением ведомственного контроля и прокурорского надзора. Естественно, в случаях подтверждения фактов незаконного воздействия на подозреваемого или обвиняемого добытые таким путем «признания» должны исключаться из числа допустимых доказательств, а виновные должностные лица — привлекаться к суровой ответственности, вплоть до уголовной.

В то же время реализация предложения Р. Куссмауля не только затруднит принятие правоприменителями по настоящему законных, обоснованных и справедливых решений, но и приведет к тому, что подозреваемые и обвиняемые лишатся действенного средства своей защиты, заключающегося в праве активно участвовать в установлении значимых

⁹ Лукашевич В. З. Установление уголовной ответственности в советском уголовном процессе. Л., 1985. С. 153.

¹⁰ Куссмауль Р. Исключить показания обвиняемого из числа доказательств // Российская юстиция. 2001. № 7.

для разрешения дела обстоятельств. Согласно бытующему представлению самим обвиняемым невыгодно установление обстоятельств дела. Но это далеко не так. Ведь иначе лицо может быть обвиненным в более тяжком преступлении, чем то, которое оно в действительности совершило; могут быть не учтены смягчающие наказание обстоятельства или обстоятельства, дающие возможность освобождения от уголовной ответственности, и т. п. Кроме того, посткриминальное поведение имеет большое значение для верного определения надлежащего наказания. Давая правдивые показания и тем самым активно способствуя раскрытию преступления, изобличению других соучастников преступления и розыску похищенного имущества, обвиняемый может добиться не только существенного смягчения наказания, но и, при определенных условиях, освобождения от уголовной ответственности.

Следовательно, исключение показаний подозреваемых, обвиняемых из числа доказательств не будет способствовать ни обеспечению интересов правосудия, ни обеспечению интересов самого привлекаемого к уголовной ответственности лица.

Не случайно предложение исключить показания подозреваемого и обвиняемого из числа доказательств вызвало заслуженную критику. Так, по мнению А. В. Горбачева, в этом случае «могут быть существенно нарушены как права подозреваемого, обвиняемого, который не сможет защищаться, так и права потерпевшего. Поэтому представляется, что исключение показаний подозреваемого, обвиняемого вообще из числа доказательств будет такой же крайностью, как отношение к этим показаниям как к “царице доказательств”, и приведет к серьезным негативным последствиям».¹¹

Итак, если лицо добровольно сообщает какие-либо значимые сведения, относящиеся к совершенному преступлению, то не должно быть препятствий для использования полученных сведений в доказывании, независимо от отношения к уголовному преследованию. Обвиняемый заявляет о своей невинности, отрицает какое-либо участие в преступлении, ссылаясь на алиби — и в деле появляется относимое и допустимое доказательство, которое нужно тщательно проверить и оценить с точки зрения его достоверности. То же правило действует и в обратной ситуации: если обвиняемый говорит, что именно он совершил преступление, рассказывает, как это произошло, где спрятаны использованные орудия и похищенные вещи и т. п. Таким образом, любые получаемые от обвиняемого или подозреваемого сведения (если они относятся к делу и получены законным способом, без принуждения) должны быть тщательно проверены и оценены, после чего могут, при признании их достоверными, наряду с другими доказательствами ложиться в обоснование того или иного процессуального решения.

При этом, по верному уточнению В. И. Каминской, признание обвиняемого как судебное доказательство — это не голый факт признания правильности предъявленного обвинения, а более или менее подробное

¹¹ Горбачев А. В. О допустимости показаний, данных лицом против самого себя // Адвокатская практика. 2004. № 2.

сообщение об определенных действиях, совершенных обвиняемым в определенных обстоятельствах. Иначе обвиняемый, признавая правильным предъявленное ему обвинение, мог бы иметь в виду совсем не те действия, которые вменяются ему в вину.¹² Схожую позицию отстаивал М. П. Шаламов: «Следователь должен помнить, что если обвиняемый признает себя виновным, то это сознание само по себе еще не прибавляет доказательств по делу. Его показание будет иметь доказательственное значение лишь тогда, когда обвиняемый сообщит, когда, где, по каким мотивам, при помощи каких средств он совершил преступление и т. д.».¹³ Особая ценность подобного признания, подчеркнул Е. Е. Центров, «в проявлении обвиняемым своей виновной осведомленности, т. е. знании таких обстоятельств и деталей совершенного преступления, которые могут быть известны лишь лицу, действительно это преступление совершившему».¹⁴

На практике лица, совершившие преступления, достаточно часто искренне раскаиваются в содеянном и хотят помочь в точном установлении всех значимых для дела обстоятельств. Игнорировать признания таких лиц — значит расточительно относиться к важному источнику познания истины.

Как справедливо заметил В. З. Лукашевич, хотя вывод о доказанности обвинения к моменту привлечения к уголовной ответственности должен иметь достоверный характер (не говоря уже о моменте окончания предварительного следствия и вынесения приговора), признание обвиняемого, если оно правдиво и соответствует другим собранным по делу доказательствам, находится с ними в неразрывной связи, которую нельзя разрушить и отделить признание от этих доказательств. Иными словами, как бы бесспорно ни было доказано обвинение, признание обвиняемого всегда будет иметь большое доказательственное значение. Признание «связывает в единое и неразрывное целое всю совокупность собранных по делу доказательств, освещает и устанавливает те детали совершения преступления, которые были неизвестны следователю или известны в недостаточной степени, а в ряде случаев раскрывает степень участия в преступлении других лиц, мотивы преступления и другие обстоятельства».¹⁵

Позволим себе еще одну цитату, обратившись к фундаментальному труду по теории доказательств, авторы которого обоснованно подчеркивали: «Неправильность подхода к показаниям обвиняемого как к “лучшему доказательству” вовсе не означает, что к ним надо подходить как к “худшему доказательству” или вообще отрицать их значение. Нельзя согласиться с утверждением, что правосудие должно быть организовано таким образом, чтобы все усилия органов расследования и суда направлялись “на поиски доказательств, лежащих вне показаний обвиняемого, его признания, его поведения”. Очевидно, что подобное требование может

¹² Каминская В. И. Показания обвиняемого в советском уголовном процессе. С. 77.

¹³ Шаламов М. П. Теория улик. М., 1960. С. 133–134.

¹⁴ Центров Е. Е. Наводящий вопрос и пределы использования информации на допросе // Ученые-юристы МГУ о современном праве / под ред. М. К. Треушникова. М., 2005. С. 458–459.

¹⁵ Лукашевич В. З. Установление уголовной ответственности... С. 156.

привести не только к утрате важных доказательств, но и к игнорированию показаний обвиняемого, данных им в свою защиту, т. е. к обвинительному уклону. Учитывая значение этих показаний, тенденция вести доказывание, минуя их, представляется не менее вредной, чем установка на получение сознания во что бы то ни стало». ¹⁶

Теперь от теоретических положений перейдем к действующему российскому уголовно-процессуальному законодательству. Напомним несколько базовых положений. Во-первых, доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в предусмотренном законом порядке устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 74 УПК). Во-вторых, эти сведения подлежат оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все вместе, в совокупности — с точки зрения достаточности для разрешения уголовного дела (ч. 1 ст. 88 УПК). Правоприменители оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью. Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы (ч. 1–2 ст. 17 УПК). В-третьих, признание обвиняемым своей вины в совершении преступления может быть положено в основу обвинения лишь при подтверждении его виновности совокупностью имеющихся по уголовному делу доказательств (ч. 2 ст. 77 УПК).

Очевидно, что любые используемые в доказывании сведения должны быть облечены в установленную законом форму (ч. 2 ст. 74 УПК). В полной мере это касается сообщаемых каким-либо лицом сведений о его собственном участии в совершении преступления. Таким образом, признание вины может выступать в различных процессуальных формах.

Рассмотрим несколько ситуаций, встречающихся на практике.

Представим вначале вполне обыденную картину: обвиняемый (подозреваемый) признает собственное участие в совершении преступления в ходе допроса или очной ставки. В этом случае сообщаемые им сведения облекаются в форму *показаний*. Доказательство ли это? Безусловно, да! Показания обвиняемого и подозреваемого прямо предусмотрены уголовно-процессуальным законом в качестве самостоятельных видов доказательств (п. 1 ч. 2 ст. 74, ст. 76–77 УПК).

Предположим теперь, что к следователю обращается некое лицо (уже получившее определенный процессуальный статус или еще нет) с добровольным сообщением о совершенном им преступлении, т. е. с заявлением о явке с повинной (это лицо может озаглавить составленное им сообщение как угодно: «Явка с повинной», «Чистосердечное заявление», «Добровольное сообщение» и т. п.). Более того, такое сообщение может быть сделано не только в письменном, но и в устном виде, и тогда оно подлежит занесению в специально составляемый протокол. Является ли заявление о явке с повинной доказательством? Ответ и здесь должен быть только положительным: да, является! Письменное заявление о явке

¹⁶ *Теория доказательств в советском уголовном процессе* / под ред. Н. В. Жогина. 2-е изд. М., 1973. С. 607.

с повинной, а равно протокол, в котором отражено устное заявление о явке с повинной, отнесены действующим законом к такому виду доказательств, как *иные документы* (п. 6 ч. 2 ст. 74, ст. 84, 142 УПК).

Третий пример: лицо задерживается по подозрению в совершении преступления в порядке ст. 92 УПК и делает заявление по существу подозрения, которое подлежит занесению в протокол задержания (скажем, задержанный заявляет о раскаянии в совершенном преступлении и указывает место, где спрятал орудие преступления). Такой протокол с внесенным в него заявлением задержанного является доказательством — с точки зрения процессуальной формы перед нами вновь *иной документ* (п. 6 ч. 2 ст. 74, ч. 1–2 ст. 92 УПК).

Возможные пути появления в уголовном деле сообщенных лицом самоизобличающих сведений не исчерпываются приведенными примерами. Так, лицо может признаться в совершении преступления в ходе гласного опроса, проводимого оперативным работником в рамках осуществления оперативно-розыскной деятельности; затем такие результаты могут быть в установленном порядке представлены следователю. Возбуждению уголовного дела может предшествовать производство по делу об административном правонарушении, а значимые сведения о собственных противоправных действиях могут быть сообщены лицом, в отношении которого велось такое производство, в форме объяснений, полученных в порядке, предусмотренном ст. 26.3 КоАП. На наш взгляд, и в подобных случаях полученные сведения могут использоваться в доказывании по уголовному делу, а письменные объяснения опрошенных лиц рассматриваются уголовно-процессуальным законом опять же как *иные документы* (п. 6 ч. 2 ст. 74, ст. 84 УПК).¹⁷

По нашему мнению, самоизобличающие сведения, сообщаемые лицу, в чьем производстве находится уголовное дело, могут быть облечены и в какую-либо другую, но также допустимую процессуальную форму (помимо *показаний и иных документов*). Например, если в ходе обыска лицо, у которого только что были обнаружены орудия преступления или ранее похищенные вещи, заявляет о своем раскаянии и сообщает, где и при каких обстоятельствах им совершено преступление, то такое заявление отражается в протоколе обыска. В последующем данный протокол со всеми содержащимися в нем сведениями (в том числе заявлением о совершенном хищении) рассматривается как самостоятельное доказательство — *протокол следственного действия* (в приведенном примере — протокол обыска; п. 5 ч. 2 ст. 74, ст. 83, 166, 182 УПК).

Таким образом, признание вины как доказательство, не меняясь по существу, может выступать в различных процессуальных формах, причем в силу действия принципа свободной оценки доказательств та или иная допустимая процессуальная форма не имеет какого-либо преимущественного значения по отношению к другой. Так, самоизобличающие

¹⁷ Вопрос о доказательственном значении результатов опроса является дискуссионным; подробнее см.: Новиков С. А. Использование объяснений опрошенных лиц в доказывании по уголовным делам: «исключить нельзя допустить» // Правоведение. 2008. № 3. С. 30–40.

сведения, изложенные лицом в собственноручном «Чистосердечном заявлении», не «сильнее» и не «слабее» по юридической силе аналогичных сведений, сообщенных на допросе и получивших статус показаний. Соответственно, нельзя, исходя из той или иной процессуальной формы, отдавать приоритет определенному источнику доказательств и в ситуациях, когда одно и то же лицо сообщает противоречивые сведения, например, сначала, явившись с повинной, в собственноручном заявлении излагает обстоятельства совершенного преступления, а затем в ходе допроса рисует совсем другую картину произошедшего. Те и другие допустимые сведения должны быть тщательно проверены и оценены в совокупности со всеми собранными по делу доказательствами, после чего и будет сделан вывод об их достоверности.

Однако здесь мы никак не можем обойти вниманием правило, закрепленное законодателем в п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК: к недопустимым доказательствам отнесены показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде. Другими словами, доказательства, полученные без каких-либо процессуальных нарушений и являющиеся вполне допустимыми до направления дела в суд, затем автоматически утрачивают допустимость при неподтверждении лицом, подвергающимся уголовному преследованию, ранее сообщенных им сведений.

На практике предпринимались попытки обойти запрет, установленный этой нормой, и для фактического восстановления исключенных показаний обвиняемого (подозреваемого) в суде в качестве свидетеля допрашивался следователь или дознаватель, получавший их. Конституционный Суд РФ Определением от 6 февраля 2004 г. № 44-О¹⁸ ликвидировал эту «лазейку» и запретил воспроизведение в ходе судебного разбирательства содержания показаний подозреваемого, обвиняемого, данных в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника и не подтвержденных им в суде, путем допроса в качестве свидетеля дознавателя или следователя, производившего дознание или предварительное следствие. В том же Определении подчеркивается, что в законе исключена возможность любого, прямого или опосредованного, использования таких показаний.

Уже с момента своего появления в УПК норма о недопустимости неподтвержденных подозреваемым, обвиняемым показаний вызвала острую дискуссию в рядах ученых-процессуалистов, не утихшую до сих пор. Одни авторы горячо поддержали эту норму, А. В. Горбачев даже сравнил ее с индикатором дальнейшей политической, социальной, экономической жизни России, подчеркнув: «Если эта норма исчезнет из Кодекса, можно будет смело утверждать, что Россия начинает тяготеть к полицейскому государству».¹⁹ Как со своей стороны заявили разработчики действующего

¹⁸ *Определение Конституционного Суда РФ от 6 февраля 2004 г. № 44-О по жалобе В. Н. Демьяненко на нарушение его конституционных прав положениями ст. 56, 246, 278, 355 УПК РФ // СЗ РФ. 2004. № 14. Ст. 1341.*

¹⁹ *Горбачев А. Признание обвиняемого — «особо убедительное доказательство»? // Российская юстиция. 2004. № 6. С. 40.*

УПК, требование о недопустимости показаний, не подтвержденных подозреваемым (обвиняемым) в суде, обусловлено тем, что, с их точки зрения, «такого рода показания вызывают вполне обоснованные сомнения в добровольности этих показаний, в получении их без применения физического или психического насилия со стороны допрашивающего».²⁰ П. А. Лупинская высказалась за еще более радикальные меры, предложив признавать недопустимыми не только сами неподтвержденные показания, но и другие доказательства, о которых в таких показаниях упоминается.²¹

Интересны рассуждения на этот счет Н. М. Кипниса: «Я не буду ее (норму, закрепленную в п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК. — С. Н.) критиковать — она хороша для адвокатов. Но хочу обратить внимание на то, что норма эта очень уязвима. Она не имеет никакого логического объяснения и не вытекает из принципов уголовного судопроизводства. По своей конструкции эта норма — из средневековой теории формальных доказательств... Это просто норма, которой мы можем пользоваться, но обольщаться, что она представляет собой развитие института допустимости, я думаю, нельзя. Все, что из теории формальных доказательств, очень временно и зависит от “вкуса” законодателя».²²

Не менее любопытна точка зрения Е. П. Ищенко и П. П. Ищенко, которые не без основания замечают: «Пункты 1 и 2 ч. 2 ст. 75 явно происходят из англо-американского процесса, а ч. 1 и п. 3 ч. 2 той же статьи являются продолжением континентальной традиции в определении допустимости доказательств... Возведя во главу угла соблюдение установленной формы закрепления доказательств и “оснастив” эту форму всеми гарантирующими соблюдение закона атрибутами, законодатель должен был бы потребовать его единообразного исполнения всеми судами, следователями (дознателями), прокурорами и счесть свою задачу выполненной. Но не тут-то было! В п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ законодатель установил явное исключение из данного принципа... Практические работники давно ломают голову, что это: забота законодателя о “хлебе насущном” для адвокатского сословия или все то же недоверие к следственному аппарату, та же пресловутая “презумпция недобросовестности” следователя?».²³

Кстати, в самой Великобритании признания, полученное во время полицейского допроса, от которого затем обвиняемый отказался, может,

²⁰ *Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации* / под ред. Д. Н. Козака, Е. Б. Мизулиной. М., 2002. С. 206.

²¹ Так, по ее мнению, если обвиняемый в отсутствие защитника рассказывает, где спрятаны похищенные вещи, и эти вещи потом там действительно обнаруживают и в ходе проверки показаний на месте изымают, то при неподтверждении обвиняемым своих показаний в суде недопустимыми становятся не только сами показания, но и протокол проверки показаний на месте, и соответствующие вещественные доказательства (Лупинская П. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. 2002. № 7. С. 6).

²² *Кипнис Н. М.* Допустимость доказательств по новому УПК // Возможности защиты в рамках нового УПК России. Материалы науч.-практ. конф. адвокатов / под ред. Г. М. Резника, Е. Ю. Львовой. М., 2004. С. 13.

²³ *Ищенко Е. П., Ищенко П. П.* Можно ли устранить недостатки действующего УПК РФ? // Уголовное судопроизводство. 2007. № 2. С. 6.

тем не менее, использоваться в суде как допустимое доказательство. Условие допустимости — добровольность признания; суд обязан отклонить данное доказательство, если придет к выводу, что оно получено в результате принуждения или иных действий, делающих его сомнительным. Нарушение процессуальных правил при проведении полицейского допроса не рассматривается в этой стране как безусловное основание для отказа в придании признанию вины доказательственного значения. Суд обладает правом оценить допустимость данного доказательства по своему усмотрению.²⁴

Неудивительно, что в России многие ученые и практики норму о недопустимости показаний подозреваемого, обвиняемого, полученных в ходе досудебного производства в отсутствие защитника и неподтвержденных им в суде, встретили «в штыхы». Так, на научно-практической конференции «Правовая и криминологическая оценка нового УПК РФ» ее назвали «крайним (запредельным) выражением заботы о комфорте подозреваемого и обвиняемого, попирающим здравый смысл и превосходящим конституционную идею о недопустимости доказательств, полученных с нарушением закона».²⁵ Как одиозную охарактеризовал ее Б. Я. Гаврилов,²⁶ как избыточную — авторы одного из Комментариев к УПК РФ,²⁷ как противоречащую Конституции РФ — И. В. Маслов.²⁸

Мы также уже неоднократно высказывались против правила, закрепленного в п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК.²⁹ Очевидно, что, вводя его, законодатель стремился не допустить «вынужденных признаний», когда подозреваемый или обвиняемый признает свою вину не ввиду раскаяния и не под давлением собранных доказательств, а в результате применяемого к нему насилия и других незаконных мер. Однако другие статьи уголовно-процессуального закона прямо запрещают применение в ходе уголовного судопроизводства насилия, угроз и иных незаконных мер, поэтому «вынужденные признания» подозреваемых, обвиняемых в любом случае будут отнесены к недопустимым доказательствам, как полученные с нарушением требований УПК, что, безусловно, правильно.

Нам могут возразить, что факты применения незаконных мер при получении показаний не всегда можно выявить: соответствующие проверки заявлений обвиняемых редко дают положительные результаты (что, впрочем, отчасти объясняется ложностью таких заявлений). Это так, но бороться с незаконным воздействием на подозреваемых и обвиняемых надо не «тотальным исключением» их показаний, а другими способами,

²⁴ См. подробнее: *Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. 2-е изд., испр. и доп. М., 2002. С. 98–100.

²⁵ *Правовая и криминологическая оценка нового УПК РФ. Материалы науч.-практ. конф.* // Государство и право. 2002. № 9. С. 92.

²⁶ *Новое уголовно-процессуальное законодательство России: проблемы теории и практики применения («круглый стол»)* // Там же. № 7. С. 120.

²⁷ *Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации* / под ред. В. М. Лебедева, В. П. Божьева. М., 2002. С. 166.

²⁸ *Маслов И. В.* Некоторые проблемы признания доказательства недопустимыми // Уголовное судопроизводство. 2006. № 3. С. 8.

²⁹ См., напр.: *Новиков С. А.* К вопросу о допустимости показаний обвиняемого, данных им в отсутствие защитника // Российский следователь. 2003. № 4. С. 26–28.

о которых мы уже говорили выше. Норма о недопустимости показаний, не подтвержденных обвиняемым в суде, не может решить проблему незаконного воздействия, что подтверждают нередкие заявления обвиняемых на этот счет. Если мы исходим из упомянутой Е. П. Ищенко и П. П. Ищенко «презумпции недобросовестности» следователя, то что мешает такому следователю применить насилие к обвиняемому не во время, а непосредственно перед допросом, или вступить с предоставленным им самим защитником (видимо, таким же недобросовестным) в сговор и сообща добиться признания? К тому же, как уже было отмечено, насилие вовсе не обязательно связано с получением определенных показаний.

Вместе с тем, если подозреваемому или обвиняемому до допроса в ходе предварительного расследования были разъяснены его права, в том числе право не свидетельствовать против самого себя и право иметь защитника, если сам допрос был произведен в строгом соответствии с требованиями УПК, а полученные на нем показания подтверждаются всей совокупностью собранных доказательств, то такие показания неверно, на наш взгляд, исключать из доказательственной базы лишь на том основании, что лицо в суде их не подтверждает. Ведь недопустимы те сведения, которые получены с нарушением закона (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 1 ст. 75 УПК РФ), здесь же никакого нарушения закона при получении значимых сведений нет. Поэтому и показания, данные подозреваемым (обвиняемым) на досудебной стадии, и отличные от них показания, данные им в дальнейшем, не должны иметь для суда заранее предустановленной (большей или меньшей) силы. Те и другие показания надо оценивать прежде всего по их содержанию, а не с точки зрения того, в каком месте они получены: в кабинете следователя или в зале судебных заседаний.³⁰ Как обоснованно отмечал М. С. Строгович, «просто имеются два показания одного и того же лица, противоречащие друг другу, т. е. два противоречащих друг другу доказательства, и задача состоит в том, чтобы оба доказательства проверить по совокупности всех обстоятельств дела и выяснить, какие показания правильные, какие ложные».³¹

Сегодня же получается, что показания обвиняемых, являвшиеся допустимыми в ходе предварительного расследования и выступавшие доказательственной базой для принятия важных процессуальных решений (например, привлечение к уголовной ответственности соучастников, заключение их под стражу, производство обысков у них в жилище и т. д.), вдруг, без всякого обоснования, становятся недопустимыми при их

³⁰ Эта идея, ранее нами уже неоднократно высказывавшаяся, не понравилась В. А. Лазаревой. Вступив в полемику, она заявила, что «дело вовсе не в месте, а в процедуре получения показаний: судебная процедура *в отличие от несудебной* (курсив мой. — С. Н.) гарантирует свободу обвиняемого в распоряжении своими правами, включая право на дачу показаний» (Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе. Учеб.-практ. пособие. М., 2009. С. 248). Получается, что, с точки зрения уважаемого оппонента, в ходе досудебного производства по делу обвиняемый свободно распоряжаться своими правами не может (интересно, кстати, а как другие участники процесса: потерпевшие, свидетели, понятые и т. д.?). Если так, нужно признавать недопустимыми вообще любые сведения, собранные в ходе предварительного расследования.

³¹ Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. М., 1970. Т. 2. С. 281–282.

неподтверждении. Сказанное свидетельствует об отсутствии сбалансированного соотношения досудебных и судебных стадий уголовного судопроизводства, на что обоснованно обращено внимание в литературе.³²

Кстати, в нынешней ситуации более уязвимыми становятся и интересы самого подозреваемого или обвиняемого, ведь суд лишается возможности проверить любые их прежние показания, в том числе те, в которых содержатся сведения об их не большей, а меньшей виновности! Например, в ситуации, когда участник группового преступления на следствии давал правдивые показания о своей второстепенной роли в его совершении, а в суде, в результате угроз других членов группы, меняет показания и выставляет себя организатором и активным исполнителем преступления, суд уже не может проверить первоначальные показания.

Следовательно, из-за действия правила, установленного п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК, могут серьезно пострадать как интересы правосудия, так и интересы самого подозреваемого, обвиняемого; в то же время оно не способно стать эффективным средством защиты этих лиц от незаконного воздействия. По приведенным причинам мы и выступаем за отмену самого этого правила.³³

Указанная норма, закрепленная в п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, смотрится в законе тем более нелогично, что касается именно неподтвержденных в суде *показаний*, а не любых ранее сообщенных обвиняемым сведений, т. е. это правило не распространяется на иные возможные процессуальные формы самоизобличающих заявлений. Что же получается? Следователь принимает у обратившегося лица заявление о явке с повинной, которое облекается в форму *иного документа* и может без ограничений использоваться в дальнейшем доказывании, независимо от присутствия защитника и подтверждения обвиняемым ранее сообщенных им сведений в суде. Однако если те же самые сведения будут в отсутствие защитника сообщены лицом следователю в ходе допроса и получают форму *показаний*, то они вдруг станут недопустимыми при их последующем неподтверждении.

Для еще большей наглядности обратимся к правоприменительной практике. Рассмотрим кассационное Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 6 сентября 2005 г. по делу № 66-о05-83.³⁴ В судебном заседании были рассмотрены кассационные жалобы некоего осужденного К. и его защитника на приговор Иркутского областного суда, по которому К. был признан виновным в убийстве двух лиц из хулиганских побуждений и осужден к 17 годам лишения свободы. В жалобах содержалось требование об отмене обвинительного приговора, а в качестве одного из аргументов указывалось, что при задержании К. было нарушено право на защиту, поскольку К. не был обеспечен адвокатом, в результате чего К. написал «чистосердечное признание» под психологическим воздействием сотрудников милиции.

³² См., напр.: *Маслов И. В.* Некоторые проблемы признания... С. 8.

³³ Подробнее см.: *Новиков С. А.* Показания обвиняемого в современном уголовном процессе России. СПб., 2004. С. 127–139.

³⁴ Официально не опубликовано, доступно в СПС «КонсультантПлюс».

Однако, проверив материалы дела, обсудив доводы кассационных жалоб, Судебная коллегия нашла приговор суда законным и обоснованным. В кассационном Определении указано, что виновность осужденного К. в совершении преступления материалами дела установлена и подтверждается собранными в ходе предварительного следствия и исследованными в судебном заседании доказательствами, которым дана надлежащая оценка. Так, в период предварительного расследования К. в своем «чистосердечном признании», написанном собственноручно, указал, что в ночное время проник в школу № 2, из пожарного щита достал топор и пошел в сторожку, где увидел двух отдыхающих сторожей, подойдя к которым нанес удары топором по голове, после чего сташил женщину с кровати, раздел ее и ушел домой. По мнению Судебной коллегии, суд первой инстанции обоснованно признал изложенные К. в «чистосердечном признании» обстоятельства происшедшего достоверными, так как они подтверждаются другими доказательствами. Выводы суда о наличии у К. прямого умысла на совершение убийства надлежащим образом мотивированы в приговоре и подтверждаются изложенными в чистосердечном признании обстоятельствами происшедшего, правильно признанными соответствующими действительности, так как соответствуют целенаправленным действиям К. при совершении убийства. Суд правильно оценил последующее изменение показаний К. Его ссылки на незаконность методов расследования проверялись и обоснованно отвергнуты как несоответственные.

В кассационном Определении особо подчеркнуто: «Ссылки адвоката и осужденного в кассационных жалобах на то, что в ходе предварительного следствия (при написании К. «чистосердечного признания») К. не был обеспечен адвокатом, не могут быть признаны состоятельными, поскольку к письменному заявлению подозреваемого неприменимы положения п. 1ч. 2ст. 75 УПК РФ (курсив мой. — С. Н.). Заявление, именуемое чистосердечным признанием, не относится к показаниям подозреваемого, данным им при допросе. Таким образом, при написании К. указанного заявления и его принятии (оно зарегистрировано в книге происшествий РОВД) нарушений требований уголовно-процессуального законодательства не допущено».

Приведенный пример еще раз подтверждает необходимость трезвого и вдумчивого подхода к проверке и оценке собранных сведений; нельзя исключать под надуманными предложениями вполне надежные и достоверные доказательства, полученные в строгом соответствии с законом.

В то же время нужно предостеречь читателя от неверного вывода о том, что мы выступаем за некую абсолютизацию самоизобличающих заявлений. Вовсе нет. Отечественный, да и мировой уголовный процесс уже «проходил» это; печальные последствия не критического подхода к «признательным показаниям» сегодня широко известны. Немало сказано и написано также и о причинах самооговора. Один обвиняемый признает себя виновным в менее тяжком преступлении для того, чтобы скрыть преступление более тяжкое, другой ложным признанием вины желает избавиться от наказания кого-то из близких, третий оговаривает себя под влиянием тяжелого психического состояния, вызванного арестом

или другими обстоятельствами расследования, уговорами, а подчас и физическим насилием.

Около века назад ярко высказался по поводу признания отечественный криминалист В. Лавров: «Каждый сыщик и следователь знает: преступнику можно обещать что угодно, хоть золотые горы, хоть королевскую дочь на ночь, лишь бы он дал признательные показания. Это методический прием. Никто этих обещаний никогда не выполняет».³⁵ Мы убеждены, что до тех пор, пока следствие во главу угла будет ставить погоню за «признательными показаниями», стремясь получить их любой ценой, а получив, довольствоваться ими, на практике сохранятся случаи как осуждения невиновных, так и ухода от ответственности настоящих преступников.

Нельзя забывать, что признание обвиняемого должно быть оценено в совокупности со всеми собранными по делу доказательствами. Независимо от того, признает себя обвиняемый виновным или нет, доказательства по делу должны быть собраны со всей возможной полнотой, всесторонностью и объективностью. Расследование уголовного дела должно приводить к тому, чтобы в случаях действительной виновности обвиняемого обвинение подтверждалось такими убедительными доказательствами, которые с несомненностью устанавливают виновность обвиняемого, как бы он сам ни относился к обвинению. Показательно, что еще М. С. Строгович призывал признать несостоятельными различные попытки как-то связать обвиняемого его признанием вместо того, чтобы подтвердить последнее другими доказательствами.³⁶

К сожалению, в современной судебной практике при проверке и оценке полученного признания встречаются перегибы, причем как в одну, так и в другую сторону. В одних случаях правоприменители отказываются использовать в доказывании любые самоизобличающие заявления обвиняемого, считая, что такие вообще не могут иметь доказательственного значения, хотя обвиняемый добровольно и подробно рассказывает, как совершал преступление. В других случаях, напротив, следователи и судьи закрывают глаза на очевидную нестыковку вымученного «признания» со всеми остальными доказательствами, необоснованно ставя его во главу угла. Не случайно Пленум Верховного Суда РФ счел необходимым в своем Постановлении от 29 апреля 1996 г. № 1 «О судебном приговоре»³⁷ особо указать, что признание подсудимым своей вины, если оно не подтверждено совокупностью других собранных по делу и исследованных в судебном заседании доказательств, не может служить основанием для постановления обвинительного приговора (п. 4).

Кратко остановимся на особом порядке принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением, предусмотренном гл. 40 УПК РФ. При наличии соответствующего заявления обвиняемого и при соблюдении ряда других условий суд вправе по

³⁵ Цит. по: *Махов В., Пешков М.* Сделка о признании вины // Российская юстиция. 1998. № 7. С. 18.

³⁶ *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. I. С. 423.

³⁷ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 7.

уголовным делам о преступлениях, наказание за которые, предусмотренное УК, не превышает 10 лет лишения свободы, постановить приговор без проведения судебного разбирательства в общем порядке. В этом случае судья не проводит в общем порядке исследование и оценку доказательств, собранных по уголовному делу, ограничиваясь исследованием обстоятельств, характеризующих личность подсудимого, а также смягчающих и отягчающих наказание (ч. 5 ст. 316 УПК). Подчеркнем, что закон говорит не о согласии обвиняемого на применение сокращенного порядка постановления приговора, а именно о согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением, т. е. о полном признании им своей вины.

Следовательно, заявление о согласии с предъявленным обвинением, являющееся, по сути, не чем иным, как признанием вины, имеет очень большое значение по названной категории уголовных дел. Оно может повлечь сокращенное судебное разбирательство, не требующее непосредственного исследования судом всей совокупности собранных доказательств, их тщательной проверки и оценки, а также предопределить вынесение обвинительного приговора. Иными словами, заявление о согласии с обвинением может радикально повлиять на весь процесс доказывания.

Отечественные ученые давно вели споры о необходимости появления в России сокращенного производства по уголовным делам в случае согласия обвиняемого с предъявленным ему обвинением. Такие споры стали особенно острыми к концу XX в., когда суды не справлялись с потоком поступающих уголовных дел и обвиняемые вынуждены были месяцами ждать судебного разбирательства. Сторонники сокращенного производства заявляли, что прежний процессуальный порядок не отвечал современным условиям, был весьма трудоемким и требующим больших временных затрат. С сокращенным производством они связывали возможность «разгрузить» суды, существенно сократить срок производства по уголовному делу, сосредоточить внимание на более тяжких и сложных преступлениях. Так, А. И. Александров, говоря о дифференциации процессуальной формы, обоснованно заметил, что «оперативность и быстрота уголовно-процессуальной деятельности влияет на характер уголовного закона, способствует либо препятствует его эффективной реализации. Своевременное и эффективное воздействие на правонарушителя, зависящее от характера процессуальной процедуры, подчас устраняет необходимость применения суровых мер наказания».³⁸

Противники сокращенного производства при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением предостерегали, что оно может привести к резкому увеличению числа судебных ошибок, вызвать «обвал самопризнаний».³⁹ Характерна позиция В. М. Савицкого: «Если мы сейчас записываем в кодексе саму возможность прекратить исследование обстоятельств дела по той причине, что обвиняемый сказал: “да, я виновен”, — то одна эта запись... сразу же поворачивает голову следователя,

³⁸ Александров А. И. Уголовно-процессуальная политика в России в условиях реформирования государства: история и современность. СПб., 1998. С. 298.

³⁹ См., напр.: Попов С. А. Не нам сидеть?.. М., 2001. С. 65–68.

прокурора, судьи в сторону получения признания, объективно движет к переоценке этого признания».⁴⁰

Теперь, как мы знаем, этот спор решен в пользу сторонников сокращенного судопроизводства, а обвиняемый может при наличии согласия государственного или частного обвинителя и потерпевшего заявить о согласии с предъявленным ему обвинением и ходатайствовать о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства. В таком случае суд, удостоверившись, что обвиняемый осознает характер и последствия заявленного им ходатайства и что ходатайство было заявлено добровольно и после проведения консультаций с защитником, вправе постановить приговор без проведения судебного разбирательства в общем порядке.

Акцентируем внимание читателя на положении ч. 7 ст. 316 УПК, в которой прямо сказано: судья постановляет обвинительный приговор, только если придет к выводу о том, что обвинение, с которым согласился подсудимый, обоснованно, подтверждается доказательствами, собранными по уголовному делу. Закон, разрешая судье не проводить исследование и оценку собранных доказательств в общем порядке, тем не менее, не освобождает судью от обязанности убедиться, что согласие обвиняемого с предъявленным обвинением не голословно, а имеет объективное подтверждение в виде собранной по делу совокупности доказательств. Такое требование закона, на наш взгляд, очень важно для недопущения несправедливых судебных решений. В противном случае резко возрастает возможность наступления тех негативных последствий, от которых обоснованно предостерег В. И. Илюхин: «Под признание вины и вынесение желаемого приговора будут “прятаться” или “раскрываться” преступления, которых идущий на сделку с правосудием человек в действительности не совершал».⁴¹ С учетом сказанного мы не можем согласиться с предложением при рассмотрении дел в особом порядке избавить суд «вообще... от исследования обстоятельств дела (кроме установления добровольности признания обвиняемым своей вины)».⁴²

Характеризуя гл. 40 УПК в целом, заметим, что сокращение производства при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением — мера вынужденная и в сегодняшних условиях необходимая. При высоком уровне преступности законодателю приходится искать упрощенные процессуальные формы с тем, однако, чтобы при этом не страдали ни интересы личности, ни интересы государства и общества. В этом отношении удовлетворительной формой и является, на наш взгляд, особый порядок принятия судебного решения, регламентированный ст. 314–317 УПК. В случае подтверждения его вины имеющимися доказательствами подсудимый несет уголовную ответственность именно за то преступление,

⁴⁰ Ларин А. М., Мельникова Э. Б., Савицкий В. М. Уголовный процесс России. Лекции-очерки. М., 1997. С. 77.

⁴¹ Илюхин В. И. Новый уголовно-процессуальный кодекс РФ: шаг к истине или к ее забвению? // Право и безопасность. 2002. № 1. С. 82.

⁴² Трубникова Т. В. Упрощенные судебные производства в УПК РФ // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ч. 10 / под ред. Ю. К. Якимовича. Томск, 2002. С. 31.

совершение которого установлено произведенным расследованием, а не за то, которое он «выторговал» у стороны обвинения.

Итак, заявление обвиняемого о согласии с предъявленным обвинением по уголовным делам, наказание за которые не превышает 10 лет лишения свободы, может очень существенно повлиять на процесс доказывания по делу. Может ли подобное заявление само расцениваться как обвинительное доказательство? Нет! Доказательственное значение самоизобличающие заявления приобретают лишь тогда, когда содержат конкретные сведения, относящиеся к совершенному преступлению, а не просто выражают согласие лица с предъявленным обвинением. Поэтому если обвиняемый просит рассмотреть дело в особом порядке, соглашаясь с обвинением, а затем дело по какой-либо причине рассматривается в общем порядке, то на ранее имевшееся согласие с предъявленным обвинением нельзя ссылаться как на доказательство. В то же время, по обоснованному мнению С. В. Сердюкова, возможность применения особого порядка «как бы стимулирует обвиняемого не просто к согласию с обвинением и как следствие с признанием своей вины, но и к совершению объективных действий, подтверждающих это его отношение. Ведь зная, что суд при применении этой формы рассмотрения уголовного дела не вправе будет назначить наказание более $\frac{2}{3}$ от максимального размера санкции соответствующей статьи Особенной части УК, обвиняемый будет стараться совершать позитивные действия, направленные на получение согласия стороны обвинения на применение этой процедуры. Эти действия могут проявляться в виде активного способствования раскрытию преступления, возмещению ущерба и т. д.»⁴³

В заключение, констатируя принципиальную возможность широкого использования в доказывании заявлений обвиняемого или подозреваемого о признании вины, а также показав влияние их согласия с предъявленным обвинением на процесс доказывания по широкому кругу дел, еще раз предостережем следователей, прокуроров и судей от переоценки всевозможных «саморазоблачений». С этой целью напомним слова В. К. Случевского: «В судебной практике собственное сознание представляется излюбленным доказательством вины, которым особенно дорожат не только Прокурор, но и Судья, и это по весьма понятной причине. Оно уменьшает количество тех затруднений, которые возникают в уголовном деле при отсутствии сознания, облегчают работу Суда и дают ему возможность основать свое убеждение на этом сознании, не прибегая к утомительной и часто опасной борьбе с сомнениями по делу».⁴⁴ Эти слова, сказанные столетие назад, до сих пор не утратили актуальности и должны помочь правоприменителям на их нелегком пути к Истине.

⁴³ Сердюков С. В. Ускоренное судебное разбирательство: необходимость, реальность, перспектива. М., 2006. С. 9.

⁴⁴ Случевский В. К. Учебник русского уголовного процесса. В 2 ч. Ч. II. М., 2008. С. 129.

ОСОБЫЙ ПОРЯДОК СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА — ДИФФЕРЕНЦИРОВАННАЯ ФОРМА ОБЩЕГО ПОРЯДКА

Д. В. ГЛУХОВ



Глухов Дмитрий Викторович,
ведущий юрисконсульт
ОАО «Группа «Илим»

С введением в действие УПК РФ (далее — УПК) в современном российском уголовном судопроизводстве применяется особый порядок судебного разбирательства, регулируемый гл. 40 УПК. За относительно короткий срок существования указанного института особый порядок судебного разбирательства занял заметное место на общем фоне рассмотренных в судах уголовных дел. По данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ в 2006 г. в областных судах особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением применялся при рассмотрении 172 дел, что в 1,7 раза больше по сравнению с 2005 г. (103 дела). В районных судах особый порядок производства применялся по 213,8 тыс. уголовных дел,

что составило 37,5 % от общего числа рассмотренных дел с вынесением приговора, в 2005 г. в особом порядке было рассмотрено 168,1 тыс., или 30 %. В 2007 г. в особом порядке рассмотрено уже на 19,2 % больше уголовных дел, чем в 2006 г.¹

Стремительный рост «популярности» особого порядка объясняется просто: основная масса уголовных дел, рассматриваемых в судах, это дела о преступлениях небольшой тяжести. Рассмотрение подобных дел в общем порядке существенным образом загружало судебную систему, и чаще всего отсутствовала необходимость в столь сложном порядке рассмотрения уголовного дела.

1. Практически все авторы, писавшие по поводу особого порядка, указывают на то, что УПК уделил недостаточно внимания указанному институту. На наш взгляд, это впечатление отчасти обманчиво.

Во-первых, при подготовке УПК законодатель явно дал понять, что те статьи, которые сейчас непосредственно регулируют особый порядок судебного разбирательства, — только начало большого пути

© Д. В. Глухов, 2009

¹ См. официальный сайт Судебного департамента при Верховном Суде РФ: http://www.cdep.ru/statistics.asp?search_frm_auto=1&dept_id=8 (2008, 15 окт.).

формирования этого относительно нового для современной российской судебной действительности института. Данному институту посвящен целый раздел Кодекса, в котором, правда, только одна глава, но он в будущем может быть дополнен.

Позиция законодателя, на наш взгляд, обоснована и оправданно осторожна. Иногда в научной литературе особый порядок судебного разбирательства ошибочно сравнивают с институтом сделки о признании вины (*plea bargain*), применяемым в США.² В связи с этим может возникнуть убеждение, что надо просто изучить опыт зарубежных коллег. Но необходимо учитывать существенное отличие, вытекающее из самого названия указанного института. Американский процессуалист Д. Ньюман определяет сделку о признании вины как «заявление о признании вины, полученное в результате переговоров между прокурором и обвиняемым, в процессе которых обвиняемый признает себя виновным в обмен на снижение тяжести обвинения, обещания снисхождения при назначении наказания».³ Эта сделка заключается в письменной или устной форме; более того, стороне обвинения не обязательно до заключения сделки собирать надлежащие доказательства по делу. При особом порядке обвиняемый не признает вину, а лишь соглашается с предъявленным обвинением строго в рамках уголовного процесса, осознанно принимая решение на основе собранных по делу доказательств, т. е. ни о какой сделке речи в данном случае не идет.

Схожие с особым порядком производства были известны российскому уголовному процессу и ранее. Уставом уголовного судопроизводства 1864 г.⁴ предусматривалась сокращенная процедура при рассмотрении мировым судьей нетяжких дел. Признаки особого порядка имелись в суде первой инстанции при заочном производстве и в сокращенном судебном следствии, осуществляемом в общем порядке судебного разбирательства. Некоторые из них впоследствии применялись в УПК РСФСР 1923 г. и вплоть до принятия УПК РСФСР 1960 г. Современная российская процедура особого порядка судебного разбирательства — самостоятельный институт. Он обладает одновременно и признаками сокращенных производств, применяемых в США и большинстве западных стран, и признаками судебных приказов, т. е. ускоренного производства по делам небольшой и средней тяжести. Но в любом случае данный институт относительно нов, и возможности скопировать его с судопроизводства других государств или воспользоваться собственным историко-правовым опытом у законодателя не было.

Во-вторых, утверждение о том, что особый порядок судебного разбирательства регулируется только четырьмя статьями УПК и несколькими постановлениями суда,⁵ можно опровергнуть тем, что УПК — это

² Пономарев С. С. Сделки о признании вины в российском уголовном процессе // Правоведение. 2001. № 5. С. 131–135.

³ Цит. по: Махов В. Н., Пешков М. А. Уголовный процесс США. М., 1998. С. 170.

⁴ Полянский Н. Устав уголовного судопроизводства. М., 1914.

⁵ Толкаченко А. А. Уголовно-правовые аспекты особого порядка судебного разбирательства // Уголовный процесс. 2006. № 9 (приводится по СПС «КонсультантПлюс»).

единая система взаимосвязанных норм права, каждая из которых в той или иной мере дополняет и уточняет другие.

2. В научной литературе распространено мнение, согласно которому особый порядок — это, по сути, упрощенный или сокращенный общий порядок судебного разбирательства. Более того, существуют предложения изменить название разд. X УПК на «Сокращенное судебное разбирательство».⁶ Они вызваны, в частности, тем, что в УПК имеется также часть четвертая, носящая схожее название «Особый порядок уголовного судопроизводства» и охватывающая несколько самостоятельных процессуальных производств по уголовному делу. Отчасти с указанным замечанием можно согласиться, так как наличие схожих названий для разных разделов уголовного процесса влечет за собой риск возникновения путаницы в понятиях. Кроме того, это дает лишний повод для рассуждений на тему обоснованности названия института особого порядка судебного разбирательства, тем более что указанный порядок имеет специфические проблемы, на которые законодателю необходимо обратить внимание.

По мнению С. С. Цыганенко, «термин “особый порядок” многозначен и по своему содержанию выходит за рамки судебного разбирательства», поэтому ученый ставит под сомнение корректность термина «особый порядок», приводя замечание о том, что в УПК присутствует «неопределенность и даже противоречивость в регулировании этой части процессуального производства. Так, разд. X УПК назван “Особый порядок судебного разбирательства”, а гл. 40 носит уже иное название “Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением”».⁷ Указанному замечанию можно противопоставить мнение А. Халикова: «Само судебное заседание следует проводить, но без разбирательства, т. е. в особом порядке, как гласит название разд. X».⁸

Более того, претензиям о несогласованности названий гл. 40 и разд. X УПК можно противопоставить еще и то, что законодатель в будущем может расширить разновидности особого порядка судебного разбирательства, например главой «Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого, пользующегося дипломатическим иммунитетом, с предъявленным ему обвинением». В настоящий момент это недопустимо, так как отсутствует соответствующее международное законодательство, но потенциал для расширения разд. X есть, и ничто не запрещает проанализировать возможность подобного или иного расширения рассматриваемого раздела УПК.

По мнению С. С. Цыганенко, название разд. X дает основание утверждать, что в ст. 314–317 УПК речь идет о процедуре сокращенного судебного производства, в котором отсутствует судебное разбирательство, проводимое в общем порядке.⁹ Но возникает вопрос: почему

⁶ Золотых В., Цыганенко С. Новая практика применения особого порядка судебного разбирательства // Российская юстиция. 2003. № 5. С. 47.

⁷ Там же.

⁸ Халиков А. Вопросы, возникающие при особом порядке судебного разбирательства // Российская юстиция. 2003. № 1. С. 63–65.

⁹ Золотых В., Цыганенко С. Новая практика применения особого порядка... С. 47.

рассматриваемый институт не назван в УПК «упрощенным» или «сокращенным»? Законодатель намеренно не допускает использование в уголовном процессе терминологии, которая может быть неверно истолкована. Изменить название порядка во избежание путаницы в нормах УПК, о которых указано выше, допустимо и даже целесообразно, но опять же не используя терминологию, которая может повлечь за собой новые диспуты о природе и сущности особого порядка.

В любом случае для определения изучаемого института в настоящий момент более уместным было бы использовать следующее определение: особый порядок судебного разбирательства — дифференцированная форма общего порядка судебного разбирательства, основное отличие которой заключается в исключении отдельного этапа стадии судебного разбирательства — судебного следствия, регулируемого гл. 37 УПК.

Особый порядок можно охарактеризовать как специфичную или дифференцированную форму судебного производства, поскольку отдельные принципы уголовного судопроизводства в более полной мере реализуются при рассмотрении дела в общем порядке. Например, право на обжалование процессуальных действий и решений, гарантированное ст. 19 УПК, прямо ограничено ст. 317 УПК по тому основанию, что приговор, постановленный в соответствии со ст. 316 УПК, не может быть обжалован в апелляционном и кассационном порядке по основанию несоответствия выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом первой или апелляционной инстанции. Но полностью указанный принцип не исключен, и это, пожалуй, единственное прямое изъятие, связанное с реализацией принципов процесса при особом порядке.

Рассматриваемый порядок судебного разбирательства в определенной степени ломает обычную судебную процедуру и, как следствие, создает впечатление умаления отдельных принципов уголовного судопроизводства.¹⁰ В связи с этим некоторые авторы предлагают дополнить процедуру особого порядка, не исправляя какие-либо неточности и недоработки, а идя путем усложнения особого порядка процедурами, не характерными для него, превращая его, по сути, в общий порядок. Без сомнения, институт особого порядка требует дальнейшего развития, но, прежде чем осуществлять какие-либо усложняющие нововведения, необходимо понять, как эти усовершенствования повлияют на оптимальное проведение судебного разбирательства. Во-первых, согласно ч. 2 ст. 314 УПК суд вправе постановить приговор без проведения судебного разбирательства в общем порядке, только если удостоверится, что обвиняемый осознает характер и последствия заявленного им добровольного ходатайства, после проведения консультаций с защитником. Во-вторых, согласно ч. 6 ст. 316 УПК при возражении подсудимого против постановления приговора без проведения судебного разбирательства судья выносит постановление о прекращении особого порядка судебного разбирательства и назначении рассмотрения уголовного дела в общем порядке. Таким образом, если

¹⁰ См., напр.: *Сероштан В. В.* Искусственное сужение прав обвиняемого, подсудимого требует своего устранения // *Российский судья.* 2006. № 2.

обвиняемый в любой момент до удаления суда в совещательную комнату осознает, что заведомо лишил себя какой-либо правовой возможности на защиту своих прав и интересов, закон разрешает ему отказаться от своего решения о применении особого порядка и защищать свои права в полной мере в развернутой правовой процедуре при общем порядке.

Пленум Верховного Суда РФ в п. 28 своего Постановления от 5 марта 2004 г. № 1¹¹ разъяснил: так как в силу ч. 5 ст. 316 УПК судья исследует лишь обстоятельства, характеризующие личность подсудимого, и обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, суд не вправе отказать сторонам в возможности участвовать в прениях, а подсудимому — высказаться по этим вопросам в порядке, предусмотренном ст. 292 и 293 УПК (последнее слово). Таким образом, в настоящее время судебное заседание при особом порядке имеет одно существенное отличие от общего порядка: особый порядок позволяет судье не проводить исследование собранных по делу доказательств. Существует мнение, что в связи с этим особый порядок принятия судебного решения представляет собой упрощенную и сокращенную форму судебного разбирательства. Так, если обычная структура судебного разбирательства состоит из пяти обязательных элементов (подготовительной части, судебного следствия, прений сторон, последнего слова подсудимого, а также постановления и провозглашения приговора), то рассматриваемая нами форма не содержит его центральной и самой громоздкой части — судебного следствия.¹²

Вместе с тем при особом порядке отсутствует только часть процедур, включенных в судебное следствие. Например, государственный обвинитель, как и при обычном судебном следствии, излагает предъявленное подсудимому обвинение, а по уголовным делам частного обвинения частный обвинитель излагает заявление. Судья может исследовать обстоятельства, характеризующие личность подсудимого, и обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание. Это положение подтверждает и Пленум Верховного Суда РФ, который прямо указал в п. 10 Постановления от 5 декабря 2006 г. № 60,¹³ что порядок исследования обстоятельств, характеризующих личность подсудимого, и обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, гл. 40 УПК не ограничен; разбирательство может проводиться всеми предусмотренными уголовно-процессуальным законом способами, в том числе путем исследования дополнительно представленных материалов, а также допросов свидетелей. Более того, может быть произведен допрос потерпевшего по указанным выше обстоятельствам. В связи с этим, поскольку особый порядок включает, за некоторыми изъятиями, все основные элементы структуры судебного

¹¹ *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 5.

¹² См. § 1 гл. 25 учебника «Уголовный процесс» под ред. В. И. Радченко (2-е изд. М., 2006).

¹³ *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 5 декабря 2006 г. № 60 «О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 2.

разбирательства, допустимо, скорее, обсуждение возможности упрощения процедуры особого порядка, но не ее усложнения.

Особый порядок судебного разбирательства представляет собой дифференцированную форму общего порядка, однако необходимо учитывать, что это самостоятельный институт уголовного процесса, а его задачи также направлены на совершенствование и оптимизацию процедуры рассмотрения уголовных дел, но никак не на умаление каких-либо принципов уголовного процесса и прав его участников, в результате которого он имел бы полное право именоваться сокращенным или упрощенным.

3. Для того чтобы понять, возможна ли дополнительная оптимизация особого порядка судебного разбирательства, необходимо провести анализ тех его элементов, присутствие которых может, на первый взгляд, ставиться под сомнение.

Возможности для упрощения какой-либо процедуры есть всегда, но проблема заключается в том, что уголовный процесс весьма специфическая область права, которая способна непосредственно повлиять на судьбы отдельных людей. Дополнительное упрощение особого порядка и, следовательно, его ускорение, как правило, могут привести к ограничению прав участников уголовного процесса, что способно повлечь существенные негативные последствия для уголовного процесса в целом. Пленум Верховного Суда РФ в п. 1 Постановления от 5 декабря 2006 г. № 60 «О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел» также указал на недопустимость ограничения прав участников судебного разбирательства при рассмотрении уголовных дел в особом порядке и необходимость соблюдения принципов уголовного судопроизводства при их разрешении.

В качестве одного из способов снижения нагрузки на судебную систему можно рассмотреть возможность исключения прений сторон из процедуры особого порядка. Для этого необходимо проанализировать как позицию, допускающую исключение прений сторон, так и противоположную точку зрения.

Сторонники обязательного проведения прений сторон¹⁴ подчеркивают, что отсутствие таких прений при рассмотрении дела в особом порядке судебного разбирательства нарушит принцип состязательности сторон. Тем не менее принцип состязательности сторон не заключается исключительно в возможности проведения прений сторон, а означает в первую очередь такое построение уголовного судопроизводства, при котором функции обвинения и защиты разграничены между собой, отделены от судебной деятельности и выполняются сторонами, использующими равные процессуальные права для отстаивания своих интересов. Так как при особом порядке стороны выражают свое согласие на проведение особого порядка судебного разбирательства, а подсудимый полностью согласен с предъявленным обвинением, то, на первый взгляд, отсутствие прений сторон действительно не нарушает принцип состязательности — стороны имеют равные права для отстаивания своих интересов.

Однако необходимо учитывать следующее:

¹⁴ См., напр.: Халиков А. Вопросы, возникающие при особом порядке... С. 63–65.

— при особом порядке прения сторон составляют больше формальную, а не практическую часть судебного разбирательства и, по сути, не оказывают существенной дополнительной нагрузки на процедуру, в связи с чем лишать стороны обвинения и защиты права на возможное участие в прениях сторон было бы нежелательно;

— если у сторон возникнет действительная необходимость в проведении прений сторон, а они будут прямо запрещены при особом порядке, то суд будет обязан вынести постановление о прекращении особого порядка судебного разбирательства и назначении рассмотрения уголовного дела в общем порядке. Таким образом, достигается обратный эффект, в результате которого отсутствие у сторон права на участие в прениях сторон может значительно усложнить, а не упростить производство по делу;

— исключив прения сторон, законодатель лишит обвиняемого возможности отказаться от своего решения о применении особого порядка в период проведения прений сторон;

— прения сторон при особом порядке ограничены возможностью сторон защиты и обвинения ссылаться только на те обстоятельства, исследование которых допустимо при рассмотрении дела в особом порядке.

Дополнительно считаем необходимым проанализировать возможность исключения при особом порядке права подсудимого на последнее слово, важность которого не отрицается ни одним из авторов. Согласно нормам УПК предоставление права на последнее слово возможно только после окончания прений сторон (ч. 1 ст. 293 УПК). Если допустить, что прения сторон отсутствуют, то у подсудимого отсутствует и право на последнее слово. Отсутствие указанного права нарушит положения ч. 1 ст. 16 УПК, закрепляющие принцип обеспечения обвиняемому права на защиту его прав и законных интересов. Вместе с тем можно возразить: если обвиняемый полностью согласился с предъявленным ему обвинением, то какова необходимость в предоставлении последнего слова? Ведь, давая согласие на особый порядок судебного разбирательства, он заведомо лишил себя определенных возможностей «в обмен» на более мягкое наказание. Но нельзя забывать, что обвиняемый согласился только с предъявленным ему обвинением; это совершенно не означает, что он согласился с тем наказанием, которое обвинитель предложил применить суду при назначении наказания. В последнем слове у подсудимого имеется возможность высказать просьбу о неприменении к нему определенного вида или размера наказания (например, о назначении наказания, не связанного с лишением свободы). При произнесении последнего слова подсудимый может раскаяться, высказать просьбу о прощении, привести дополнительные обстоятельства, которые способны смягчить его вину. Наконец, в результате произнесения подсудимым последнего слова суд может выяснить, что ходатайство о проведении особого порядка судебного разбирательства было заявлено под влиянием угроз или заблуждения, и, как следствие, назначить судебное разбирательство в общем порядке.

Имея право участвовать в прениях сторон и выступить с последним словом, подсудимый получает непосредственную возможность дополнительно повлиять на размер и вид наказания, который будет провозглашен

в приговоре, и, следовательно, реализовать свое неотъемлемое право на защиту.

Таким образом, необходимость при особом порядке судебного разбирательства прений сторон и предоставления подсудимому права на последнее слово очевидна. Даже если допустить, что в большинстве случаев участники процесса не воспользуются указанными правовыми возможностями, их полное исключение из процедуры особого порядка на законодательном уровне может существенно нарушить принципы уголовного судопроизводства и, как следствие, права участников процесса при особом порядке судебного разбирательства.

4. На наш взгляд, прежде чем выдвигать какие-либо предложения относительно совершенствования особого порядка судебного разбирательства, необходимо понять, какова цель нового института в УПК и его общественная значимость. Только после этого можно рассматривать возможность для усложнения, дополнения или упрощения его процедуры. Безусловно, особый порядок может быть усовершенствован на законодательном уровне путем внесения поправок и дополнений. Более того, поправки уже вносились. Федеральным законом от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации»¹⁵ были внесены изменения в ст. 314 и 316 УПК: законодатель расширил перечень преступлений, по которым возможно рассмотрение дела в особом порядке, а также более подробно прописал порядок проведения судебного заседания и постановления приговора.

Особый порядок судебного разбирательства необходимо совершенствовать, но не усложняя его процедуру, а дорабатывая существующие механизмы регулирования особого порядка с учетом незыблемости принципов уголовного судопроизводства и прав участников процесса, устраняя определенные противоречия и недоработки, которые по причине относительной краткости норм, непосредственно регулирующих особый порядок, до сих пор остаются не устраненными.

В качестве одного из примеров можно указать на существующее в настоящий момент явное противоречие между п. 2 ч. 2 ст. 314 УПК, согласно которому ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства в связи с согласием с предъявленным обвинением должно быть заявлено обвиняемым после проведения консультаций с защитником, и ст. 51 УПК, согласно которой обязательное участие защитника в уголовном судопроизводстве необходимо, если обвиняемый заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела в порядке, установленном гл. 40 УПК, причем участие защитника обеспечивается с момента заявления хотя бы одним из обвиняемых ходатайства. Усугубляет указанное противоречие ч. 1 ст. 315 УПК, согласно которой ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства в связи с согласием с предъявленным обвинением обвиняемый заявляет в присутствии защитника. Если защитник не приглашен самим подсудимым, его законным представителем или по их поручению

¹⁵ СЗ РФ. 2003. № 27 (ч. 1). Ст. 2706.

другими лицами, то участие защитника в данном случае должен обеспечить суд.

Сразу же возникает вопрос: каким образом обвиняемый может заявить ходатайство после консультации с защитником, если согласно ст. 51 УПК в обязательном порядке защитник обеспечивается только с момента заявления ходатайства о рассмотрении дела в особом порядке? Да, обвиняемый может пригласить себе защитника заранее или ходатайствовать о его назначении, но если он этого не сделал? Для устранения подобного противоречия необходимо внести изменение в ст. 51 УПК, указав, что обязательное участие защитника обеспечивается с момента заявления хотя бы одним из обвиняемых намерения ходатайствовать о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства в связи с согласием с предъявленным обвинением.

К сожалению, основная тенденция в научных работах — это не исправление существующих противоречий и ошибок, а выхолащивание сущности особого порядка, умаление его сути. Как результат, часто предпринимаются попытки сравнения особого порядка с общим, поиск новых изъянов и констатация ущербности рассматриваемого института; тем самым ограничивается совершенствование уголовного процесса как живого и постоянно развивающегося правового механизма.

Особый порядок судебного разбирательства не является ущербным или ограничивающим права участников процесса. Наоборот, он отражает принципы состязательности и диспозитивности уголовного процесса, так как закон предоставляет сторонам защиты и обвинения дополнительные права и возможности рассмотрения уголовного дела в порядке, регулируемом гл. 40 УПК, но в то же время не ограничивает их права отказаться от рассмотрения дела в особом порядке.

Можно согласиться с тем, что особый порядок судебного разбирательства является новеллой в российском уголовном процессе, особенно при сравнении с советским уголовным процессом; но совершенно недопустимо признание особого порядка процедурой, допускающей умаление прав и законных интересов участников процесса, так как тем самым искажается суть особого порядка как самостоятельного и полноценного института уголовного процесса.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДЕЛ, ВОЗНИКАЮЩИХ ИЗ ПУБЛИЧНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Ю. К. СВИРИДОВ*

В сфере государственного управления, регулирования и контроля находятся все граждане и юридические лица. В своей деятельности они постоянно соприкасаются с решениями и действиями должностных лиц и органов исполнительной власти. Поскольку полномочия последних весьма значительны, необходим прочный контроль за осуществлением этих полномочий со стороны судебных органов.

В настоящее время дела, возникающие из публично-правовых отношений, выделены в законодательстве в самостоятельный вид судопроизводства. Однако в юридической литературе их правовая природа недостаточно исследована и определяется по-разному. Более того, само существование производства по делам, возникающим из административно-правовых отношений, как вида гражданского судопроизводства, некоторыми авторами ставится под сомнение.

Данный вид судопроизводства объединяет дела, возникающие из конституционных, финансовых, административных отношений, включая и дела по избирательным спорам.

Согласно М. К. Треушникову потребность отдельного от искового правового регламента по делам, возникающим из публичных правоотношений, традиционно объясняется несколькими обстоятельствами: 1) неравноправным положением участников (сторон) в регулируемых (конституционных, административных) и иных публичных правоотношениях, поскольку в них, с одной стороны, выступают государственный орган, должностное лицо, наделенное властными полномочиями, а с другой стороны — гражданин, организация, не имеющие таких полномочий; 2) специфической функцией суда при рассмотрении этих дел, состоящей не в разрешении спора о праве, как в исковых делах, а в осуществлении судебного контроля за законностью действий органов государства и организаций по отношению к гражданам, а в отдельных случаях — и к другим субъектам права.¹

Автор поддерживает мнение М. К. Треушникова и ряда других ученых, указывающих на необходимость выделения дел, возникающих из публичных правоотношений, в специфический вид судопроизводства.

* Свиридов Юрий Константинович — аспирант кафедры гражданского права юридического факультета СПбГУ.

© Ю. К. Свиридов, 2009

¹ *Гражданский процесс. Учебник / под ред. М. К. Треушникова. М., 2006. С. 446.*

Дела, возникающие из публично-правовых отношений, отличаются от дел, возникающих из гражданских правоотношений, прежде всего неодинаковым правовым положением спорящих сторон. Правоотношения по гражданским делам характеризуются равенством сторон, а административные (публичные) правоотношения — это отношения власти и подчинения. Вместе с тем в делах, возникающих из публичных правоотношений (как и во всех гражданских делах), суд все-таки рассматривает и разрешает спор о праве между заинтересованными сторонами, имеющими противоположные интересы. Неравенство субъектов административного правоотношения не может не сказаться при рассмотрении спора в суде на частных процессуальных особенностях его рассмотрения, но ведь и гражданские правоотношения (в широком смысле слова) иногда характеризуются неравным положением субъектов материального правоотношения и отдельными процессуальными особенностями в суде.

Поскольку гражданин обжалует (оспаривает) действия административного органа или должностного лица, а последний, в свою очередь, доказывает суду законность собственных действий, данное административное правоотношение является спорным, и его субъекты находятся в состоянии спора.

Разрешение любого спора невозможно без доказательств, доказывания и их оценки, о чем свидетельствуют и положения закона.² Так, в ст. 239 ГПК РФ предусмотрено, что «судом должны быть исследованы материалы, представленные вышестоящим в порядке подчиненности государственным органом, общественной организацией или должностным лицом, признавшими обжалуемые действия законными, а также могут быть заслушаны объяснения других лиц, исследованы необходимые документы и иные доказательства».

Статья 6 Закона РФ от 27 апреля 1993 г. № 4866-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан»³ дополнена согласно Федеральному закону от 14 декабря 1995 г. № 197-ФЗ⁴ частью второй следующего содержания: «На государственные органы, органы местного самоуправления, учреждения, предприятия и их объединения, общественные объединения, на должностных лиц, государственных служащих, действия (решения) которых обжалуются гражданином, возлагается процессуальная обязанность документально доказать законность обжалуемых действий (решений); гражданин освобождается от обязанности доказывать незаконность обжалуемых действий (решений), но обязан доказать факт нарушения своих прав и свобод».

Рассмотрение судом дел, возникающих из публичных правоотношений, обеспечивает эффективную защиту прав и охраняемых законом интересов граждан.⁵

² Туников В. Природа дел, возникающих из административно-правовых отношений // Российская юстиция. 1998. № 5. С. 56.

³ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 19. Ст. 685.

⁴ СЗ РФ. 1995. № 51. Ст. 4970.

⁵ Мельников А. А. Право граждан обжаловать в суд действия должностных лиц // Советское государство и право. 1978. № 41. С. 68.

В условиях правового государства деятельность органов исполнительной власти должна носить подзаконный характер, т. е. осуществляться на основе и во исполнение закона. Специфика этой деятельности порождает необходимость судебного контроля за ее законностью. Этот контроль осуществляется в определенных формах, обусловленных особенностями характера взаимоотношений двух самостоятельных ветвей власти — исполнительной и судебной.⁶

Общеизвестно, что гражданский процесс сложился и развился в основном как процесс по рассмотрению и разрешению споров о праве гражданском.⁷ Однако гражданское судопроизводство, которое характеризуется единством и универсальностью, используется для рассмотрения споров, возникающих из публичных правоотношений.

Суды призваны обеспечивать охрану прав и законных интересов не только граждан, их объединений и организаций, но и государственных органов, в том числе исполнительной власти, в сфере экономики, охраны общественного порядка, обеспечения безопасности и в других сферах. Вместе с тем суды осуществляют функцию судебного контроля за деятельностью органов исполнительной власти по отношению к гражданам и иным субъектам правоотношений, возникающих в сфере исполнительной и распорядительной деятельности указанных органов.

Решая общие задачи обеспечения законности деятельности государственной администрации в России, органы судебной власти взаимодействуют с органами исполнительной власти, осуществляя судебный контроль по следующим основным направлениям:

1) конституционный контроль за соответствием Конституции РФ нормативных правовых актов Правительства РФ и соответствующих органов исполнительной власти субъектов РФ;

2) контроль со стороны судов общей юрисдикции за законностью решений и действий органов исполнительной власти, их должностных лиц в отношении граждан, общественных объединений, иных негосударственных организаций по основаниям и в порядке, предусмотренным федеральным законом;

3) контроль со стороны арбитражных судов за законностью ненормативных (индивидуальных) актов органов исполнительной власти, затрагивающих права и законные интересы организаций и граждан в сфере предпринимательской деятельности.

Согласно ч. 2 ст. 46 Конституции РФ решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд. В соответствии с данной конституционной нормой, не содержащей каких-либо ограничений по предмету обжалования, ст. 245 ГПК РФ относит к компетенции суда общей юрисдикции дела об оспаривании актов как нормативного, так и правоприменительного характера,

⁶ *Хаманева Н. Ю.* Судебный контроль за реализацией прав граждан в сфере государственного управления в Российской Федерации // *Гражданин и право.* 2000. № 2.

⁷ *Коршунов Н. М.* Производство по делам, возникающим из административно-правовых отношений. М., 1987. С. 5.

а также действий (бездействия), которые не оформляются какими-либо решениями. По сравнению с ГПК РСФСР 1964 г. в нынешнем ГПК РФ расширен круг лиц, чьи акты и действия (бездействие) могут быть обжалованы в судебном порядке: в соответствии с абз. 3 ст. 245 ГПК РФ в суде могут быть оспорены действия государственных и муниципальных служащих, не обладающих статусом должностного лица. В данной статье указаны конкретные виды дел, особенности рассмотрения которых регламентируются отдельными главами ГПК РФ. Однако этот перечень носит открытый характер, и в соответствии с абз. 5 ст. 245 ГПК РФ по правилам гражданского судопроизводства могут рассматриваться также иные дела, возникающие из публично-правовых отношений, отнесенные федеральными законами к ведению суда. Их рассмотрение осуществляется по общим правилам главы 23 ГПК РФ.

Содержание ст. 245 ГПК РФ служит важным дополнением к ст. 22 ГПК РФ, устанавливающей подведомственность гражданских дел судам. При сопоставлении этих норм нельзя не отметить, что они не содержат в себе жестких критериев подведомственности, которые определялись бы статусом субъекта обращения.

Правом на обращение в суд общей юрисдикции по делам об оспаривании нормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, организаций, общественных объединений, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих согласно ст. 245, 251, 254 ГПК РФ обладают не только граждане, но и организации — юридические лица.

Для законодателя критерием разграничения подведомственности дел, возникающих из публичных правоотношений, между судами общей юрисдикции и арбитражными судами является характер спорных правоотношений: согласно ст. 29 АПК РФ к компетенции арбитражных судов относятся дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, связанные с осуществлением организациями и гражданами предпринимательской и иной экономической деятельности. В остальных случаях заявления юридических лиц об оспаривании нормативных актов, актов и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных или муниципальных служащих подлежат рассмотрению в судах общей юрисдикции.

Пленум Верховного Суда РФ в п. 8 Постановления от 20 января 2003 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»⁸ специально обратил внимание на то, что ГПК РФ, в отличие от ГПК РСФСР и Закона РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» (в ред. от 14 декабря 1995 г.), не допускает возможности оспаривания в порядке производства по делам, возникающим из публичных правоотношений, решений и действий (бездействия) учреждений, предприятий, организаций, их объединений и общественных объединений; дела об оспаривании их решений и действий

⁸ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 3.

(бездействия) должны рассматриваться по правилам искового производства, в том числе с соблюдением общих правил подсудности, как дела по спорам о защите субъективного права.

Не могут рассматриваться в порядке гражданского судопроизводства дела, отнесенные Конституцией РФ и Федеральным конституционным законом от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (с посл. изм. и доп.)⁹ к исключительной компетенции Конституционного Суда РФ. Как указано в Постановлении Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П «По делу о толковании отдельных положений ст. 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации»,¹⁰ предусмотренное ст. 125 Конституции РФ полномочие по разрешению дел о соответствии Конституции РФ федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ, конституций республик, уставов, а также законов и иных нормативных актов субъектов РФ, изданных по вопросам, относящимся к ведению органов государственной власти РФ и совместному ведению органов государственной власти Российской Федерации и ее субъектов, относится к компетенции только Конституционного Суда РФ. По смыслу ст. 125–127 Конституции РФ суды общей юрисдикции и арбитражные суды не могут признавать названные в п. «а» и «б» ч. 2 и 4 ст. 125 Конституции РФ акты не соответствующими Конституции РФ и потому утрачивающими юридическую силу. К компетенции судов общей юрисдикции относятся дела о проверке соответствия перечисленных в п. «а» и «б» ч. 2 ст. 125 Конституции РФ нормативных актов ниже уровня закона иному имеющему большую юридическую силу акту, кроме Конституции РФ.

Согласно ч. 2 ст. 1 и ст. 22 ГПК РФ дела, возникающие из публичных правоотношений и отнесенные законом к ведению судов общей юрисдикции, являются одной из разновидностей гражданских дел. По смыслу ч. 1 ст. 246 ГПК РФ производство по делам, возникающим из публичных правоотношений, может быть охарактеризовано как гражданское судопроизводство, осуществляемое с учетом отдельных изъятий и дополнений, установленных главами 23–26 ГПК РФ. Необходимость введения этих дополнений обусловлена, во-первых, особыми задачами, которые возлагаются на суд при рассмотрении такого рода дел, и, во-вторых, спецификой самих дел, в частности неравноправным положением сторон — участников различного рода правоотношений, возникающих в публично-правовой сфере, поскольку этим правоотношениям свойствен властный и императивный характер.

Разрешая дела, возникающие из публичных правоотношений, суд осуществляет контроль за соблюдением законности в деятельности органов представительной и исполнительной власти, общественных объединений, а также должностных лиц, государственных и муниципальных служащих. Осуществление контрольных полномочий предполагает активизацию роли суда при осуществлении судебного разбирательства

⁹ СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447; 2001. № 7. Ст. 607; № 51. Ст. 482.

¹⁰ СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004.

и введение отдельных ограничений в реализацию принципа диспозитивности.

С принятием и вступлением в силу ГПК РФ средством защиты публичных прав стало заявление. Отличие дел искового производства от дел, возникающих из публичных правоотношений, связано с характером спора. В публично-правовом споре в качестве одного из участников выступает публичная власть, которая всегда имеет определенные рычаги воздействия на гражданина.¹¹

Суд приступает к рассмотрению дела, возникающего из публичных правоотношений, на основании заявления. Но и при предъявлении заявления в суд дело может быть возбуждено только при соблюдении определенных юридических условий (предпосылок). Некоторые из них являются общими, как и по исковым делам, но имеют свою специфику, другие же носят самостоятельный характер. Выполнение тех и других — необходимое условие для возбуждения производства по делу.

Исходя из сказанного, можно определить объем и характер административного судопроизводства и, соответственно, природу дел, возникающих из публичных правоотношений. Это прежде всего административные дела, возникающие в сфере государственного управления и регулирования, споры, возникающие из административных правоотношений, дела по защите прав и свобод граждан в сфере управления.

По мнению Ю. А. Тихомирова, дела, возникающие из публичных правоотношений, можно разделить на четыре категории:¹²

1) обжалование гражданами актов и действий должностных лиц, государственных органов, органов местного самоуправления, общественных организаций, нарушающих их права преимущественно публичного характера;

2) споры между гражданами, юридическими лицами и государственными органами, должностными лицами по поводу правовых актов последних;

3) тематические споры (правонарушения бюджетного, налогового, санитарно-эпидемиологического, экологического, таможенного законодательства);

4) в сфере административного судопроизводства возможны споры о компетенции в системе органов исполнительной власти.

Формирование столь большого объема административного судопроизводства — не самоцель. Оно позволит более строго специализировать судебные и иные системы и повысить качество их деятельности. Не исключено, что потребуются изменить объем арбитражно-процессуального судопроизводства, а в будущем — изменить или даже отказаться от функций общего надзора прокуратуры.¹³

¹¹ Колесов П. П. Распоряжение процессуальными средствами защиты права по делам, возникающим из публичных правоотношений // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика. Сб. науч. статей. Краснодар; СПб., 2004. С. 452.

¹² Тихомиров Ю. А. Административное судопроизводство в России — перспективы развития // Российская юстиция. 2001. № 4. С. 36.

¹³ Там же. С. 37.

Существенное значение в настоящее время приобретает решение вопроса о подсудности данных дел суду. Сегодня дела, возникающие из публично-правовых отношений, рассматриваются как судами общей юрисдикции, так и арбитражными судами.

По нашему мнению, возможность быстрого и успешного разрешения дел, возникающих из публичных правоотношений, зависит от правильного определения субъектного состава публичного правоотношения и подсудности, а не от отнесения их к компетенции того или иного суда с точки зрения подведомственности.

Таким образом, правовая природа признаков дел, возникающих из публичных правоотношений, определяется: 1) значимостью и сложностью дел, перечень которых четко определен АПК и ГПК РФ; 2) неравноправным правовым положением сторон; 3) особым способом возбуждения дел — оспаривание путем подачи заявлений, а не предъявления иска; 4) спецификой процесса доказывания; 5) спецификой процессуального регулирования порядка рассмотрения и разрешения дела — дела рассматриваются на основе применения норм искового характера, но с учетом действия специальных норм.

ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Е. В. ВАВИЛИН*

В условиях быстро меняющейся социокультурной обстановки России, динамично развивающейся экономики остро стоит проблема осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей. В законодательстве существуют очевидные лакуны, не до конца «отрефлексированные» моменты, настоятельно напоминающие о себе в процессе применения, регулирования гражданско-правовых отношений.

Так, обращает на себя внимание неоправданное ограничение в ГК РФ возможных способов защиты гражданских прав. В ст. 12 ГК законодатель обозначил способы защиты гражданских прав, которые носят универсальный характер, а значит, могут быть использованы для защиты, за некоторыми исключениями, любого субъективного права. Этот перечень не является исчерпывающим. Законом могут быть предусмотрены и другие способы защиты, к которым относятся, как правило, специальные способы защиты. Их предназначение состоит в защите только конкретных видов гражданских прав либо в защите от определенных нарушений: например, самостоятельные способы защиты прав учредителей (участников) юридических лиц, собственника имущества (титального владельца), кредитора в обязательстве (в частности, взимание процентов за пользование чужими денежными средствами) и т. д.

Какой способ следует или целесообразно применить, зависит от характера охраняемого материального права,¹ от существа правоотношений, самого способа защиты или субъекта гражданского права.² Например, при нарушении прав имущественного характера целесообразно использовать такие способы защиты, как возмещение убытков и/или взыскание неустойки; при нарушениях, связанных с правом собственности и иными вещными правами, — негативный и виндикационный иски. В связи с этим становится актуальным соотношение различных юридически значимых действий по эффективной защите тех или иных прав.³

В соответствии с ч. 2 ст. 45 Конституции РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

* Вавилин Евгений Валерьевич — к. ю. н., доц., зав. сектором отраслевых проблем правовой политики Саратовского филиала ИГП РАН.

© Е. В. Вавилин, 2009

¹ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 155.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 629.

³ См. об этом: Вершинин А. П. Выбор способа защиты гражданских прав. СПб., 2000.

Вместе с тем из положений ГК прямо следует, что защита гражданских прав может осуществляться только теми способами, которые непосредственно предусмотрены законом (ст. 12). Налицо определенная антиномия. Есть ли логика в сужении потенциально возможных способов защиты при нарушении гражданских прав и законных интересов?

Отрасль права содержит систему норм, «на основе которых конструируются правоотношения, определяются права и обязанности их участников».⁴ От общей направленности предписаний той или иной отрасли зависит, будет ли она относиться к отраслям с преимущественно запретительным регулированием, либо с преимущественно обязывающим регулированием, либо преимущественно с дозволительным регулированием. Если гражданское право по характеру норм и направленности регулирования является преимущественно дозволительной отраслью, то главный результат его регулирующего воздействия — не наложение запретов и не ограничения, а наделение определенным правом.⁵ Представляется, что устанавливать фиксированный набор гражданско-правовых способов защиты, ограничивать их выбор и количество только теми, которые указаны в законе, нельзя. Поэтому последний абзац положений ст. 12 ГК следует дополнить выражением «иными способами». Исходя из своей направленности, функций, именно цивилистика должна следовать правилу ч. 2 ст. 45 Конституции РФ.

Другая актуальная проблема состоит в том, что граждане и юридические лица не только имеют право на защиту принадлежащих им субъективных гражданских прав, но и обладают возможностью отказаться от защиты нарушенных прав или охраняемых законом интересов. В частности, правовые акты не обязывают одаряемых возвращать дарителям недоброкачественные подарки, отказываться от дара (ст. 573 ГК), отменять дарение (ст. 578 ГК) и в целом предъявлять кредиторам претензии или иски о требованиях на должников, правонарушителей. Исключений в гражданском законодательстве немного.

Однако отказ хозяйствующего субъекта от защиты нарушенных прав или охраняемых законом интересов не должен влечь за собой непосредственного ущемления государственных интересов и интересов всего общества. Речь идет о действиях (бездействии) государственных и муниципальных унитарных предприятий.

Ранее действовавшее законодательство обязывало государственные организации, чьи права нарушены, предъявлять претензии и иски к нарушителям своих прав.⁶ В настоящее время подобные положения отсут-

⁴ Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. С. 51.

⁵ Там же. С. 51–52.

⁶ См., напр.: п. 2 ст. 220 ГК РСФСР 1964 г.; п. 7, 12, 14 Положения о порядке предъявления и рассмотрения претензий предприятиями, организациями и учреждениями и урегулирования разногласий по хозяйственным договорам, утв. Постановлением Совета Министров СССР от 17 октября 1973 г. № 758 (СП СССР. 1973. № 23. Ст. 128); ч. 2 п. 10, п. 18 Положения о Государственном арбитраже при Совете Министров СССР, утв. Постановлением Совета Министров СССР от 17 января 1974 г. № 60 (СП СССР. 1974. № 4. Ст. 19); п. 27, 35 Инструктивного письма Госарбитража при Совете Министров СССР

твуют в правовых актах, что создает благоприятную среду для злоупотреблений правом, для уменьшения государственной и муниципальной собственности.

Так, финансовые средства унитарного предприятия переводятся его руководителем на счета других коммерческих юридических лиц (как правило, «компаний-однодневок») в соответствии с совершенно легальными сделками: кредитным договором, договором купли-продажи, договором строительного подряда и т. д. В дальнейшем же орган унитарного предприятия имеет формальную (т. е. закрепленную в законе) возможность не предъявлять к должнику исковых требований при нарушении последним своих обязательств.

Представляется, что гражданское и процессуальное право (в частности ст. 4 АПК РФ) должно быть дополнено положениями об обязанности государственных и муниципальных унитарных предприятий обращаться в арбитражный суд за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов.

Другой актуальный вопрос, характеризующий необходимость установления специальных положений, регулирующих осуществление прав государственными и муниципальными унитарными предприятиями: может ли государственное или муниципальное унитарное предприятие освободить частное лицо (должника) от лежащих на нем обязанностей (так называемое прощение долга по ст. 415 ГК)? С юридической точки зрения может, а именно в соответствии со ст. 295 ГК. Без согласия собственника, т. е. государства или муниципального образования, соответствующими организациями может быть подарено движимое имущество, находящееся в хозяйственном ведении государственного или муниципального унитарного предприятия, а также имущество, полученное учреждением от разрешенной ему хозяйственной деятельности (п. 2 ст. 298 ГК). Такого не должно быть, поскольку нельзя ставить знак равенства между государственными (муниципальными) и частными интересами. В указанном случае нарушаются права не одного лица, а, по существу, миллионов граждан.

Требуется учитывать специфику различных форм и видов собственности. Полагаем, что свободное осуществление права прощения долга надлежит предоставить только гражданам и неправительственным коммерческим и некоммерческим организациям.

ГК РФ необходимо дополнить положением о том, что государственные и муниципальные унитарные предприятия, которым имущество принадлежит на праве хозяйственного ведения, а также государственные и муниципальные учреждения не могут прощать долг без согласия собственника.

На наш взгляд, в нормах права необходимо обозначать не только права и обязанности, но и весь правовой механизм гарантированной реализации данных прав и обязанностей, когда эти права и обязанности

от 29 июля 1963 г. № И-1-36 «О практике разрешения органами арбитража споров, связанных с расчетами за продукцию, товары и услуги» (*Сборник инструктивных указаний Государственного арбитража при Совете Министров СССР*. Вып. 25. М., 1966. С. 37, 39).

становятся персонифицированными. В объективном праве следует предусмотреть фактический результат, к которому должно прийти управомоченное лицо при достижении идеальной (основной, а не факультативной) цели субъективного права. Завершением действия механизма защиты гражданских прав должно стать реальное (формальное и фактическое) восстановление нарушенных субъективных гражданских прав. ГК РФ целесообразно дополнить следующими положениями:

1) право гражданина или юридического лица считается осуществленным с момента не только юридической (официальной), но и фактической (действительной) реализации тех правовых и социально-экономических возможностей, которые предоставляются правом; указанное правило целесообразно закрепить в п. 3 ст. 9 ГК;

2) нарушенные гражданские права считаются восстановленными с момента реализации юридической и фактической их защиты; данное положение можно закрепить в п. 3 ст. 11 ГК. Действие механизма защиты прав завершает не охранительный правоприменительный акт, а стадия реального, фактического устранения нарушений права, восстановления (признания) субъективного гражданского права и/или компенсация потерь, вызванных нарушением права.

Аналогичные процессы происходят и при исполнении субъективной гражданской обязанности, поскольку субъективные гражданские права и обязанности обладают корреспондирующими свойствами, тесно взаимосвязаны и взаимообусловлены. Так, принятие судебного решения или исполнение судебного решения судебным приставом-исполнителем зачастую отражают сугубо формальный подход, т. е. правильный, с точки зрения формы и квалификации, применения закона или иного нормативного правового акта. Однако всегда ли юридическая составляющая имманентна действительному настоящему, т. е. правильному по сути исполнению гражданско-правовой обязанности, а значит, и надлежащей непосредственной реализации субъективного гражданского права? Зачастую суд выносит решение, руководствуясь, в первую очередь, формальными обстоятельствами, не утруждая себя поиском фактического адекватного сложившейся спорной ситуации решения, которое бы требовало от должника надлежащего исполнения гражданско-правовой обязанности. Подчас суд формально защищает субъективное право, тем самым фактически закрепляет возможность для другой стороны исполнять обязанность по возврату имущества (денежных средств) в объеме, значительно (в кратном отношении) меньшем фактически необходимого. Например, суд порой не учитывает ни внушительный размер инфляции (отсутствует индексация размера вложенных денежных средств), ни фактическую рыночную стоимость незавершенного строительства.

Одна из самых острых и нерешенных проблем в правоприменительной практике — исполнение государством, субъектами РФ и муниципальными образованияами своих гражданско-правовых обязанностей. Совокупность особых правил, учитывающих специфику регулирования отношений с участием публично-правовых образований, существует. Вместе с тем органы публичной власти в некоторых случаях фактически не исполняют свои гражданско-правовые обязанности. Механизм

исполнения государством своих обязанностей далеко несовершенен, в частности в вопросах исполнения судебных решений. В связи с этим выглядит целесообразным предложение о принятии закона, который регулировал бы гражданско-правовую ответственность государства, субъектов РФ и муниципальных образований за вред, причиненный его органами или их должностными лицами. Как правило, решение суда по восстановлению нарушенных имущественных прав лица и необходимости исполнения обязанности есть, а фактического восстановления имущественного положения потерпевшего лица, т. е. надлежащего исполнения обязанности, нет. Для полной реализации субъективного гражданского права, надлежащей его защиты требуется не только формальное, но и фактическое исполнение субъективной гражданской обязанности. Именно с этого момента юридическую обязанность можно считать исполненной. С целью дальнейшего совершенствования законодательства предлагается внести дополнение в абз. 2 п. 1 ст. 12 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ «О судебных приставах»,⁷ а именно после слов «судебный пристав-исполнитель: принимает меры по своевременному, полному и правильному исполнению исполнительных документов» добавить «принимает меры по реальному (фактическому) исполнению судебных решений».

Кроме того, целесообразно включить в гл. 2 ГК отдельную статью с названием «Исполнение гражданских обязанностей». В данной статье ГК необходимо предусмотреть определение и основополагающие принципы исполнения гражданско-правовых обязанностей, в частности общий принцип гражданского права, по которому исполнение субъективной гражданской обязанности считается осуществленным, т. е. достигшим своей правовой цели, с момента формального и фактического должного, требуемого поведения.

⁷ СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3591.

ПРЕДВИДИМОЕ НАРУШЕНИЕ ДОГОВОРА

С. С. БОНДАРЕНКО

Предвидимое нарушение договора — ситуация, когда появляются основания ожидать нарушение договора в будущем. Предвидимое нарушение возможно, когда договор полностью подлежит исполнению в будущем, а также в ходе исполнения, но до наступления (истечения) сроков исполнения. Предвидимому нарушению подвержены договоры, где исполнение отсрочено, либо растягивается в течение длительного времени, либо включает части со значительными временными интервалами.

Концепция предвидимого нарушения, направленная на защиту прав стороны, предвидящей нарушение договора контрагентом, возникла в системе общего права. У английских и американских юристов не вызывает сомнений практическая целесообразность данной концепции. Однако ее теоретическое обоснование порождает споры. Вот как суть проблемы изложил судья Уэллс в решении по делу *Daniels v. Newton* (1874): «Мы не способны видеть, как это (предвидимое нарушение. — С. Б.) может само по себе составлять наличествующее нарушение любых юридических прав другой стороны или предоставлять ей существующее право на иск... Пока не наступает время, когда по условиям соглашения она является или может являться уполномоченной на исполнение договора, она не способна потерпеть вред или лишение, составляющие основание для убытков. Здесь нет никакого нарушения, никаких потерь, на которых можно основывать иск».¹ Для разрешения данного затруднения была создана следующая конструкция: кредитору принадлежит не только право на получение исполнения, но и вытекающее из договора право на сохранение договорных отношений до момента исполнения, «право на то, чтобы договор считался существующим и действительным».² Этому праву противостоит обязанность должника не подвергать риску возможность исполнения, т. е. в условиях предвидимого нарушения возникает нарушение не самого



Бондаренко Сергей Сергеевич,
аспирант кафедры
гражданского права и процесса
Белгородского государственного
университета

© С. С. Бондаренко, 2009

¹ Цит. по: *Fuller L. L., Eisenberg M. A. Basic Contract Law*. 6 ed. St. Paul (Minn.), 1996. P. 988.

² *Ансон В. Договорное право*. М., 1984. С. 331.

договора, а обязанности, косвенно (по смыслу) следующей из него. Такое обоснование концепции предвидимого нарушения стало общепризнанным в системе общего права и закреплено в Единообразном торговом кодексе (ЕТК) США.³

Главным противником идеи предвидимого нарушения считается американский ученый С. Уиллистон. По его мнению, конструирование подразумеваемой обязанности, вытекающей из договора, неоправданно расширяет круг обязанностей должника, заставляя отвечать по обязательству, которое он не брал на себя.⁴ Действительно, выведение из договора косвенной обязанности выглядит несколько искусственным. Это попытка увидеть нарушение там, где его еще нет. С. Уиллистон полностью отрицает концепцию предвидимого нарушения. Но, быть может, концепция просто нуждается в другом теоретическом обосновании. И такое обоснование было предложено. Как отмечает американский юрист Г. Баллантайн, есть две возможные теории: 1) предвидимое нарушение является наличествующим нарушением; 2) угрожающее нарушение может создавать основание иска; «возможно, простая угроза совершения нарушения должна создавать основание для иска».⁵ Однако данная идея не получила развития. Насколько мы можем судить, в англо-американском праве отсутствует категория угрозы нарушения права. В российском законодательстве угроза рассматривается как достаточное основание для защиты гражданских прав (например, ст. 12 ГК РФ среди способов защиты гражданских прав предусматривает пресечение действий, создающих угрозу нарушения права; ст. 131 ГПК РФ устанавливает, что в исковом заявлении должно быть указано, в чем заключается нарушение или угроза нарушения прав).

В западной практике нет общепринятой классификации форм предвидимого нарушения договора. Например, английское право выделяет три разновидности предвидимого нарушения: 1) прямой отказ (когда до наступления срока исполнения должник отказывается от обязательства в письменной или устной форме); 2) косвенный отказ (следует из поведения должника до наступления срока исполнения); 3) неспособность к осуществлению исполнения в будущем (когда должник своими действиями создает невозможность исполнения либо выводит возможность исполнения из-под своей власти). Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.⁶ (далее — Венская конвенция 1980 г.), где предвидимому нарушению посвящен отдельный раздел, использует несколько иной подход.

³ Пункт 1 ст. 2-609 ЕТК устанавливает: «Договор купли-продажи налагает на каждую сторону обязательство, согласно которому ожидания другой стороны в получении надлежащего исполнения не будут умалены» (*Uniform Commercial Code* // www.law.cornell.edu/ucc/2/2-609.html (2008. 2 окт.)).

⁴ См. подробнее: *Комаров А. С.* Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 100–102.

⁵ *Ballantine H.* Anticipatory Breach and the Enforcement of Contractual Duties // 22 Mich. L. Rev. 1924 (цит. по: *Fuller L. L., Eisenberg M. A.* Basic Contract Law. P. 990).

⁶ *Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров от 11 апреля 1980 г.* // Сборник международных договоров СССР и Российской Федерации. Вып. XLVII. М., 1994. С. 335–357.

Здесь выделяется предвидимое нарушение, возникающее: 1) вследствие серьезного недостатка у стороны способности осуществить исполнение или кредитоспособности; 2) вследствие поведения стороны по подготовке или осуществлению исполнения договора (п. 1 ст. 71). Особо упоминается прямой отказ от договора (п. 3 ст. 72), а также ситуация, когда договор уже нарушен и есть основания ожидать будущих нарушений (п. 2 ст. 73).

На наш взгляд, целесообразно отдельно рассмотреть: 1) ситуацию прямого отказа от договора, когда вывод о предвидимом нарушении основывается на заявлении самого должника; 2) ситуацию, когда кредитор предвидит нарушение на основе собственной оценки поведения или положения должника; 3) ситуацию, когда нарушение договора уже произошло и можно ожидать новых нарушений.

1. Прямой отказ от договора до наступления срока его исполнения.

В англо-американской практике распространена такая форма предвидимого нарушения, как неправомерный отказ от договора, заявленный прямо (письменно или устно) до наступления срока исполнения обязательства. Отказ должен касаться сути договора, исполнения договорных обязательств в целом. Известный прецедент подобного рода — дело *Hochster v. De la Tour* (Англия, 1853). Ответчик нанял истца для сопровождения в поездке по Европе, но вскоре изменил намерение и сообщил в письме, что отказывается от услуг. Хотя срок исполнения обязательства еще не наступил, истец обратился в суд для взыскания убытков. Ответчик доказывал в суде, что нарушение договора не могло возникнуть до даты исполнения. Однако решение состоялось в пользу истца. Выводы суда заложили основу всей доктрины предвидимого нарушения. Во-первых, суд признал, что предвидимое нарушение должно уполномочивать добросовестную сторону незамедлительно расторгнуть договор. Во-вторых, сразу после расторжения договора может быть предъявлен иск о возмещении убытков. Эти правила прочно вошли в судебную практику Великобритании, оказали влияние на право США (в соответствии со ст. 2-610 ЕТК, если одна из сторон отказывается от договора в отношении исполнения, срок которого еще не наступил и неисполнение которого существенно снижает ценность договора для другой стороны, потерпевшая сторона может в том числе расторгнуть договор). Сходные положения отмечаются в праве Франции и Германии,⁷ в международных договорах (п. 3 ст. 72 Венской конвенции 1980 г.).

Как на неправомерный отказ от договора, заявленный до наступления срока исполнения, отреагировала бы российская правовая система? Во-первых, ст. 310 ГК РФ устанавливает запрет на односторонний отказ от исполнения обязательства, кроме случаев, предусмотренных законом. Последствия нарушения этого запрета прямо не урегулированы. В судебной практике и среди ученых признается, что неправомерный отказ является правонарушением и влечет ответственность в виде возмещения убытков.⁸ Во-вторых, сам договор при неправомерном отказе продолжает

⁷ Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. С. 106.

⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 9 апреля 1996 г. № 6636/95 // Вестник ВАС РФ. 1996. № 7. — См. также: *Гражданское право*. Учебник / отв. ред. В. П. Мозолин, А. И. Масляев. Ч. 1. М., 2005. С. 594.

действовать (из п. 3 ст. 450 ГК РФ следует, что расторжение договора влечет лишь правомерный отказ). Добросовестная сторона не может расторгнуть договор ни в одностороннем порядке (закон такого случая одностороннего расторжения не предусматривает), ни в судебном порядке в связи с существенным нарушением (существенное нарушение в смысле неисполнения или ненадлежащего исполнения договора еще не состоялось и не могло состояться, так как не наступил срок исполнения обязательства). Можно сделать вывод о том, что при неправомерном отказе от договора, заявленном до наступления срока исполнения, потерпевшая сторона имеет право на возмещение убытков, но не имеет возможности расторгнуть договор. При этом неясно, в чем могут состоять убытки, если договор сохраняет силу и все еще подлежит исполнению в будущем. Получается, что сторона, совершившая правонарушение в виде неправомерного отказа, не несет никакой ответственности, а добросовестная сторона остается связанной явно ненадежным договором. Таким образом, трактовка рассматриваемой ситуации с позиций правонарушения оказывается неэффективной.

Вариант решения данной проблемы предлагает А. Г. Карапетов: «В силу того, что согласно ст. 310 ГК односторонний отказ должника от договора не допускается, данное заявление должника может рассматриваться исключительно как оферта, предложение расторгнуть договор».⁹ Если кредитор в разумный срок после этого выразит свою волю на прекращение договора, то налицо расторжение договора по взаимному согласию путем акцепта кредитором оферты должника. При этом состоявшееся соглашение о расторжении, по мысли ученого, не отменяет противоправность действий должника, отказавшегося от исполнения обязательства. Поэтому кредитор сохраняет возможность использовать различные способы защиты своих прав (в том числе возмещение убытков). Конструкция, предложенная А. Г. Карапетовым, удачно разрешает проблему расторжения договора кредитором. Но у нее, на наш взгляд, есть и недостаток: один и тот же юридический факт (прямой отказ должника от договора) рассматривается одновременно и как правомерное действие (оферта, направленная на расторжение договора), и как действие неправомерное (нарушение запрета ст. 310 ГК РФ, являющееся основанием для взыскания убытков). Здесь кажется уместным привести слова В. А. Белова: «Поскольку одно и то же действие... не может быть в одно и то же время и правомерным, и неправомерным, основание динамики правоотношений регулятивных не может быть одновременно и основанием динамики правоотношений охранительных, т. е. не может стать основанием к какому-либо иску».¹⁰

Можно предложить еще один вариант трактовки прямого отказа должника от договора до наступления срока исполнения. Подобный отказ

⁹ Карапетов А. Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М., 2007. С. 162.

¹⁰ Белов В. А. Исковая давность по требованиям об обратном взыскании средств, незаконно списанных железной дорогой со счета в ТехПД // Законодательство. 2007. № 3. С. 9.

допустимо квалифицировать как действие, создающее угрозу нарушения прав кредитора. Спорный вопрос, есть ли в рассматриваемой ситуации нарушение договора, но наличие угрозы нарушения кажется бесспорным. Расторжение договора при этом будет мерой защиты, применяемой кредитором в связи с возникновением угрозы нарушения его прав. Не возникает здесь никаких препятствий и для взыскания убытков в рамках возникшего охранительного правоотношения.¹¹

Предлагаемый подход к прямому отказу от договора, заявленному до наступления срока исполнения, требует некоторых уточнений:

1) возникает вопрос о порядке расторжения договора: судебном или внесудебном. Ситуация прямого отказа от договора, как правило, вполне очевидна, недвусмысленна и, кроме того, требует принятия оперативных решений. Поэтому целесообразно использовать односторонний (внесудебный) порядок расторжения договора.¹² Одностороннее расторжение договора по своей природе является односторонней сделкой, поэтому должны соблюдаться требования, касающиеся формы сделок (ст. 158–165 ГК РФ). В науке распространено мнение о том, что одностороннее расторжение договора должно производиться в той же форме, в какой был заключен договор;¹³

2) очевидно, что расторжение договора должно быть произведено в течение разумного срока после того, как был заявлен неправомерный отказ;¹⁴

¹¹ Наличие угрозы в данной ситуации кажется бесспорным, однако есть ли само право, в отношении которого возникает угроза нарушения? Иными словами, существует ли субъективное право кредитора до наступления срока исполнения корреспондирующей обязанности должника? Полагаем, что существует. С момента заключения договора между сторонами возникает обязательство, а значит, появляются права и обязанности, составляющие содержание данного обязательства. Конечно, до наступления оговоренного срока права и обязанности будут как бы «несозревшими», но это не отменяет их реального существования. В частности, «несозревшие» права и обязанности могут быть переданы другим лицам в порядке уступки требования или перевода долга (подробнее о реальном существовании «несозревших» прав см.: *Новоселова Л. А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003. § 11.2; Сарбаи С. В. Исполнение взаимных обязательств. М., 2004. С. 42–44*). Таким образом, мы исходим из того, что право кредитора требовать исполнения возникает с момента заключения договора (хотя осуществлено может быть лишь после наступления срока исполнения). Неисполнение должником обязанности в срок нарушает данное право кредитора, а прямой отказ должника от договора, заявленный до срока исполнения, создает угрозу нарушения данного права.

¹² Именно такой подход используется в западной практике. Например, в английском праве для расторжения договора при предвидимом нарушении достаточно просто сообщить соответствующее намерение другой стороне. Новыми судебными решениями было признано, что даже бездействие или молчание могут по обстоятельствам дела выдать намерение расторгнуть договор, если у другой стороны при этом должно было возникнуть представление о том, что договор исчерпан (*Applebey G. Contract Law. London, 2001. P. 415–416*).

¹³ *Соменков С. А. Расторжение договора в гражданском обороте: теория и практика. М., 2002. С. 100; Егорова М. А. Односторонний отказ от исполнения договора по законодательству РФ. Дис. ... к. ю. н. М., 2006. С. 82–83.*

¹⁴ В английской практике действует правило: если добросовестная сторона не расторгнет договор с разумной поспешностью, то договор продолжает действовать так, как будто отказа вообще не было. Новые судебные решения внесли корректировки в это правило,

3) возможны ситуации, когда незаконный отказ от договора имеет видимость законного. Например, недобросовестный контрагент может ссылаться на якобы имеющееся нарушение договора другой стороной или на отсутствие у договора юридической силы. Конечно, попытка «изобразить» законное основание для отказа не отменяет его незаконную природу. Поэтому и в этой ситуации добросовестная сторона должна иметь право на расторжение договора. Если же ситуация не очевидна и добросовестная сторона сама сомневается в своей правовой позиции, то вместо одностороннего расторжения договора она может обратиться в суд с иском о признании отказа незаконным;

4) в английской практике предвидимое нарушение образует лишь полный, безоговорочный отказ от договора. Но как быть в ситуации, когда неправомерный отказ является частичным? Видятся два возможных варианта разрешения ситуации. Первый — признание за добросовестной стороной права на расторжение договора в соответствующей части. Однако здесь возникает дополнительная проблема соразмерности частичного отказа и частичного расторжения. Кроме того, такое частичное расторжение (являющееся, по сути, односторонним изменением договора) не всегда приемлемо (например, для кредитора может быть важным получение исполнения в полном объеме). Более предпочтительным представляется второй путь — оценка существенности частичного отказа. Если частичный отказ дает основание ожидать в будущем существенное нарушение договора, то добросовестная сторона может расторгнуть договор, не дожидаясь наступления срока исполнения. Если же частичный отказ является несущественным, то механизм предвидимого нарушения не может быть задействован;

5) расторжение договора в рассматриваемой ситуации является мерой защиты прав, а значит, как и любая мера защиты, используется независимо от вины должника. После расторжения договора кредитор может взыскать причиненные убытки. Однако возмещение убытков относится к мерам ответственности и применяется по общему правилу при наличии вины должника. На кредиторе лежит обязанность принять разумные меры для уменьшения размера убытков.¹⁵ Представляется, что обязанность по уменьшению убытков должна возникать только после расторжения договора. Иной подход использует американское право, признавая, что данная обязанность возникает непосредственно после заявления неправомерного отказа. Едва ли такой подход заслуживает поддержки. Возлагая на добросовестную сторону обязанность по уменьшению убытков

в том числе когда имеется длящийся или возобновляемый отказ (*Qiao Liu. Claiming damages upon an anticipatory breach: why should an acceptance be necessary? // Legal Studies. Nov 1, 2005. Vol. 25. Issue 4. P. 570–571*).

¹⁵ Говорить об обязанности здесь можно лишь условно. Кредитор не может быть понужден к принятию мер по уменьшению убытков и не несет ответственности за их неприятие (*Нам К. В. Убытки и неустойка как формы договорной ответственности // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. М. И. Брагинского. М., 1999. С. 341–342, 355*). Последствием неисполнения кредитором «обязанности» по уменьшению убытков является возможное уменьшение судом размера ответственности должника (п. 1 ст. 404 ГК РФ).

уже в силу самого отказа, ее тем самым подталкивают к прекращению договора, и право на расторжение превращается в обязанность.¹⁶

2. Поведение или положение должника, несовместимые с осуществлением надлежащего исполнения в будущем. Прямой отказ от договора — это достаточно простая, очевидная форма предвидимого нарушения. Сложнее ситуации, когда должник напрямую от договора не отказывается, но возникают иные обстоятельства, позволяющие ожидать нарушение. О будущем нарушении может свидетельствовать поведение должника (например, полное отсутствие действий по подготовке к исполнению или чрезмерная медлительность этих действий) или его положение (например, недостаточная платежеспособность, некомпетентность или неукомплектованность штата работников). В англо-американской практике признается, что о поведении или положении должника можно судить не только в рамках конкретного договора, но и основываясь на иных договорах между этими же контрагентами (например, задержка платежей продавцу по другим контрактам) и даже на договорах должника с третьими лицами (например, поставка иным покупателям с аналогичными заказами некачественных товаров). Особым случаем предвидимого нарушения можно признать исполнение должником несовместимого обязательства. Так, в деле *Omniium D'Enterprises v. Sutherland* (1919) ответчик-судовладелец до начала исполнения договора фрахтования продал судно третьему лицу. Менее очевидно предвидимое нарушение в ситуации, когда должник имеет несовместимое обязательство, но еще не исполнял его. В деле *Topfer International GmbH v. Itex Itagrani Export SA* (1993) стороны заключили договор закупки твердой кукурузы. Кукуруза предназначалась для последующей морской перевозки на определенном судне. Вскоре это же судно было назначено покупателем для перевозки зерна по другому договору. Продавец посчитал, что покупатель продемонстрировал намерение не исполнять договор. Однако суд при рассмотрении спора указал, что

¹⁶ Вопрос о моменте возникновения обязанности по уменьшению убытков стал ключевым в английском деле *White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor* (1962). Истцы занимались необычным бизнесом: бесплатно поставляли корзины для мусора местным властям. При этом они заключали договоры с предпринимателями, желавшими поместить рекламные объявления на корзинах. Подобный договор был заключен и с ответчиком сроком на три года. В тот же самый день, когда был заключен договор, ответчик отказался от него в письменной форме. Однако истцы проигнорировали отказ, в течение нескольких лет производили исполнение и в свое время предъявили иск, требуя полную оплату по договору. При рассмотрении дела в Палате лордов большинство лордов-судей исходило из принципа, согласно которому обязанность к уменьшению убытков возникает только после расторжения договора. Поскольку истцы не расторгли договор, они не были связаны этой обязанностью и могли продолжать исполнение. Решение Палаты лордов, состоявшееся в пользу истцов, стало объектом резкой критики, было использовано как аргумент теми английскими учеными, которые считают, что обязанность к уменьшению убытков должна возникать сразу после заявления неправомерного отказа. Нужно отметить, что ситуация, подобная описанной, вряд ли может возникнуть в российском праве. ГК РФ применительно ко многим договорам предоставляет сторонам право в любой момент заявить немотивированный отказ от договора, влекущий его расторжение. Например, заключенное в деле *White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor* соглашение в российском праве было бы квалифицировано как договор возмездного оказания услуг. Право заказчика отказаться от данного договора предусмотрено в п. 1 ст. 782 ГК РФ.

наличие несовместимого обязательства само по себе не создает предвидимое нарушение.

Во всех приведенных примерах для установления предвидимого нарушения кредитор должен произвести взвешенную оценку обстоятельств. Какими критериями руководствоваться при этой оценке? Австралийский ученый Дж. Картер выделяет три таких критерия:¹⁷

1) объективность ситуации предвидимого нарушения. Понятно, что кредитор не может основываться на субъективных опасениях. Опасения должны иметь разумные, оправданные основания (критерий «разумных оснований» используется в ст. 2-609 ЕТК США, в п. 2 ст. 73 Венской конвенции 1980 г., в ст. 7.3.4 Принципов международных коммерческих договоров¹⁸ (далее — Принципы УНИДРУА), в ст. 8:105 Принципов европейского договорного права¹⁹), совершение нарушения в будущем должно быть ясным, очевидным (критерий «очевидности» используется в п. 1 ст. 71, п. 1 ст. 72 Венской конвенции 1980 г., в ст. 7.3.3 Принципов УНИДРУА, в п. 2 ст. 9:201, ст. 9:304 Принципов европейского договорного права). Английские суды используют критерий «разумного лица», предполагающий оценку ситуации с точки зрения разумного лица в позиции добросовестной стороны;

2) достоверность ситуации предвидимого нарушения. Этот критерий предполагает оценку надежности источника информации об ожидаемом нарушении. Кредитор должен иметь доказательства, которые в случае возникновения спора будут убедительны для суда. В американском праве используется широкий подход в отношении круга источников информации о предвидимом нарушении. Так, признается достаточным сообщение от заслуживающего доверия лица, например посредника. Обсуждается вопрос о возможности использования общей информации рынка;

3) серьезность ситуации предвидимого нарушения. В большинстве правовых актов закрепляется, что ожидаемое нарушение должно быть существенным. Например, в ст. 71 Венской конвенции 1980 г. говорится о предвидимом неисполнении значительной части обязательств, а в ст. 72 — об ожидаемом существенном нарушении; в ст. 7.3.3 и 7.3.4 Принципов УНИДРУА, а также в ст. 8:105 и 9:304 Принципов европейского договорного права — о будущем существенном неисполнении. В ст. 2-609 ЕТК США характер ожидаемого нарушения не уточняется. В данном Кодексе, как отмечает Дж. Картер, акцент сделан не на существенности будущего нарушения, а на разумности оснований для опасений.²⁰

Рассмотрим возможные меры защиты кредитора в ситуации, когда поведение или положение должника позволяют ожидать нарушение. Одна из таких мер, выделяемых западной практикой, — одностороннее расторжение договора. Некоторые вопросы, касающиеся применения

¹⁷ *Carter J. W. Suspending Contract Performance for Breach // Good Faith and Fault in Contract Law / ed. by J. Beatson, D. Friedmann. Oxford, 2002. P. 506–509.*

¹⁸ *Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) 1994 г. // Закон. 1995. № 12. С. 82–92.*

¹⁹ *Принципы европейского договорного права // <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1261692> (2008. 2 окт.).*

²⁰ *Carter J. W. Suspending Contract Performance for Breach. P. 509.*

данной меры, уже были рассмотрены нами выше. Здесь же добавим, что одностороннее расторжение договора при предвидимом нарушении известно и российскому праву. Так, по договору подряда заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков, если подрядчик выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным (п. 2 ст. 715 ГК РФ). Применительно к кредитному договору кредитор может отказаться (полностью или частично) от предоставления заемщику кредита при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих, что сумма не будет возвращена в срок (п. 1 ст. 821 ГК РФ). Общих для всех договоров правил о предвидимом нарушении в ГК РФ нет, хотя предложения о создании таких правил высказываются в науке. Так, С. А. Соменков считает целесообразным включить в гл. 29 ГК РФ следующую норму: «Если после заключения договора возникают обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что одна из сторон совершит существенное нарушение договора, другая сторона вправе заявить о расторжении договора, при условии, что иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими законами или договором, или не вытекает из его существа».²¹

Предложение С. А. Соменкова подверглось критике со стороны М. С. Каменецкой.²² Рассмотрим основные возражения.

М. С. Каменецкая отмечает, что во включении подобной нормы в ГК РФ нет необходимости, поскольку пострадавшее лицо сможет восстановить свое имущественное положение за счет компенсации убытков, причиненных нарушением и расторжением договора. На наш взгляд, право взыскать убытки *post factum* не создает достаточной защищенности для кредитора. Если учесть возможные перипетии судебного и исполнительного производства, то перспектива возмещения убытков кажется далекой и не всегда надежной. В любом случае, взыскание убытков, причиненных состоявшимся нарушением, — это не решение проблемы, это новая проблема. Расторжение же договора еще до фактического нарушения позволяет свести убытки кредитора к минимуму. Один из доводов С. А. Соменкова как раз и состоит в том, что предлагаемая им норма даст возможность предотвратить неоправданные убытки, которые сторона может понести вследствие вынужденной пассивности.

По мнению М. С. Каменецкой, рассмотрение предлагаемой нормы в качестве общего правила представляется необоснованным с экономической точки зрения, поскольку это снизит стабильность гражданского оборота. Можно возразить, что стабильность оборота, достигаемая за счет игнорирования наличия ненадежных договоров, — это мнимая стабильность. Скорее напротив, идея предвидимого нарушения способна оказать благотворное влияние на гражданский оборот. Возможность расторжения договора еще до фактического нарушения должна дисциплинировать стороны, побуждать планомерно готовиться к осуществлению надлежащего исполнения. Стимулирующее воздействие правила о предвидимом нарушении отмечает и сам С. А. Соменков.

²¹ Соменков С. А. Расторжение договора в гражданском обороте. С. 73.

²² Каменецкая М. С. Существенное нарушение договора контрагентом как основание для расторжения // Законодательство. 2004. № 10. С. 13.

М. С. Каменецкая видит противоречие между нормой, предлагаемой С. А. Соменковым, и абз. 4 п. 2 ст. 450 ГК РФ, который устанавливает причинно-следственную связь между нарушением и фактом ущерба, который уже нанесен. Насколько мы поняли, суть этого противоречия состоит в том, что для расторжения договора при существенном нарушении ущерб уже должен наличествовать. При предвидимом же нарушении ущерб не наличный, а только возможный. Поэтому если полагать, что при предвидимом нарушении основанием для расторжения договора является существенное нарушение, то противоречие действительно налицо. Но это противоречие преодолевается, если допустить, что в качестве основания для расторжения выступает угроза существенного нарушения (угроза нарушения права кредитора).

Использованное С. А. Соменковым словосочетание «очевидно свидетельствующие», по мнению М. С. Каменецкой, является юридически неопределенным. С этим возражением следует согласиться. Отрицательной стороной идеи предвидимого нарушения является значительный субъективизм.²³

В пользу предложения С. А. Соменкова говорит то, что оно находится в русле развития европейского договорного права (это отмечает и М. С. Каменецкая). Сходные предписания содержит английское право, ст. 7.3.3 Принципов УНИДРУА, ст. 9:304 Принципов европейского договорного права, п. 4 § 323 Гражданского уложения Германии.²⁴

Одностороннее (внесудебное) расторжение договора, которое предлагает С. А. Соменков, — это крайняя мера в ситуации, когда поведение или положение контрагента позволяют ожидать нарушение договора. Вводить эту меру можно только вместе с более гибкими средствами, позволяющими защитить интересы добросовестной стороны при сохранении договорной связи. В западной литературе отмечается, что закон не должен игнорировать интерес сторон в сотрудничестве, их попытки сохранить договор, найти обоюдно устраивающее решение.²⁵ В качестве одной из альтернатив расторжения договора в зарубежной практике рассматривается механизм приостановления исполнения обязательства.

Механизм приостановления исполнения обязательства применяется в американском праве, в некоторых международных актах (английской практике приостановление исполнения при предвидимом нарушении неизвестно). Упоминание о приостановлении есть и в ст. 328 ГК РФ, посвященной встречному исполнению обязательства. Под встречным исполнением понимают второе по очереди (последующее) исполнение,

²³ Этот недостаток отмечает также С. В. Сарбаш, рассматривая конкретную статью ГК РФ, связанную с предвидимым нарушением договора. По мнению ученого, субъективизм можно сгладить путем установления в законе сбалансированной системы регулирования последствий предвидимого нарушения с неисчерпывающим (примерным) определением по возможности более четких критериев для обстоятельств, позволяющих ожидать нарушение (Сарбаш С. В. Исполнение взаимных обязательств. С. 67).

²⁴ Параграф 323 введен в целях реализации директив Европейского Парламента и Совета (Гражданское уложение Германии: вводный закон к Гражданскому уложению / пер. с нем.; введ., сост. В. Бергманн; науч. ред. А. Л. Маковский и др. 2-е изд. М., 2006. С. 80).

²⁵ Carter J. W. Suspending Contract Performance for Breach. P. 499.

которое должно производиться только после получения исполнения от другой стороны. Пункт 2 ст. 328 ГК РФ устанавливает, что в случае непредоставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения обязательства (т. е. при реальном нарушении) либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок (т. е. при предвидимом нарушении), сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков.²⁶

Рассмотрим некоторые вопросы, касающиеся приостановления исполнения обязательства при предвидимом нарушении:

1) режим приостановления исполнения имеет ограниченную сферу применения. Он может использоваться лишь в двусторонних договорах, где каждая сторона одновременно является и кредитором, и должником. Еще одно ограничение упоминает ЕТК США, в п. 1 ст. 2-609 которого сказано, что контрагент может приостановить исполнение, если это разумно с коммерческой точки зрения. Значит, иногда приостановление может быть неразумным; например, когда обязательство исправной стороны должно быть исполнено к строго определенному сроку, а иначе другая сторона утрачивает интерес к договору, приостановление будет неразумным, если повлечет невозможность исполнения в срок;

2) возникает вопрос о моменте, с которого механизм приостановления исполнения может быть задействован. Под исполнением понимают совершение должником в пользу кредитора конкретного действия, составляющего предмет обязательства, т. е. исполнение представляет собой завершающий этап развития нормального договорного отношения, влекущий прекращение обязательства. В некоторых случаях исполнению предшествует ряд подготовительных мероприятий (например, поиск подрядчиком необходимых материалов, заключение договоров с субподрядчиками). Может ли механизм приостановления использоваться еще на стадии подготовки к исполнению? Считаем, что да. Цель приостановления исполнения обязательства состоит в предотвращении возможных убытков у добросовестной стороны. Соответственно, чем раньше произойдет приостановление, тем больших убытков удастся избежать. Можно ли приостановить исполнение после того, как оно уже

²⁶ Отметим, что при реальном нарушении предоставление указанных прав выглядит совершенно справедливо, вытекает из самой природы встречного исполнения, но при предвидимом нарушении кажется малопонятным. Сторона, обязанная к встречному исполнению, и так находится в лучшем положении, раз она должна исполнять только после контрагента. Зачем же предоставлять ей еще и дополнительные преимущества, защищая ее от предвидимого нарушения? Более справедливым кажется подход Гражданского уложения Германии, которое при предвидимом нарушении наделяет правами сторону, обязанную исполнять первой (п. 1 § 321). Своеобразное решение данной проблемы предлагает А. Г. Каранетов: встречным по ст. 328 ГК РФ является не только второе (последующее), но и первое по очереди (предшествующее) исполнение. Автор раскрывает все преимущества такого широкого подхода к ст. 328 ГК РФ (*Каранетов А. Г. Расторжение нарушенного договора...* С. 559–565). Нам данный подход кажется целесообразным, но пока не имеющим достаточных оснований в законодательстве (ГК РФ встречным исполнением последовательно называется именно второе, последующее исполнение).

произведено? Очевидно, что нет. Ведь «нельзя приостановить того, что уже сделано»;²⁷

3) нужно ли уведомить контрагента о приостановлении исполнения? Пункт 3 ст. 71 Венской конвенции 1980 г. требует, чтобы сторона, приостанавливающая исполнение, немедленно известила об этом другую сторону. Форма извещения не конкретизируется.²⁸ ЕТК США требует письменную форму уведомления, но американские суды иногда отказываются применять это требование как формальное, признавая достаточным, чтобы ответчик знал о приостановлении (с помощью устного извещения, на основе поведения истца).²⁹ В ст. 328 ГК РФ вообще не сказано о необходимости уведомления о приостановлении. С. В. Сарбаш, комментируя данную статью, указывает, что с позиций добросовестности управомоченному субъекту следует поставить контрагента в известность о принятом решении приостановить исполнение. Однако чуть ниже он отмечает, что, поскольку закон не обязывает управомоченное лицо сделать заявление контрагенту о приостановлении исполнения, едва ли можно лишить его правомочия, основываясь на его пассивности.³⁰ На наш взгляд, сторона, предвидящая нарушение договора, безусловно, должна уведомить контрагента о своем решении приостановить исполнение. Представляется, что приостановление исполнения является односторонней сделкой, направленной на изменение обязательственного правоотношения (например, может продлеваться срок исполнения обязательства исправной стороны). Это значит, что форма уведомления о приостановлении должна подчиняться общим требованиям о форме сделок;

4) некоторое сходство с режимом приостановления имеет режим удержания. Как известно, в отношениях между предпринимателями удержанием могут обеспечиваться любые требования кредитора, даже не связанные с удерживаемой вещью (абз. 2 п. 1 ст. 359 ГК РФ). Допустимо ли по аналогии утверждать, что в предпринимательских отношениях кредитор может приостановить исполнение по другому (надежному) договору, чтобы обеспечить исполнение ненадежного? На наш взгляд, такую

²⁷ Сарбаш С. В. Исполнение взаимных обязательств. С. 50. — С. В. Сарбаш отмечает, что с помощью механизма приостановления не могут быть остановлены товары в пути. Ведь по общему правилу обязанность продавца передать товар покупателю считается исполненной в момент сдачи товара перевозчику или организации связи (п. 2 ст. 458 ГК РФ). Несмотря на схожесть с приостановлением исполнения, остановка товаров в пути является самостоятельным механизмом, который может использоваться лишь при наличии специального правового регулирования. Например, такое специальное регулирование содержится в п. 2 ст. 71 Венской конвенции 1980 г.: если продавец уже отправил товар до того, как выяснились основания ожидать нарушение, он может воспрепятствовать передаче товара покупателю, даже если покупатель располагает документом, дающим ему право получить товар.

²⁸ Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ, применяя данное положение Венской конвенции 1980 г., отметил в решении от 27 июля 1999 г. по делу № 302/1996, что не может принять ссылку ответчика на приостановление исполнения своих обязательств, поскольку ответчик не уведомлял истца о факте приостановления (Розенберг М. Г. Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 3-е изд., испр. и доп. М., 2006. С. 251).

²⁹ Carter J. W. Suspending Contract Performance for Breach. P. 510–511.

³⁰ Сарбаш С. В. Исполнение взаимных обязательств. С. 44–45.

аналогию проводить нельзя. Удержание — это способ обеспечения исполнения обязательства, который применяется кредитором в отношении чужой вещи и предусматривает возможность получения удовлетворения из ее стоимости. Приостановление исполнения — это не обеспечительная мера, а временное мероприятие перед возможным полным освобождением от обязательства, которое применяется с целью минимизации убытков. Приостановление исполнения по надежным договорам едва ли позволяет защитить интересы кредитора, явно несправедливо к должнику;

5) кажется справедливым указание ЕТК США, согласно которому кредитор может приостановить только то исполнение, за которое он еще не получил обусловленного договором удовлетворения (п. 1 ст. 2-609).³¹ Похожее по сути предписание содержит абз. 2 п. 2 ст. 328 ГК РФ: если исполнение обязательства произведено не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства в части, соответствующей непредоставленному исполнению. Но как быть, если обязательство кредитора неделимо и может быть приостановлено только полностью? Здесь, вероятно, нужно оценивать существенность предвидимого нарушения. Если нарушение будет существенным, то полное приостановление возможно.

Приостановление исполнения обязательства — это временная мера, которая действует до исполнения должником своей обязанности либо до расторжения договора. Западной практике известно еще одно основание для свертывания режима приостановления — предоставление должником гарантий исполнения. Требование о предоставлении гарантий может использоваться и в качестве самостоятельной меры защиты, даже если кредитор не приостанавливал исполнение. Предоставленные должником гарантии должны быть адекватными, достаточными. Очевидно, достаточность гарантий является предметом оценки, зависит от конкретных обстоятельств (от характера ожидаемого нарушения, от природы договора, от того, как далеко стороны продвинулись в исполнении и др.). Простое заявление должника о намерении исполнять крайне редко будет достаточной гарантией. В качестве примеров адекватных гарантий приводят предоставление доклада банка об удовлетворительном финансовом состоянии должника, открытие аккредитива, получение банковской гарантии, принятие должником дополнительного обязательства по ремонту или замене некачественных товаров. Существует несколько подходов в отношении процедуры получения гарантий. Статья 2-609 ЕТК США наделяет кредитора правом требовать предоставления гарантий. Если должник в течение разумного срока, не превышающего 30 дней, не предоставляет гарантию (либо предоставляет неадекватную гарантию),

³¹ В ст. 71 Венской конвенции 1980 г. подобных прямых указаний нет. Однако Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ истолковал ст. 71 в том смысле, что она неприменима к случаям, когда одной из сторон обязательство уже исполнено, а другая сторона в предвидении того, что дальнейшие обязательства не будут исполнены, прибегает в порядке обеспечения своих будущих требований к приостановлению выполнения своего обязательства по расчетам за уже поставленный товар (решение от 11 апреля 2006 г. по делу № 105/2005). См. об этом: *Розенберг М. Г.* Международная купля-продажа товаров... С. 353).

то считается, что он отказался от договора. При этом кредитор может рассматривать договор как прекращенный и требовать полного возмещения убытков. Предписания ст. 2-609 весьма благоприятны для кредитора. Во-первых, ему предоставляется право требовать гарантий, которые не были первоначально обещаны должником. «В этом и состоит цель ст. 2-609, чтобы уполномочивать одну сторону настаивать на большем, нежели то, что предусматривает договор».³² Во-вторых, для кредитора значительно упрощается задача доказывания, ведь неспособность предоставить гарантию сама по себе образует признак и бесспорное доказательство предвидимого нарушения. Но нет ли здесь несправедливости по отношению к должнику? «Вопрос в том, должны ли эти положения быть расценены как заводящие закон слишком далеко... вследствие позволения истцу требовать убытки за полное нарушение в ситуации, когда доказательства показывают лишь то, что ответчик до даты исполнения не в состоянии дать адекватную гарантию осуществления исполнения... Может быть ясно, что ответчик не произведет исполнение так, как требует договор, но далеко от ясности для сторон, насколько серьезным будет этот срыв. Равным образом может быть ясно, что ответчик не исполнит договор, но не очевидно, будет ли здесь договорная ответственность. Иными словами, является ли отказ неверной аналогией?»³³ Отметим, что международные документы не рассматривают неспособность дать адекватную гарантию как аналог отказа от договора. Например, ст. 7.3.4 Принципов УНИДРУА предусматривает, что кредитор может потребовать соответствующего заверения о надлежащем исполнении, а если такое заверение не будет предоставлено в разумный срок — прекратить договор. Похожую процедуру получения гарантий предусматривают Принципы европейского договорного права. Пункт 2 ст. 8:105 данного акта уточняет, что расторжение договора при непредоставлении гарантий возможно, если сторона все еще разумно полагает, что возникнет существенное неисполнение другой стороной, и если она без промедления направит уведомление о расторжении договора. Венская конвенция 1980 г. вообще не упоминает ни о праве кредитора требовать предоставления гарантий, ни о последствиях неспособности должника обеспечить гарантии. В п. 3 ст. 71 сказано лишь о том, что сторона, приостанавливающая осуществление исполнения, должна продолжить исполнение, если другая сторона предоставляет достаточные гарантии.

Российскому законодательству институт гарантий исполнения неизвестен. Наиболее близким по смыслу кажется институт обеспечения исполнения обязательств.³⁴

3. Предвидимое нарушение договора при наличии реального нарушения. Исполнение некоторых договоров является многократным, включающим части с определенными временными интервалами. Должник может совершить

³² White J., Summers R. Uniform Commercial Code 182-83. 4 ed. 1995 (цит. по: Fuller L. L., Eisenberg M. A. Basic Contract Law. P. 1010).

³³ Carter J. W. Suspending Contract Performance for Breach. P. 518-519.

³⁴ Предоставление обеспечения в целях защиты стороны, предвидящей нарушение договора, предусматривал ряд статей проекта Гражданского уложения Российской империи (например, абз. 2 ст. 75, ст. 1853).

нарушение в отношении одной из частей (либо даже допускать периодические нарушения), что создает вероятность неисправности и в будущем. Подобный случай предусмотрен в п. 2 ст. 73 Венской конвенции 1980 г.: если неисполнение одной стороной какого-либо из ее обязательств в отношении любой партии товара дает другой стороне оправданные основания считать, что существенное нарушение договора возникнет в отношении будущих партий, она может заявить о расторжении договора на будущее, при условии что она сделает это в разумный срок. Можно ли здесь говорить о предвидимом нарушении? На наш взгляд, нет. Основанием расторжения договора (или применения иных мер защиты) в рассматриваемой ситуации выступает не предвидимое, а реальное нарушение. Обоснованные опасения кредитора в отношении дальнейшего исполнения свидетельствуют не о возникновении предвидимого нарушения, а, скорее, о существенности состоявшегося нарушения. Например, в силу ст. 7.3.1 Принципов УНИДРУА, ст. 8:103 Принципов европейского договорного права при оценке существенности неисполнения договора нужно принимать во внимание наличие у кредитора оснований полагать, что он не может рассчитывать на будущее исполнение другой стороны. Предложения учитывать фактор утраты доверия к должнику при оценке существенности нарушения высказываются и российскими учеными.³⁵

Таким образом, нельзя говорить о предвидимом нарушении, основываясь только на фактах допущенных ранее нарушений. Это не означает, что предвидимое нарушение не может возникнуть после совершения реального нарушения. Если нарушенный договор был сохранен в силе и появляются новые обстоятельства, обуславливающие ненадежность договора, кредитор может использовать механизм предвидимого нарушения.

³⁵ Карпетов А. Г. Расторжение нарушенного договора... С. 335–339.

ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ СТРАХОВАНИЕ КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ СТРАХОВАТЕЛЕЙ И ТРЕТЬИХ ЛИЦ

Г. Р. ИГБАЕВА

Российская Федерация как социальное государство осуществляет политику, направленную на создание таких условий, которые обеспечивают «достойную жизнь и свободное развитие человека» (ст. 7 Конституции РФ). Обязательства государства по защите конституционных прав без определения механизма их защиты не способны достичь поставленных целей.

При данных обстоятельствах усиливается значение обязательного страхования как социально-экономического явления, требующего расширения функций страхования, направленных на обеспечение реализации прав и свобод человека, преодоление государственного патернализма в социальной сфере, развитие экономики и укрепление правового государства. Обязательное страхование осу-



Игбаева Гузель Римовна,
к. ю. н., докторант
Санкт-Петербургского
университета МВД России

ществляется в пользу третьих лиц, как правило, физических (граждан). Соответственно, социальной задачей гражданско-правового регулирования обязательного страхования должно быть стремление защиты частного интереса этих лиц. Рынок не приспособлен для решения социальных проблем как таковых. Тем не менее его цивилизованное развитие возможно только вместе с расширением и углублением социальной защиты. Подъем экономики без развития страхования приводит к ухудшению социальной защиты населения, к социальной дестабилизации.

Значительный рост жалоб граждан на действия страховщиков, формальные ответы органов государственной власти по рассмотрению жалоб, отсутствие механизмов, способных защитить интересы страхователей (застрахованных, выгодоприобретателей, их наследников) при неисполнении страховщиками своих обязательств в полном объеме, свидетельствуют о проблемах и пробелах в гражданско-правовом регулировании обязательного страхования. Содержание гражданско-правового регулирования обязательно-го страхования не отвечает его цели — защите прав и интересов третьих лиц.

Вступая в договорные отношения со страховщиком, физическое лицо располагает явно недостаточными средствами и возможностями влияния на формирование договора, обеспечения его исполнения и т. п. Именно поэтому в задачи государственной защиты прав страхователя входит предоставление ему, как слабой стороне, дополнительных прав и возложение на страховщика, как контрагента по договору, дополнительных обязанностей.

Государство должно помогать экономически слабой стороне, используя соответствующие приемы правового регулирования.¹ Формально отступая от одного из основных принципов гражданского законодательства — равенства участников гражданско-правовых отношений (ст. 1 ГК РФ), государство фактически предоставляет слабой стороне дополнительные права и возлагает на ее контрагента по договору дополнительные обязанности; ГК и другие законы тем самым обеспечивают на деле равенство участников договорных отношений.²

Как отмечают М. И. Брагинский и В. В. Витрянский, экономическое неравенство участников гражданских правоотношений, обусловленное теми или иными субъектными особенностями, — фактор, требующий специфического правового регулирования, в том числе введения обязанности страховать определенные страховые риски. В связи с этим задача законодателя состоит в том, чтобы выявлять данные субъектные особенности и выработать адекватные юридические правила.³

Потребительские договоры, в которых действуют профессиональная финансово обеспеченная организация и гражданин, как раз и создают ситуацию фактического неравенства при формально-юридическом равенстве участников такого договора.

Ю. Б. Фогельсон делает абсолютно верный вывод о том, что Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»⁴ (далее — Закон о защите прав потребителей) служит в таких отношениях юридическим инструментом обеспечения конституционного принципа равенства.⁵

В научной среде затрагивается весьма интересная с практической точки зрения проблема направленности договора страхования на защиту личных бытовых нужд и применимости к страховым отношениям законодательства о защите прав потребителей.

Российское законодательство о защите прав потребителей регулирует отношения между потребителем-гражданином и предпринимателем, реализующим товары, выполняющим работы или оказывающим услуги. Один из признаков того, что гражданин является потребителем, — приобретение товаров, работ или услуг исключительно для нужд, не связанных

¹ Яковлев В. Ф. О правовом обеспечении экономического развития // Журнал российского права. 1997. № 9. С. 22.

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1. Общие положения. М., 2001. С. 793.

³ Там же.

⁴ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 15. Ст. 766.

⁵ Фогельсон Ю. Б. Конституционные проблемы российского страхового права // Хозяйство и право. 2007. № 8. С. 11.

с осуществлением предпринимательской деятельности (личные, семейные и др.). Под потребителем понимается не только гражданин, который непосредственно заказал услугу, но и гражданин, пользующийся ею. Таким образом, применительно к страхованию потребителем будет страхователь — физическое лицо, заключивший договор страхования, выгодоприобретатель или застрахованное лицо.

Согласно Закону о защите прав потребителей отношения, регулируемые соответствующим законодательством, могут возникать из возмездных гражданско-правовых договоров на приобретение товаров, выполнение работ, оказание услуг, в частности из договоров на оказание финансовых услуг, направленных на удовлетворение личных (бытовых) нужд граждан и не связанных с извлечением прибыли. В соответствии со ст. 39 данного Закона если договоры об оказании отдельных видов услуг по своему характеру не подпадают под действие гл. 3 Закона, регулирующей отношения при выполнении работ (услуг), то применяются правовые последствия, предусмотренные ГК РФ и другими специальными законами об оказании таких услуг. К таким договорам, в частности, относится договор страхования.

В официальных разъяснениях по применению законодательства о защите прав потребителей указано, что Закон о защите прав потребителей применяется к отношениям по страхованию, но только в части общих правил (гл. 1), а ответственность, предусмотренная в гл. 3, к отношениям по страхованию не применяется.⁶

Возможность распространения норм Закона о защите прав потребителей на отношения в сфере страхования имеет существенное практическое значение. С учетом противоречивой позиции Верховного Суда РФ в вопросе распространения законодательства о защите прав потребителей на страховые правоотношения⁷ на сегодняшний день практически невозможно воспользоваться положениями ст. 17 Закона о защите прав потребителей.

В отношении страхования риска ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц (гражданская ответственность), господствовала точка зрения о нераспространении положений Закона о защите прав потребителей на этот вид страхования. Это объяснялось тем, что потерпевший, будучи выгодоприобретателем, т. е. лицом, в чью пользу заключен договор страхования, не является стороной по договору, а следовательно, и потребителем страховой услуги.

В настоящее время судебная практика изменилась. В соответствии с Постановлением Президиума ВС РФ от 28 мая 2008 г. «Обзор

⁶ Приказ Министерства РФ по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства от 20 мая 1998 г. № 160 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1999. № 2.

⁷ Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за I квартал 2006 года (с изм. от 27 сентября 2006 г.) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 9; Обзор законодательства и судебной практики ВС РФ за I квартал 2008 года // Там же. 2008. № 8.

законодательства и судебной практики ВС РФ за I квартал 2008 года»⁸ Закон о защите прав потребителей к имущественным видам страхования (прежде всего ОСАГО) не применяется.

Остается неразрешенным вопрос о применении Закона о защите прав потребителей к правоотношениям, вытекающим из договоров личного страхования. Признание ст. 927 ГК публичности договора личного страхования означает, что его сторонами в соответствии со ст. 426 ГК являются коммерческая организация и потребитель. Из этого следует, что нормы Закона РФ о защите прав потребителей могут регулировать правоотношения, вытекающие из договоров личного страхования.

Институт защиты прав потребителей направлен на устранение фактического неравенства, существующего между потребителем и профессиональным участником гражданского оборота, посредством усиления ответственности последнего. Являясь юридически совершенно равными, фактически стороны договора обязательного страхования находятся в неравном положении.

Рассмотрим возможность распространения норм о защите прав потребителей на примере ОСАГО. Закон о защите прав потребителей говорит об «иных нуждах, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности» (преамбула). Потерпевший — физическое лицо, не являющееся предпринимателем, в сфере ОСАГО непосредственно услугу у страховщика не заказывает и не приобретает. Однако, будучи участником договора страхования в качестве выгодоприобретателя, он получает страховую выплату (возмещение), т. е. потребляет эту услугу. Такой потерпевший принимает решение восстанавливать и защищать свое право посредством норм гл. 59 ГК РФ или же использовать страховую услугу при наличии договора ОСАГО. Его цель использования страховой услуги — восстановление нарушенного права на использование транспортного средства по назначению, если вред был причинен в имущественной сфере. Соответственно, здесь нет противоречия с формулировкой «иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности».

Кроме того, Закон о защите прав потребителей содержит союз «или» «потребитель — гражданин, «приобретающий или использующий...»; преамбула Закона). Получается, что договор ОСАГО является договором с двумя потребителями. Страхователь — физическое лицо, не занимающееся предпринимательской деятельностью, заключает договор страхования в иных не предпринимательских целях, поскольку, чтобы цели стали предпринимательскими, необходимо, как минимум, обладать статусом предпринимателя. В этом случае такое лицо является потребителем страховой услуги, однако, имея гарантированное право на защиту своих прав как потребителя, оно не может это сделать в силу узкого толкования понятия «потребитель» правоприменительными органами. Цель использования страховой услуги также не является предпринимательской. Налицо нарушение конституционного принципа справедливости.

Данное противоречие становится более очевидным и в сфере обязательного государственного страхования. Так, действующее

⁸ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 8.

законодательство не допускает осуществление государственными служащими (сотрудниками органов внутренних дел, сотрудниками МЧС и иных правоохранительных ведомств и др.) предпринимательской деятельности. Являясь либо застрахованными, либо выгодоприобретателями, такие государственные служащие лишаются возможности защиты своих прав как потребителей страховой услуги.

В рамках правовой модели гражданско-правового регулирования обязательного страхования в соответствии с его целями на отношения из обязательного страхования должно распространяться законодательство о защите прав потребителей.

Оживленную научную дискуссию породил вопрос о реальности или консенсуальности договора страхования и об определении момента вступления его в силу. Еще в начале XX в. И. М. Тютрюмов, признавая консенсуальность договора («предшествующие соглашения»), обоснованно разделял момент заключения договора, момент вступления его в силу и период страховой защиты.⁹ Л. А. Лунц и К. А. Граве прямо указывают на то, что закрепление в законе зависимости между моментом заключения договора страхования и уплаты страховых платежей обязывает к признанию реальности страхового договора.¹⁰ Являясь сторонником реальности страхового договора, О. С. Иоффе отмечал: «Хотя норма ст. 389 ГК РСФСР 1922 г. является диспозитивной, действующие по отдельным видам страхования правила не допускают отступлений от нее. Поэтому надлежит признать, что при договорном оформлении страхового обязательства имеет место заключение реального договора. Это относится ко всем видам добровольного страхования, а также к тем видам обязательного страхования, которые требуют заключения договора».¹¹

Если обратиться к анализу действующего законодательства, то возникает неоднозначная ситуация. Действующая законодательная конструкция договора страхования разделяет момент заключения договора, момент вступления его в силу и момент начала страхования (страховой защиты).

В соответствии с п. 1 ст. 957 ГК РФ договор страхования, если в нем не предусмотрено иное, вступает в силу в момент уплаты страховой премии или первого взноса. Из содержания п. 1 ст. 957 ГК РФ вытекает, что законодатель отдает предпочтение презумпции реальности договора страхования. Однако это законодательное положение является диспозитивным, что означает возможность преобразования договора страхования из реального в консенсуальный по соглашению сторон.

Новеллой является установленное п. 2 ст. 957 ГК РФ правило о действии так называемого страхового покрытия, которое происходит в случае принятия страховщиком обязанности возмещать убытки по страховым случаям, происшедшим в обусловленный договором отрезок времени, причем не обязательно после вступления договора страхования в силу (т. е. страховые случаи, происшедшие до начала внесения страхователем

⁹ Тютрюмов И. М. Гражданское право. Юрьев, 1922. С. 383.

¹⁰ Граве К. Л., Лунц Л. А. Страхование. М., 1960. С. 55.

¹¹ Иоффе О. С. Советское гражданское право. Курс лекций. Отдельные виды обязательств. Л., 1961. С. 428.

страховой премии, становятся основанием для покрытия убытков страховщиком). В таких случаях происходит «кредитование» страховщиком страхователя, в результате чего возникают взаимные права и обязанности со всеми особенностями страхового правоотношения. Но это положение представляет собой исключение из общего правила; кроме того, принципиально важно, что данное исключение могут сделать только сами участники страхового правоотношения сознательно и исключительно добровольно, указав его в договоре.

Следовательно, договор, если только в нем не будет предусмотрено иное (вступление в силу с момента достижения согласия сторон), должен рассматриваться как реальный. Специфика исследуемого договора, особенно в сфере обязательного страхования, состоит в том, что страховая премия должна быть внесена страхователем в полном объеме до вступления его в силу. Получается, что с позиции законодателя договор обязательного страхования всегда должен быть реальным. Представляется, что формально рассматриваемая норма ст. 957 ГК РФ позволяет учитывать интересы страхователя, но фактически это не так.

Если обратиться к судебной практике,¹² то в большинстве случаев суды исходят из того, что договор страхования является реальным.

Согласно действующему законодательству договор обязательного страхования может быть как реальным, так и консенсуальным. Соответственно, реальные договоры обязательного страхования — те, в которых не содержится оговорки об ином моменте вступления его в силу и которые требуют заключения договора (их большинство); к консенсуальным относится договор обязательного страхования пассажиров, обязательное медицинское страхование, пролонгируемые договоры ОСАГО.

В научной среде в последнее время активно поддерживается и иная точка зрения, согласно которой договор страхования является консенсуальным. В частности, А. К. Шихов делает такой вывод, исходя из определений договоров страхования, содержащихся в ст. 929 и 934 ГК РФ.¹³

Рассуждения обычно строятся следующим образом. В соответствии со ст. 432 ГК РФ любой гражданско-правовой договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. В свою очередь, момент заключения договора определяется по правилам ст. 433 ГК РФ. Реальным договор считается лишь тогда, когда для его заключения необходима также передача соответствующего имущества.

С момента заключения договор вступает в силу и становится обязательным для сторон, т. е. договор — это юридический факт, он порождает гражданско-правовое обязательство. Сказанное означает, что договор (как соглашение и юридический факт) предшествует обязательству, причем временный разрыв между их возникновением может быть значительным. Стороны договора вправе поставить возникновение обязательств в целом

¹² См. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 17 марта 2004 г. по делу № А19-6907/03-13-Ф02-792/04-С2 и Решение арбитражного суда Москвы от 30 апреля 2002 г. по делу № А40-30250/01-15-411 (СПС «Гарант»).

¹³ Шихов А. К. Страхование право. Учебное пособие. 4-е изд. М., 2006. С. 109.

в зависимость от определенного юридического факта. Таким образом, договор состоялся, а обязательство может не возникнуть (если не наступит указанный контрагентами юридический факт).

Отнесение договоров страхования к реальным или консенсуальным, по мнению М. И. Брагинского, должно предопределять вывод и относительно другого деления: на одно- и двусторонние договоры. Если договор страхования состоит из обязанности страхователя уплатить премию и обязанности страховщика возмещать убытки, то указанные обязанности считаются взаимными только при условии, что и та, и другая входят в содержание договора; следовательно, двусторонним может быть лишь консенсуальный договор страхования.¹⁴

Вслед за М. И. Брагинским полагаем возможным сделать вывод о том, что договор обязательного страхования должен быть консенсуальным.

Специалисты по страхованию могут возразить, сославшись на то, что консенсуальность договора способна противоречить экономической сущности страхования. Вовсе нет. Следует вспомнить, что страховая деятельность позиционируется как предпринимательская; в научной среде это не вызывает сомнений. Предпринимательский риск в случае признания договора страхования реальным существенно ниже, чем при закреплении его консенсуальности. Презумпция реальности договора страхования — это юридическая преференция предпринимателю в ущерб интересам и правам третьих лиц как потребителям страховой услуги, в то время как должно быть наоборот.

У оппонентов также может возникнуть вопрос: из каких средств в таком случае должен формироваться страховой фонд? Поскольку страховая деятельность является предпринимательской, то естественно, что первоначально из собственных средств предпринимателя; получив страховую премию, предприниматель не только их вернет, но и получит прибыль, как показывает статистика, даже сверхприбыль.¹⁵ Действующее законодательство пролоббировано предпринимателями, в частности страховщиками, и поэтому максимально направлено на облегчение получения ими высоких доходов путем создания режима наибольшего благоприятствования в ущерб интересам потребителей этих услуг, в том числе и законодательным закреплением презумпции реальности договора страхования.

По справедливому мнению М. И. Брагинского, если любой договор «презюмируется как консенсуальный, то, соответственно, реальным он может считаться лишь при наличии прямого указания закона».¹⁶ С учетом основных задач государственной политики законодатель в современных условиях отдает предпочтение презумпции реальности договора страхования, поскольку в ином случае предстоит коренной пересмотр действующих норм, т. е. большая работа по изменению законодательства и приведению его в соответствие с концепцией защиты прав и интересов страхователей.

¹⁴ Брагинский М. И. Договор страхования. М., 2000. С. 78.

¹⁵ См. данные о деятельности страховщиков на официальном сайте Федеральной службы страхового надзора РФ (www.fssn.ru).

¹⁶ Брагинский М. И. Договор страхования. С. 77.

Конструкция реального договора страхования удобна прежде всего страховщику, поскольку при наступлении страхового случая и неполучении всей страховой премии ему будет легче доказать в суде факт незаключенности договора, ссылаясь на его реальность, и отказать страховщику в страховой выплате. В таком случае права и интересы страхователя оказываются незащищенными. Подавляющее большинство страхователей по обязательным видам страхования (имеется в виду прежде всего ОСАГО) — это граждане, не владеющие юридическими тонкостями; подписывая договор, они считают его заключенным.¹⁷ В результате они чувствуют себя обманутыми, ведь, подписывая договор, они рассчитывали на его вступление в силу, а страховщик отказывается выполнять свои обязательства. Договор страхования может быть реальным, если это соответствует интересам страхователя.

Если проанализировать правила добровольного страхования, то даже там прослеживается дисбаланс интересов страховщика и страхователя в пользу первого. В частности, п. 47 Правил добровольного страхования транспортных средств Росгосстраха предусматривает, что обязанность страховщика по осуществлению страховой выплаты наступает не ранее 00 ч 00 мин даты, следующей за датой уплаты страховой премии (первого страхового взноса), если иное не предусмотрено договором страхования.¹⁸ Из содержания данного пункта получается, что договор является консенсуальным, но согласно условию о наступлении обязанности страховщика по своему содержанию договор становится реальным. Чтобы свести к минимуму возможность подобного дисбаланса, следует в законе, тем более посвященном обязательному виду страхования, закрепить все случаи реальности договоров страхования.

Норма, закрепляющая консенсуальность договора страхования, должна быть диспозитивной, позволяющей сторонам согласовать условие о его реальности.

Если же законодатель закрепит презумпцию консенсуальности договора страхования, то у страховщика станет одним способом отказа от исполнения своего обязательства при наступлении страхового случая меньше, что будет соответствовать тенденциям развития страхового законодательства и в Западной Европе. Данная презумпция, естественно, должна быть отражена в ст. 957 ГК РФ. Представляется возможным изложить п. 1 данной статьи в следующей редакции: «Договор страхования, если законом не предусмотрено иное, вступает в силу в момент его подписания». До тех пор пока это не сделано, надлежит руководствоваться презумпцией реальности договора страхования, и потребителям страховых услуг стоит внимательнее вчитываться в текст подписываемого условия.

¹⁷ Эта проблема связана с еще более сложной — проблемой правовой культуры населения.

¹⁸ *Правила добровольного страхования транспортных средств*, утв. Приказом ОАО «Росгосстрах» от 28 июня 2006 г. № 39 // www.rgs.ru/rus/insurance/rules/index.wbp

СОЦИАЛЬНОЕ СОГЛАСИЕ В РОССИИ: ВОЗМОЖНОСТИ ЛИЧНОСТИ И ГОСУДАРСТВА

О. Ю. РЫБАКОВ



Рыбаков Олег Юрьевич,
д-р юрид. и филос. наук,
профессор, проректор СГАП

Существуют исторически-социальные проблемы, которые разрешаются длительное время и с различной степенью эффективности и пользой для большинства граждан. К их числу относится формирование общества социального согласия в России, первым шагом к чему может явиться реализация социально-правового партнерства личности и государства.

«В России на протяжении веков господствовал культ государства и мнимой мудрости административного аппарата. А отдельный человек с его правами и свободами, личными интересами и проблемами воспринимался в лучшем случае как средство, а в худшем — как помеха для укрепления государственного могущества».¹ Действительно, доминирование

государства в лице аппарата управления не оставляло места самоценности бытия личности, сужало пространство реализации ее прав и свобод. Такое положение сегодня неприемлемо. Проведение конституционной идеи о человеке как высшей ценности представляется крайне актуальным для формирования правового государства.

Проблеме взаимодействия личности и государства на основе предложенной нами концепции социального партнерства уже посвящалась публикация.² Однако с тех прошло определенное время, насыщенное политическими и государственно-правовыми событиями. На отношения личности и государства оказали свое влияние международные события, упрочение российской внешнеполитической самостоятельности. Свое влияние оказали национальные программы развития, прежде всего национальные проекты. Положительное значение имеет проведение политики, направленной на усиление социальной защищенности, — повышение

© О. Ю. Рыбаков, 2009

¹ *Послание Президента РФ Федеральному Собранию* // Российская газета. 2008. 6 нояб.

² *Рыбаков О. Ю. Личность и государство: основные подходы к концепции социального партнерства* // Государственная власть и местное самоуправление. 2004. № 5.

пенсий, бюджетного финансирования работников государственных структур и т. д. В то же время социальная защищенность подверглась испытанию в ходе принятия и применения известного закона, монетизирующего льготы. Примечательно, что последовала гражданская реакция — несогласие с таким подходом в вопросах социальной защиты. Люди в современной России уже научились отличать нужное от ненужного, выросла гражданская, политическая и правовая активность, и хотелось бы надеяться, что мы находимся на пути к персональной ответственности и самостоятельности в принятии и реализации решений государственно-правового характера.

Упомянутые шаги окажутся особенно значимыми, если в конечном итоге обретут признаки системы социального благополучия и правовой безопасности, предполагающей преодоление отчуждения личности от государства, власти, формирование отношений социального согласия. Речь идет о новых, формирующихся в современной России отношениях. В связи с этим представляется актуальным теоретическое осмысление проблемы социального согласия, что позволит сформировать практическую модель реализации данной идеи.

Понятие «социальное согласие» может быть раскрыто через следующие категории: 1) единство (на политическом уровне); 2) согласованность (на социальном уровне); 3) солидарность (на идеологическом уровне); 4) ответственность (на правовом уровне). Рассмотрим их содержание.

1. Весь исторический период существования человека как родового существа единство социального бытия реализовывалось посредством деятельности государства. Публичная власть как один из главных признаков государства осуществляет управление делами общества, регулирует общественные отношения и применяет принуждение в целях достижения и поддержания стабильности и порядка. Государство начинает объединять социальную жизнь в условиях, когда интегративный механизм кровного родства оказывается исчерпанным процессами технического прогресса, классогенеза и роста численности человеческой популяции. Разрастающиеся территории также требовали большей централизации. Бытие любого государства сталкивается с проблемой, которую Э. Н. Беренде обозначил следующим образом: «ни одно из государств не избегло необходимости решить одну из самых сложных задач политики: примирить требования государственного единства со справедливыми притязаниями составных частей государства на удовлетворение их особых потребностей в законодательстве, суде и управлении».³

Еще Аристотель определял государство как нечто целое, состоящее из многих частей, причем «государство по своей природе не может быть абсолютно единым, поскольку сделать государство чрезмерно единым не является чем-то лучшим».⁴ К. Шмит указывает, что государство есть особое состояние народа, принимающего для себя решения о друге и враге и, исходя из этого решения, сплачивающегося против

³ Беренде Э. Н. О государстве. СПб., 1908. С. 39.

⁴ Аристотель. Политика. М., 1997. С. 94.

обособливаемых врагов.⁵ Идея К. Шмита перекликается с андерсеновским конструктом «воображаемого сообщества»: «нация (народ, обладающий государством. — *О. Р.*) — воображенное политическое сообщество, и воображается оно как что-то неизбежно ограниченное, но в то же время суверенное. Оно *воображенное*, поскольку члены даже самой маленькой нации никогда не будут знать большинства своих собратьев-по-нации, встречаться с ними или даже слышать о них, в то время как в умах каждого из них живет образ их общности».⁶ Неслучайно свою мысль Андерсон иллюстрирует ироничной фразой Ренана: «А сущность нации в том и состоит, что все индивиды, ее составляющие, имеют между собой много общего и в то же время они забыли многое, что их разъединяет».⁷

Таким образом, идея нации — это идея монолитного сообщества, неуклонно движущегося вглубь (или из глубины) истории. Американец никогда не повстречает и даже не будет знать по именам больше чем небольшую горстку из сотен миллионов других американцев. У него нет ни малейшего представления о том, что они в любой данный момент времени делают. Однако есть полная уверенность в их стабильной, анонимной, одновременной деятельности.

Таким образом, государство как основание политического единства «собирает» в одно целое земли и умы, объединяет территории и сознания населяющих их людей.

2. Социальное согласие как согласованность социальных действий может быть рассмотрено в двух аспектах. Во-первых, это определенное состояние социальной системы, характеризующее ее единство и целостность. В этом случае можно говорить о специфическом социальном взаимодействии, когда отдельные социальные действия социальных акторов гармонично согласуются между собой и обладают низкой степенью конфликтности. Согласно работе Р. Макк и Р. Снайдер для конфликтных социальных действий характерны следующие группы признаков:

— наличие, как минимум, двух противодействующих сторон в предельно широком понимании (индивиды, группы, классы, культуры);

— позиционный признак — невозможность одновременного выполнения одной и той же ролевой функции двумя субъектами, что ставит их в отношении состязательности;

— ресурсный признак (дефицит источников) — недостаточность каких-либо ценностей, вследствие чего два субъекта одновременно не могут удовлетворить свои притязания в полной мере; стремление сторон к получению выгоды за счет друг друга, вследствие чего само конфликтное поведение выглядит как стремление ликвидировать либо, как минимум, поставить под контроль другую сторону; несовместимость целей и ценностей, на которые направлены действия конфликтующих;

— наличие властного отношения, асимметричного по природе, ибо в конфликте всегда идет речь о попытке достижения, изменения или

⁵ Шмит К. Понятие политического // Вопросы социологии. 1992. № 1.

⁶ Андерсон Б. Воображаемые сообщества: размышления об истоках и распространении национализма. М., 2001. С. 30–31.

⁷ Цит. по: Там же.

сохранения господствующей общественной позиции — способности контролировать и направлять поведение другой стороны.⁸

Нетрудно заметить, что решающим остается четвертый признак, а именно отношение сторон друг к другу, поскольку даже в случае жесткого дефицита ресурсов возможен отказ стороны от участия в конфликте. Здесь намечается переход на субъективный уровень социального действия, представленный, согласно Дюркгейму, сознательной ориентацией субъекта на ответную реакцию на его поведение со стороны других акторов. Функционально-целевое согласие всегда опосредовано ценностным согласием. Итак, мы подошли ко второму аспекту социального согласия, выражающемуся в определенном состоянии общественного сознания.

В качестве феномена, поддерживаемого активностью индивидуальных сознаний, общественное сознание содержит устойчивые представления, связанные с некоторой системой норм и принципов, необходимых для решения общезначимых проблем устройства общественной жизни в целом. Содержание общественного сознания способствует закреплению в индивидуальных сознаниях идей и регулятивов, необходимых для интеграции индивидуальных жизненных стратегий в единое социальное целое.

Действительно, индивид формирует границы собственного ценностного отношения к действительности, включаясь в репрезентацию ценностной системы на уровне общественного сознания, причем такое включение осуществляется на основе сознательной субъективной оценки, соответствующей подлинному содержанию личности. Такая оценка выступает не просто выражением жизненного пути человека, но и способом его формирования. Впрочем, ценностное бытие постигается в эмоциональном, а не в интеллектуальном плане; чувства выступают как переживания, позволяющие субъекту понять смысл происходящего.⁹

3. Идеологический контекст социального согласия может быть раскрыт с помощью категории «солидарность». На сегодняшний день в научном дискурсе сосуществует множество определений понятия «идеология». Например, «Политическая энциклопедия» определяет идеологию как систему концептуально оформленных представлений, идей и взглядов на политическую жизнь, которая отражает интересы, мировоззрение, идеалы, умонастроения людей, классов, наций, общества, политических партий, общественных движений и других субъектов политики.¹⁰ Большинство существующих определений подчеркивает классовый характер идеологии, отмечая, что ее производство и тиражирование опираются на политическую власть.

Развитие современных индустриальных обществ принципиально изменяет объективные условия жизнедеятельности людей, порождает разнообразие социальных групп, отношения между которыми нередко противоречивы. С одной стороны, формируется потребность в самоопределении относительно многообразных групп и общностей, с другой — динамизм

⁸ *Снайдер Р.* Конфликты в политической жизни // Вестник РАН. Сер. 11. 1990. № 4.

⁹ Там же. С. 39.

¹⁰ *Политическая энциклопедия.* М., 1999. С. 417.

и многослойность социальных взаимосвязей, так или иначе, вызывают необходимость упорядочения и доминирующих, и периферийных «солидарностей». Ответ на вопрос, какие группы и общности человек признает «своими», а какие — частично близкими или враждебными, становится принципиально важным для понимания современных социальных отношений. Социальная солидарность в качестве идеологемы нейтрализует социальную рознь, предлагая модели отношений между существующими группами и классами.

Отсутствие идеологемы солидарности ставит под угрозу существование общества, усиливает социальную напряженность и инициирует процессы дезинтеграции. Идея социальной солидарности как образа жизни в обществе призвана указать ориентиры для развития социальных отношений, способствовать формированию их плюралистического характера. Она не исключает признания противоречий в обществе (поскольку оно остается асимметричным), но кладет конец идеям непримиримой, разрушительной классовой борьбы и диктатуры, идеям, отвергнутым человечеством.

4. На правовом уровне социальное согласие в демократическом обществе раскрывается как система взаимной ответственности личности, общества и государства. Трудно не согласиться с утверждением Р. Л. Хачатурова и Д. А. Липинского о том, что длительное время, вплоть до середины 1960-х годов, юридическая ответственность рассматривалась юристами только как следствие правонарушения.¹¹ Более того, субъектом ответственности, как правило, оказывался индивид. Сегодня давняя философская проблема свободы и ответственности личности не может получить адекватного разрешения в терминах юридической науки без учета понимания ее многосубъектности и многоаспектности.

Ответственность личности, государства и общества имеет социальную природу, порождается конкретно-историческими социальными отношениями. Ее основой выступает единство коренных интересов данных субъектов.¹² Дихотомический характер последствий любой деятельности (зло — благо) лежит в основе традиционного для юридической науки выделения позитивного и негативного (проспективного и ретроспективного) аспектов ответственности.

Проспективный (позитивный) аспект ответственности характеризует положительное отношение лица к совершаемым им поступкам, что предполагает понимание важности своих действий для общества, стремление и желание выполнить их как можно лучше, эффективнее, быстрее. Это ответственность за надлежащее осуществление своей социальной роли, выполнение социальных норм, за любое порученное дело. В правовой сфере позитивная ответственность связана с социально-правовой активностью, проявлением инициативы при реализации правовых предписаний. Кроме того, ей отводится определенная превентивная роль,

¹¹ Хачатуров Р. Л., Липинский Д. А. Общая теория юридической ответственности. СПб., 2007. С. 13.

¹² Эбзеев Б. С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. М., 2007. С. 177.

поскольку она помогает предотвратить нежелательное поведение индивида и, тем самым, избежать наступления негативной ответственности.

Понимание проблем ответственности находится в прямой зависимости от общего идеологического фона эпохи. Так, забвение индивида и его прав были характерны для многих десятилетий отечественной политической истории.¹³ Однако в итоге борьбы с тоталитарными режимами юридическая интерпретация свободы личности сегодня тяготеет к акцентуации свободы личности, оттесняющей обязанности последней на второй план. Иллюзия второстепенности обязанностей в сравнении с основными правами и свободами, порожденная отсутствием их закрепления международными документами, влияет и на существующую концепцию ответственности. Конституционные обязанности — это материализованная юридическая форма выражения ответственности личности, ее конкретизации в наиболее значимых для общества сферах социума или в отношениях с другими людьми.¹⁴

Опираясь на указанную работу Б. С. Эбзеева, можно схематично описать систему социальной ответственности следующим образом: личность в демократическом обществе свободно и самостоятельно определяет варианты своего поведения; свободно осуществленный ею выбор лежит в основе ретроспективной и проспективной ответственности.

Негативная ответственность выступает в качестве социального отношения (в том числе и правового), где субъектом является государство, в лице своих органов возлагающее на личность данную ответственность за социально ущербное поведение. Личность является объектом этого правоотношения с момента вступления в силу правоприменительного решения. В случае позитивной ответственности субъектом является сама личность, а объектом — ее поведение; при этом государство может выступать в качестве носителя конституционной ответственности, а личность — в качестве субъекта. То есть позитивная ответственность основывается на сочетании и взаимодействии интересов личности с интересами общества в целом и составляющих его структур. Социальная ответственность общества опирается на его заинтересованность во всестороннем развитии человека, обеспечении должного простора для самовыражения личности в соответствии с реальными экономическими условиями. Ответственность общества, по меткому выражению Б. С. Эбзеева, «юридизируется» в лице государства как ее носителя путем ее закрепления в Конституции. В итоге создается механизм юридической ответственности государства, государственных и общественных органов и должностных лиц. Механизм этот крайне важен в философско-историческом контексте судьбы страны и народа: «история развития человеческой цивилизации убедительно показывает, что государства, в которых обеспечивалась надлежащая защита своих граждан и допускалось свободное развитие личности, имели превосходство в мире и вносили наибольший вклад в культурное, научное и другое наследие человечества. Защищая своих граждан, государство

¹³ Там же. С. 43.

¹⁴ См. об этом: Эбзеев Б. С. Личность и государство в России. С. 176.

в первую очередь защищало себя как от внутренних, так и внешних опасностей».¹⁵

Рассмотренное категориальное поле социального согласия позволяет отобразить данный феномен как комплексную многоуровневую систему. Достижение в современной России общества социального согласия, правового партнерства личности и государства предполагает существенные изменения в характере отношений последних. Здесь не обойтись лишь совершенствованием правовых механизмов при всей их актуальности; необходимы изменения в самом человеке, основных условиях его правового и государственного бытия, в пространстве публичных отношений.

Положение человека в пространстве государственно-политических и правовых отношений может приобрести новое структурирование. Это связано с двумя взаимообусловленными процессами: усилением антропоцентристской позиции личности и изменением направленности ее деятельности и сознания в пространстве властеотношений.

Исторически сложилась ситуация непротивления личности воздействию государства. Ее следует преодолеть, если мы действительно желаем свободы, уважения, достоинства. Это проблема геополитическая, психологическая, культурно-нравственная. Н. Н. Алексеев писал: «Особенностью нашего государства было то, что вокруг него на юге и востоке простирались бесконечные земли, где укрыться было действительно легко и удобно. В этом наше отличие от Запада, где мир был узок, и укрыться было некуда, разве только в бесконечных морских пространствах. ...У нас государство давило по необходимости, но мы не стремились усовершенствовать государство, а уходили от него в степь и в леса. Государство настигало ушедших — они опять уходили дальше. Так и протекал процесс колонизации».¹⁶ Усовершенствовать государство означает усилить его значение и влияние в вопросах внутренней и внешней безопасности, регулирования социальной защиты граждан и т. д., установив меру дозволительного для него по отношению к личности.

Нельзя не рассмотреть вопрос об изменении характера государственного воздействия на личность. Это влияние не является абсолютно произвольным и спонтанным. Государство в лице его органов позволяет себе лишь то, что может позволить. Но проблема состоит в том, что весьма невелики и неразвиты механизмы сдерживания государственно-властного влияния на личность снизу, со стороны носителя суверенитета — народа. Каков общественный и государственный идеал для России? В свое время П. И. Новгородцев его предложил: «Наша задача заключается в том, чтобы определить абсолютный идеал в применении к области общественных явлений, и к этому мы должны теперь перейти. ...Такой целью может быть только живая человеческая личность, которая в своем бесконечном стремлении отражает причастность свою абсолютному закону добра».¹⁷ Живая человеческая личность как цель общественного развития — что

¹⁵ Снежко О. А. Государственная защита прав граждан. М., 2005. С. 265.

¹⁶ Алексеев Н. Н. Русский народ и государство. М., 1998. С. 73–74.

¹⁷ Новгородцев П. И. Об общественном идеале. М., 1991. С. 103.

можно изобрести более гуманное? Однако не получается в России общественный идеал, вырастающий из личности. Вероятно, имеются серьезные препоны в его осуществлении, и государство здесь играет не последнюю роль.

До сих пор сохраняется в массовом сознании образ государства, возвышающегося над обществом и личностью. Государство до сих пор преломляется сознанием большинства людей как карательный инструмент, отождествляется с аппаратом власти как принуждения.

Концентрация власти в руках доминирующего властного сектора, а таковым сейчас является исполнительная власть, вполне логична и обоснованна с точки зрения ее сохранения и приумножения. Хотя забота о равном распределении власти в современном Российском государстве возложена на Конституцию РФ, на деле законодательная, судебная, исполнительная ветви власти не имеют равнозначного воплощения в политической и юридической практике, в динамике реагирования и управления общественными процессами. Это вполне объяснимо: исполнительная власть призвана ежедневно в лице федеральных и региональных органов контролировать конкретно-политическую и социально-экономическую ситуацию в стране. Законодательная власть изначально менее динамична: ей необходим расчет, время, взвешенность при осуществлении правотворчества. Судебная власть вступает в действие лишь при наличии соответствующих оснований и выполняет функцию, отличную от других видов власти: восстановить справедливость, базирующуюся на правильном применении действующего законодательства.

Неравное фактическое положение ветвей власти обусловлено, таким образом, объективными для российского общества причинами. Власть всегда находил обладателя, она никогда не лежит на месте и не ждет субъекта, ее использующего. Власть подхватывают буквально на лету, выхватывают из чужих рук, потому что, как известно, ее всегда не хватает. Субъект власти стремится к ее присвоению, расширению собственного властного пространства. В условиях не сбалансированной, не отлаженной организации власти ее перекосы вполне очевидны. К тому же они опираются на многовековой опыт российского авторитаризма. Многое в России зависит от института Президента. Имидж президентской власти в России более важен, чем в других странах. Персональное высшее властное начало архетипически адекватно глубинным структурам сознания, а возможно, и подсознания российского человека. Поэтому вполне очевидно, что инициативы, исходящие от президентских структур, воспринимаются очень внимательно всем обществом и являются первостепенными по значимости. Однако в соответствии с Конституцией РФ должен быть реализован баланс трех ветвей власти, необходимый для стабильного функционирования государства на прочной правовой основе и защиты прав и свобод личности. В. С. Нерсисянц отмечал: «Наиболее острая и сложная проблема при этом — с учетом российского опыта и нынешнего трудного пути к конституционализму и правовой демократии — заключается в согласовании (необходимой и для современной России) сильной исполнительной (т. е. по существу — президентской) власти с надлежащей представительной властью, полномочия которой

соответствовали бы смыслу, идеям и требованиям разделения властей и правовой государственности».¹⁸

Другим важным направлением изменения воздействия государства на личность предстает усиление функции государства по обеспечению безопасности своих граждан. Безопасность понимается широко: во-первых, как национальная безопасность, во-вторых, как безопасность границ и недопущение внешнего вторжения со стороны силовых структур иных государств, в-третьих, как внутренняя безопасность. Все виды безопасности связаны между собой, так как их осуществление основывается на силе, мощи, возможностях государства по созданию условий устойчивого положения личности в стране и за ее пределами. Существует, как известно, серьезная проблема положения соотечественников за рубежом. Государство сегодня не в полную силу осуществляет протекционную политику для своих граждан, находящихся за пределами России.

Другим важным направлением является устранение иждивенческих настроений. Социальная функция государства не может сводиться к проведению политики неоправданного иждивенчества и уравнивания людей, внесших различный вклад в развитие общества. Государство обязано предоставить минимум жизненных благ для людей, не способных себя обеспечить в силу, например, инвалидности, но льготная функция государства не может заменять функцию по предоставлению формально равных возможностей для самореализации индивидов.

Итак, государственно-властное влияние на личность непременно должно быть изменено в сторону коммуникативного, координирующего характера такого влияния.

С другой стороны, необходима активизация влияния личности на государство. Самоизменение личности способно привести к новому правовому образу жизни. Используя субъективный аспект активизации, личность может изменить свое объективное воздействие на государство. Нам предстоит избавиться от иждивенчески-эпикурейского понимания взаимодействия личности и государства и встать на твердые позиции активно-преобразующего типа личности, действующего в рамках культуры. Для этого необходима вера в себя. На что же может опираться личность, воздействуя на государство, в известном смысле противостоя ему? На общественные возможности, на силу гражданского общества, если оно, во-первых, имеет место, а во-вторых, достаточно развито, чтобы способствовать усилению или хотя бы появлению влияния личности на государство.

Поэтому гражданское общество и цивилизованный «правовой» рынок (экономика, организованная на правовых началах равенства всех ее субъектов между собой и перед законом) есть условия уравнивания отношений личности и государства. Сдерживание давления государства на личность не удастся осуществить в силу разновекторного характера гражданского общества. У него отсутствуют единые источники, иницирующие сдерживание государственного воздействия на личность,

¹⁸ Нерсесянц В. С. *Философия права*. М., 2004. С. 388.

ибо цели социально дифференцированных категорий населения могут различаться. В связи с этим еще предстоит обрести экономические основы формирования и развития гражданского общества. Плюрализм форм собственности имеет в России специфическую трактовку: крупный бизнес, предприниматели среднего и низового звена, специалисты, опосредующие движение капитала. Но есть и еще одна категория населения, не относящаяся к бизнесу, которая не изменила или даже ухудшила свое материальное положение. Сфера интересов несобственников не связана с функционированием экономических детерминант общественно-политических процессов. Оснований для самостоятельной активности в области экономики у них нет, потому эта категория населения, чаще всего не имеющая отношения и к управлению, не может быть социальным носителем преобразований гражданского общества с точки зрения предпринимательства как цивилизованного источника рыночных улучшений. Однако представители этой категории населения заинтересованы в гражданском обществе как в условии их общественного бытия, права на достойную жизнь. Гражданское общество необходимо непредпринимательским и неуправленческим слоям населения как форма защиты от негативных элементов экономического реформирования: безработицы, инфляции, падения жизненного уровня.

Иными словами, необходим поиск социально-экономической интеграции как условия формирования развитого гражданского общества. Гражданское общество — это общее благо, где частные интересы аккумулируются и синтезируются в общие, но адекватные частным. Для осуществления интеграции интересов необходимо использовать самоуправленческий потенциал общества.

Самоуправление не может быть автономной, замкнутой структурой, ибо служит интересам неопределенного, но приобщенного к этой структуре круга лиц. Весь смысл самоуправленческого института — в народной инициативе, ее интегрировании, формировании точек опоры гражданского сознания и активного действия.

Таким образом, достижение социального согласия, правового партнерства личности и государства предполагает решение множества проблем. Их комплексное решение возможно через обретение политического единства в основных вопросах внутреннего и внешнего развития, согласованности в общественных перспективах и проектах, солидарного понимания действительности, ответственности и свободы в правовых отношениях.

ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ: ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЕ КОНЦЕПЦИИ

Н. В. ВАРЛАМОВА*

Эффективность правового регулирования — комплексная проблема, разрабатываемая в рамках теории и социологии права как на понятийном, так и на эмпирическом уровне.

В основе разнообразных подходов к пониманию эффективности правового регулирования лежат общие представления об эффективности деятельности, развиваемые праксиологией.¹ В самом широком смысле эффективность любой деятельности определяется соотношением ее целей, результатов и использованных ресурсов.

Эффективность рассматривается в праксиологии как характеристика именно деятельности (действия); говорить об эффективности того или иного предмета или явления можно лишь постольку, поскольку они вовлечены в деятельность, выступают в качестве ее необходимой составляющей, средства. Поэтому представляются не имеющими принципиального значения отмечавшиеся в литературе разногласия относительно того, является ли эффективность внутренним свойством правовых норм, заключающимся в их способности оказать благотворное воздействие на развитие объекта в заданном направлении при данных конкретных социальных условиях,² либо она связана исключительно с действием правовых норм, проявляется только при их реализации³ и, таким образом, является свойством их действия.⁴

Правовая норма как таковая вообще не существует вне своей реализации. Официально-властное требование определенного поведения, выраженное в надлежащей форме, — это еще не правовая норма, а просто пожелание законодателя (или иного правоустанавливающего органа), которое может и не воплотиться в действительность, не стать нормой, т. е. социально-типичным («нормальным») сущим. Даже сторонники понимания эффективности как потенциального свойства самой правовой нормы (отождествляемой ими с позитивным нормативным предписанием,

* Варламова Наталья Владимировна — к. ю. н., доцент, старший научный сотрудник Института государства и права РАН.

© Н. В. Варламова, 2009

¹ Подгурецкий А. Очерк социологии права. М., 1974. С. 313.

² Фаткуллин Ф. Н., Чулюкин Л. Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. Казань, 1977. С. 22–23.

³ Пугинский Б. И. Исследование эффективности гражданско-правовых средств // Вестник Московского ун-та. Серия «Право». 1977. № 6. С. 16.

⁴ Эффективность правовых норм. М., 1980. С. 23–29.

фрагментом официального юридического текста) признают, что ее выявление предполагает «исследование последствий правового воздействия», изучение «действия отдельных норм, выполняющих непосредственно роль регулятора общественных отношений».⁵ Поэтому точнее говорить об эффективности правового регулирования,⁶ так как именно этим понятием охватывается особый вид деятельности, заключающийся в правовом (т. е. посредством правовых норм) упорядочивании социальных отношений.

Дальнейшая конкретизация представлений об эффективности правового регулирования, как и решение любого частного вопроса теории права, предопределяется типом правопонимания, в контексте которого такая конкретизация осуществляется.

В советской юридической науке, где проблеме эффективности правового регулирования уделялось значительное внимание, господствовал позитивистско-инструменталистский (легистский) подход к пониманию права. Право, отождествляемое с правилами поведения, установленными государством и обеспеченными его принудительной силой, рассматривалось как инструмент социального управления,⁷ «мощное орудие в руках социалистического государства».⁸ Процесс правового регулирования при этом представлялся в виде специфической формы управленческого воздействия, подчиняющейся общим закономерностям управления,⁹ а правовые нормы выступали в качестве «важнейшего вида управленческих решений, принимаемых в процессе социального управления»¹⁰ «ради того, чтобы обеспечить определенные заранее запланированные изменения или закрепление существующего в объекте воздействия».¹¹ Правотворческая деятельность как «акт творения самой объективной реальности в виде норм права и правоотношений» уподоблялась виду «проектно-конструкторских работ, социально-правовой инженерии».¹²

С этой точки зрения эффективность правового регулирования определяется как соотношение между целями, для достижения которых принимаются те или иные нормы, и фактическим результатом их действия,¹³ а также обусловленными этим затратами.¹⁴

⁵ Фаткуллин Ф. Н., Чулюкин Л. Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. С. 27.

⁶ Пашков А. С., Чечот Д. М. Эффективность правового регулирования и методы ее выявления // Сов. государство и право. 1965. № 8. С. 3–11.

⁷ Эффективность правовых норм. С. 9–21.

⁸ Пашков А. С., Чечот Д. М. Эффективность правового регулирования и методы ее выявления. С. 3.

⁹ Эффективность правовых норм. С. 10, 20.

¹⁰ Там же. С. 15.

¹¹ Там же. С. 20–21.

¹² Сырых В. М. Истинность и правильность как критерии теоретической эффективности норм права // Эффективность закона (методология и конкретные исследования). М., 1997. С. 21.

¹³ Эффективность правовых норм. С. 22.

¹⁴ Пашков А. С., Явич Л. С. Эффективность действия правовой нормы (к методологии и методике социологического исследования) // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 41, 45; Фаткуллин Ф. Н., Чулюкин Л. Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. С. 26.

Последовательно позитивистский подход в духе кельзеновского «чистого учения о праве», освободившего предмет юриспруденции от чуждых ему «наслоений» психологии, социологии, этики и политической теории,¹⁵ увязывает эффективность исключительно с действенностью правовых норм.¹⁶ Под действенностью правовой нормы понимается ее реальное соблюдение и применение (то, «что люди на самом деле действуют в соответствии с этой нормой»)¹⁷. Действенность правопорядка в целом предполагает, «что люди, чье поведение он регулирует, связывая с определенными действиями определенные акты принуждения в качестве санкций, ведут себя в соответствии с нормами этого порядка», и проявляется она, «во-первых, в фактическом соблюдении норм (т. е. в исполнении установленных ими правовых обязанностей) и, во-вторых, в применении правовых норм (т. е. в осуществлении установленных ими санкций)».¹⁸

В данном случае цель правового регулирования заключается в обеспечении определенного (желательного для государства) поведения людей и соотносится с реальным их поведением (результат) и государственно-властными ресурсами (мерами государственного принуждения), которые оказались необходимыми для приведения поведения людей в соответствие с предписаниями правовых норм (затраты). Об эффективности правового регулирования свидетельствует соответствие поведения адресатов правовой нормы требованиям, зафиксированным в ней; выявляется эффективность через сопоставление количества актов правомерного и противоправного поведения и роли юридических санкций в минимизации последнего. Именно такой подход к определению эффективности правового регулирования характерен для западной позитивистской традиции.¹⁹

Однако в отечественной теории обеспечение формальной законности считалось недостаточным для признания правового регулирования эффективным.²⁰ Норма права представлялась как средство, используемое государством для осуществления определенных социальных преобразований.²¹ Поэтому собственно юридические цели, заключающиеся в неуклонном исполнении и соблюдении предписаний правовых норм, рассматривались лишь как одно из самых низших звеньев в цепи непосредственных целей правового регулирования. Утверждалось, что «цели, которым служит право, не являются правовыми. Нет норм права, имеющих только юридические цели». В конечном счете правовое регулирование преследует цели экономического, политического, идеологического и т. п. характера.²² «Укрепление законности, обеспечение высокого технического уровня законодательства и т. п. — это не самоцель, а лишь средство достижения более крупных социальных целей».²³

¹⁵ *Чистое учение о праве* Ганса Кельзена. Сб. переводов. Вып. 1. М., 1987. С. 7.

¹⁶ Там же. Вып. 2. М., 1988. С. 86–89.

¹⁷ Там же. Вып. 1. С. 21.

¹⁸ Там же. С. 157–158.

¹⁹ *Эффективность правовых норм*. С. 50–51.

²⁰ Там же. С. 19.

²¹ *Эффективность действия правовых норм*. Л., 1977. С. 53.

²² *Эффективность правовых норм*. С. 37.

²³ Там же. С. 39.

Конкретные социальные цели, лежащие в основе правового регулирования, разнообразны и многочисленны,²⁴ как и его социальные результаты, с которыми их надлежит соотносить. При этом цели правового регулирования избираются государством произвольно (в нейтральном значении данного термина). Таким образом, эффективность выступает сугубо технической, в лучшем случае социально-технической характеристикой правового регулирования.²⁵ Некоторые исследователи, осознавая ограниченность данной трактовки, предлагали увязывать эффективность права с его социальной ценностью, которая, естественно, заключалась в правильном отражении объективных закономерностей социалистического строительства,²⁶ специфики социалистических общественных отношений.²⁷ Но в любом случае право рассматривалось как социальный регулятор, не имеющий собственной, органично, внутренне ему присущей ценности (а значит, и цели) и содержания.

Такие представления о праве адекватны марксистско-ленинской теории. Ныне действующая Конституция РФ утверждает принципиально иной тип правопонимания, базирующийся на идеологии естественных и неотчуждаемых прав человека. Конституционные положения о высшей ценности (ст. 2) и неотчуждаемом характере (ч. 2 ст. 17) прав и свобод человека, их непосредственном действии и определении ими смысла и содержания правотворческой и правоприменительной деятельности (ст. 18) указывают на собственно правовые ценности, определяющие характер правового регулирования. Основопологающей телеологической ценностью, обеспечиваемой правовым регулированием, признается личная свобода, проявлением и конкретизацией которой и выступают права и свободы человека. Однако эти конституционные установления, коренным образом меняющие представления о сути и социальном назначении права, пока не получили в отечественной науке должного теоретического осмысления и юридико-догматической интерпретации. В частности, они никак не отразились на разработке проблематики эффективности правового регулирования. И сегодня социально-инструменталистский подход к пониманию и определению эффективности права господствует как в теоретических, так и в эмпирических исследованиях.²⁸

Едва ли не единственная попытка пересмотра устоявшегося понимания эффективности правового регулирования принадлежит В. В. Лапаевой. Справедливо отмечая, что принятый в советской науке подход к определению эффективности игнорировал собственно правовую специфику проблемы, значение и социальную ценность права как особого

²⁴ Там же. С. 33.

²⁵ Там же. С. 69–70.

²⁶ Пашков А. С., Явич Л. С. Эффективность действия правовой нормы. С. 41–42; Фаткуллин Ф. Н., Чулюкин Л. Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. С. 12, 30–31.

²⁷ Эффективность действия правовых норм. С. 5–40.

²⁸ См., напр.: Жинкин С. А. Некоторые аспекты понятия эффективности норм права // Правоведение. 2004. № 1. С. 191–196; Савельева Е. М. Проблемы совершенствования законодательной деятельности в России на федеральном уровне // Государство и право. 2001. № 9. С. 5; Эффективность закона (методология и конкретные исследования). М., 1997.

социального регулятора,²⁹ она исходит из того, что ни внешние по отношению к праву (внеправовые) цели, ни побочные (т. е. также неправовые по своему характеру) результаты не могут использоваться для оценки эффективности правового регулирования.³⁰ Эффективность правового регулирования, по мнению В. В. Лапаевой, определяется мерой его вклада в укрепление правовых начал государственной и общественной жизни, в формирование и развитие элементов свободы в общественных отношениях, в реализацию прав и свобод человека и гражданина.³¹

Правовое регулирование призвано обеспечивать согласование социальных интересов по принципу формально равной свободы в их реализации, когда свобода одних лиц в реализации своих интересов не нарушает свободу других. Показателем эффективности правового регулирования в таком случае будет снижение степени конфликтности урегулированных общественных отношений.³² Речь идет не о полном отсутствии конфликтов, а об оптимальном уровне конфликтности для данной сферы отношений,³³ когда «существующее правовое регулирование обеспечивает необходимую и достаточную меру свободы в реализации правомерных интересов субъектов социального общения».³⁴ Такое понимание эффективности исходит из имманентной праву цели, заключающейся в обеспечении «максимально возможной всеобщей меры свободы для развития соответствующей сферы общественной жизни»,³⁵ и может быть выражено в привычных терминах через соотношение цели, результата и затрат.

Признание прав и свобод человека высшей ценностью предопределяет направленность правового регулирования на их обеспечение и защиту. Даная цель правового регулирования диалектически противоречива: с одной стороны, она предполагает максимальную свободу человека в социальной жизни, а с другой — гарантии этой свободы, которые могут предоставляться только за счет ее ограничения. Неслучайно либертарная

²⁹ Лапаева В. В. 1) Эффективность закона и методы ее изучения // Эффективность закона (методология и конкретные исследования). С. 38; 2) Российская социология права. Курс лекций. М., 2005. С. 166; *Проблемы общей теории права и государства*. Учебник для вузов / под ред. В. С. Нерсисянца. М., 1999. С. 508.

³⁰ Лапаева В. В. 1) Эффективность закона и методы ее изучения. С. 37–40; 2) Социология права. Краткий учебный курс. М., 2000. С. 212, 220–221; 3) Российская социология права. С. 165–168; *Проблемы общей теории права и государства*. С. 503, 510.

³¹ Лапаева В. В. 1) Эффективность закона и методы ее изучения. С. 33; 2) Социология права. С. 212; 3) Российская социология права. С. 159; *Проблемы общей теории права и государства*. С. 503.

³² Лапаева В. В. 1) Эффективность закона и методы ее изучения. С. 32–36; 2) Социология права. С. 211–215; 3) Российская социология права. С. 150–161; *Проблемы общей теории права и государства*. С. 502–506.

³³ Лапаева В. В. 1) Социология права. С. 215; 2) Российская социология права. С. 162; *Проблемы общей теории права и государства*. С. 506.

³⁴ Лапаева В. В. Эффективность закона и методы ее изучения. С. 36. — См. также: Лапаева В. В. 1) Социология права. С. 215; 2) Российская социология права. С. 161; *Проблемы общей теории права и государства*. С. 506–507.

³⁵ Лапаева В. В. Эффективность закона и методы ее изучения. С. 33. — См. также: Лапаева В. В. 1) Социология права. С. 212–213; 2) Российская социология права. С. 159; *Проблемы общей теории права и государства*. С. 504.

концепция права,³⁶ предлагающая наиболее адекватное теоретическое обоснование выраженного в российской Конституции типа правовопонимания, определяет право как формально равную для всех меру свободы, подчеркивая тем самым, что свобода в обществе возможна только на основе ее взаимного признания участниками социального общения, а значит, и ограничения свободы каждого свободой другого. Право формализует и нормирует (равным для всех образом) свободу воли (ее проявления в поведении). Поэтому право и представляет собой «всеобщую и необходимую форму свободы людей».³⁷

Если целью правового регулирования признается обеспечение свободы в социальной жизни, то ресурсом, за счет которого она может быть достигнута, является ограничение свободы, а результат образует гарантируемая мера свободы. Действительно, защита прав и свобод человека предполагает предоставление государству (его органам и должностным лицам) определенных полномочий, а это, в свою очередь, означает ограничение прав и свобод (установление порядка и пределов их осуществления).³⁸ Эффективным правовое регулирование может быть признано, если оно обеспечивает максимальные гарантии прав и свобод при минимальном их ограничении.

В литературе советского периода вопрос о том, включает ли понятие эффективности соизмеримость целей и результатов с затратами, связанными с их достижением, оставался дискуссионным. Одни авторы полагали, что нельзя отрывать вопрос об эффективности правовой нормы от тех затрат, которые связаны с поддержанием нормы и с достижением предусмотренного ею результата, ибо «важно не только то, что цель достигнута, но и как, при помощи каких средств и трат она достигается».³⁹ Понимание эффективности как достижения результата при минимальных затратах широко применяется в различных областях общественной жизни. и нет оснований для того, чтобы избегать этого показателя при оценке эффективности действия норм права.⁴⁰ Никакая правовая норма не может претендовать на признание ее эффективной, если она функционирует со значительно более высокими издержками, чем ее положительное влияние на объект воздействия.⁴¹

Другие исследователи, напротив, обосновывали необходимость разведения понятий социальной ценности, эффективности, полезности,

³⁶ *Нерсесянц В. С.* 1) *Право и закон*. М., 1983; 2) *Право в системе социальной регуляции*. М., 1986; 3) *Наш путь к праву. От социализма к цивилизму*. М., 1992; 4) *Право — математика свободы*. М., 1996; 5) *Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства*. М., 1998; 6) *Общая теория права и государства. Учебник для вузов*. М., 1999; 7) *Философия права*. М., 2006; *Четвернин В. А.* 1) *Понятия права и государства. Введение в курс теории права и государства*. М., 1997; 2) *Лекции по теории права*. Вып. 1. М., 2000; 3) *Введение в курс общей теории права и государства. Учеб. пособие*. М., 2003.

³⁷ *Нерсесянц В. С.* *Философия права*. С. 30.

³⁸ Г. Еллинек подчеркивал, что «всякое расширение государственной власти возможно только за счет индивидуальной свободы» (*Еллинек Г.* *Общее учение о государстве*. СПб., 2004. С. 464).

³⁹ *Пашков А. С., Явич Л. С.* *Эффективность действия правовой нормы*. С. 41.

⁴⁰ Там же. С. 45.

⁴¹ *Фаткуллин Ф. Н., Чулюкин Л. Д.* *Социальная ценность и эффективность правовой нормы*. С. 25, 55–56.

экономичности, рациональности правового регулирования, обращая внимание на то, что в основе каждой из этих оценочных категорий лежат качественно разнородные показатели, которые невозможно выразить в сопоставимых единицах.⁴² Под социальной ценностью права понимается социальная оправданность целей правового регулирования;⁴³ под целями и результатами — разнообразны социальные задачи, решаемые посредством правового регулирования; под затратами — прежде всего материальные (финансовые) средства, необходимые для реализации правовой нормы (с их учетом определяется экономичность), а иногда наряду с ними и издержки более разнопланового характера — затраты человеческой энергии, времени, политико-идеологические потери (они влияют на степень рациональности, полезности нормы).⁴⁴ При этом сторонники такого подхода отнюдь не отрицали взаимосвязь данных свойств правового регулирования, лишь синтезированное рассмотрение которых позволяет раскрыть как праксиологические (сугубо технические), так и аксиологические (сущностные) его стороны. (Такое комплексное свойство правового регулирования авторы называли оптимальностью.) Однако редуцирование различных характеристик правового регулирования, сведение их к единому синтетическому показателю, поддающемуся измерению, представлялось им чрезвычайно сложным, поэтому они и отказывались от решения этой задачи.⁴⁵

Подобные проблемы менее явны в рамках рассмотренного ранее последовательно позитивистского подхода к определению эффективности. Категории, в которых в таком случае выражается эффективность: поведение, предписанное правовой нормой (цель) и реализуемое ее адресатами на практике (результат), а также меры государственного принуждения, необходимые для приведения последнего в соответствии с первым (затраты), — могут быть выражены в количественных показателях и поддаются сопоставлению.

Понимание права как меры свободы вообще снимает указанные проблемы. Мера свободы как раз и выступает таким синтетическим показателем, через который выражаются и цели, и результаты правового регулирования, и ресурсы, за счет которых они достигаются. При этом мера свободы обеспечивает единство аксиологической и праксиологической интерпретации правового регулирования.

Обоснование свободы в качестве телеологической ценности, раскрывающей сущность и социальное назначение права, имеет давнюю традицию в правовой мысли. Еще Дж. Локк писал, что учреждение государства и передача себя под его власть «делается каждым лишь с намерением как можно лучше сохранить себя, свою свободу и собственность... Власть общества или созданного людьми законодательного органа никогда не может простирается далее, нежели это необходимо для общего блага; эта

⁴² Эффективность правовых норм. С. 56–72; Эффективность действия правовых норм. С. 37, 55.

⁴³ Фаткуллин Ф. Н., Чулюкин Л. Д. Социальная ценность и эффективность правовой нормы. С. 4–20; Эффективность правовых норм. С. 68–72.

⁴⁴ Эффективность правовых норм. С. 57–68.

⁴⁵ Там же. С. 72–75.

власть обязана охранять собственность каждого». ⁴⁶ Г. Спенсер утверждал, что «подчинение меньшинства большинству (т. е. человека — власти. — Н. В.) законно до тех пор, пока оно не обуславливает других стеснений собственности и свободы каждого, кроме тех, которые необходимы для лучшего сохранения этой свободы и этой собственности», а «всякое подчинение вне этих пределов было бы незаконно, так как равнялось бы нанесению правам индивида более сильного вреда, чем это необходимо для защиты». ⁴⁷ При этом он специально подчеркивал, что благосостояние масс не должно быть непосредственной целью государственной политики, народное благо достигается косвенным образом за счет «уменьшения стеснения». ⁴⁸ По мнению Ф. А. фон Хайека, «важнейшим из общественных благ, для обеспечения которых необходимо правительство, является не прямое удовлетворение каких-либо конкретных нужд, а обеспечение условий, при которых отдельные люди и небольшие группы будут располагать благоприятными возможностями для взаимного удовлетворения соответствующих потребностей». ⁴⁹

В либертарной концепции права общее благо, образующее цель политического союза (государственной организации) и правового регулирования, трактуется не как некое исходно заданное, отчужденное и самодовлеющее «благо» абстрактного или конкретного социального целого (общества, государства, социальной группы), подчиняющее себе индивидуальные интересы входящих в него лиц, а как необходимое условие совместного социального бытия, позволяющее каждому члену сообщества на формально равной основе свободно реализовывать свое частное благо (интересы, волю), т. е. правовой порядок, обеспечивающий каждому равную меру свободы при социальном взаимодействии. ⁵⁰ Таким образом, общее благо не отделено от блага каждого и не противопоставлено ему: «Подлинными носителями общего блага исходно и постоянно являются сами члены данного сообщества (каждый в отдельности и все вместе), организующие соответствующие государственно-правовые формы своей жизни на началах равенства, свободы и справедливости». ⁵¹

Поэтому совместная жизнедеятельность людей как условие их подлинно человеческого бытия предполагает не гармонизацию интересов личности и общества, как это обычно постулируется, ⁵² а поиск наиболее оптимального способа согласования различных индивидуальных интересов, т. е. такого порядка их реализации, который был бы в равной мере приемлем для каждого члена общества. Если общий интерес и представляет

⁴⁶ Локк Д. Избр. филос. произв. В 2 т. Т. 2. М., 1960. С. 74.

⁴⁷ Спенсер Г. Личность и государство. Челябинск, 2007. С. 184.

⁴⁸ Там же. С. 11.

⁴⁹ Фон Хайек Ф. А. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С. 170.

⁵⁰ Нерсесянц В. С. 1) Философия права. С. 95–102; 2) Проблема общего блага в пост-либеральной России // Российское правосудие. 2006. № 4. С. 4–13.

⁵¹ Нерсесянц В. С. Философия права. С. 99.

⁵² См., напр.: Эбзеев Б. С. Диалектика индивидуального и коллективного в организации социума и ее отражение в Конституции (к методологии исследования) // Государство и право. 2004. № 2. С. 5–9.

собой объективную реальность,⁵³ то только в смысле объективной необходимости такого общего (публичного) порядка, который одновременно составляет и интерес каждого члена сообщества. Таким «взаимовыгодным» публичным порядком является правопорядок, обеспечивающий всем членам сообщества формально равную свободу в реализации их индивидуальных интересов, а потому и воплощающий в себе одновременно и общий (общее благо), и индивидуальный интерес (благо каждого).

Понимание общего (общественного, публичного) интереса как некоего специфического интереса общества, отличного от интересов его членов,⁵⁴ на деле ведет к его отождествлению с государственным интересом («в принципе все меры, которые государство считает полезными для выполнения своих задач, представляют общественный интерес»),⁵⁵ а фактически с интересами государственной бюрократии и контролирующих ее социальных групп.

Любая социальная организация неизбежно предполагает ограничение свободы воли человека, возможности его произвольного самоопределения. История демонстрирует два принципиально различающихся способа такого ограничения. Первый — субъективный, когда мера свободы произвольно определяется усмотрением властной инстанции. Гарантией сохранения определенного минимума свободы при этом выступает лишь техническая ограниченность возможности позитивного регулирования человеческого поведения.⁵⁶ Второй способ ограничения свободы исходит из объективного критерия: свобода одного человека ограничивается свободой другого в той мере, в какой это необходимо для равного обеспечения и защиты свободы всех членов сообщества, а властная инстанция (правовое государство) выступает как гарант такого ограничения (а потому и защиты) свободы.

Осуществление эффективного правового регулирования может быть интерпретировано как своеобразная разновидность выделенного еще М. Вебером рационально-правового способа легитимации власти (политического господства, публичного порядка).⁵⁷ В данном случае в качестве нормативного порядка высшего уровня, с точки зрения которого признается оправданным (легитимным) действующее позитивное правовое регулирование, является собственно право, понимаемое как форма реализации и защиты свободы в социальной жизни. Соответственно, правовое регулирование является легитимным, если оно рационально (эффективно), т. е. обеспечивает максимальные гарантии максимальной меры свободы.

Предложенное понятие эффективности правового регулирования операционально, т. е. имплицитно содержит указание на процедуры (операции), посредством которых выявляются доступные эмпирическому наблюдению и/или измерению показатели (в данном случае — мера

⁵³ Там же. С. 8.

⁵⁴ Там же.

⁵⁵ *Экштайн К.* Основные права и свободы. Учеб. пособие для вузов. М., 2004. С. 67.

⁵⁶ *Чистое учение о праве* Ганса Кельзена. Вып. 1. С. 63.

⁵⁷ *Weber M.* Staatssoziologie. В., 1956. S. 99 ff. — См. также: *Четвернин В. А.* Демократическое конституционное государство. Введение в теорию. М., 1993. С. 80–83.

свободы), свидетельствующие о наличии или отсутствии явления, выраженного в понятии.⁵⁸ Причем операционализация данного понятия эффективности возможна не только в рамках конкретно-социологических исследований — давно и достаточно успешно она осуществляется на практике. Речь идет о практике разрешения на национальном и международном уровне споров, связанных с нарушением прав человека.

Как было показано, принцип верховенства прав человека предполагает, что все правовое регулирование фактически может быть сведено к защите прав человека, которая, в свою очередь, обеспечивается посредством их ограничения. Европейский суд по правам человека в своей практике исходит из того, что любое ограничение (вмешательство в осуществление) прав и свобод, допускаемое в соответствии с Конвенцией о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. (далее — Конвенция), является оправданным и правомерным только в том случае, если оно:

- «предусмотрено законом» (позитивным правом);
- преследовало какую-либо легитимную цель, указанную в Конвенции;
- являлось «необходимым в демократическом обществе»;
- соразмерно преследуемой цели.

Проверка соблюдения последних трех требований как раз и образует процедуру выявления эффективности, а потому и допустимости позитивного правового регулирования, предусматривающего ограничение прав и свобод человека.

С учетом места и роли Конвенции в системе европейского правового порядка⁵⁹ можно сказать, что Европейский суд как контрольный орган

⁵⁸ Подробнее см., напр.: *Рабочая книга социолога*. М., 1983. С. 118–122; *Эффективность* правовых норм. С. 156–164.

⁵⁹ Конвенция (точнее — практика Европейского суда по ее применению) аккумулировала европейский опыт обеспечения прав человека и установила единые европейские стандарты в этой сфере, которые затем стали оказывать определяющее влияние на развитие национальных правовых систем. Стандарты, выработанные Европейским судом, касаются «всех отраслей права: конституционного, уголовного, гражданского, административного» (*De Salvia M.* Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004. С. 13). Постепенно Конвенцию стали рассматривать как основополагающую часть формирующейся «европейской конституции», определяющей не только стандарты взаимоотношений человека и государства, но и требования к публичному порядку на Европейском континенте (*Arnold R.* European Constitutional Law: Some Reflections on a Concept that Emerged in the Second Half of the Twentieth Century // *Tulane European and Civil Law Forum*. 1999. Vol. 14. P. 49–64; *Frowein J.* Die Herausbildung Europäischer Verfassungsprinzipien // *Festschrift Werner Mainhofer*. 1998. P. 149). Можно сказать, что Конвенция стала базой формирования единого правового порядка, складывающегося посредством позитивации и конституционализации принципа верховенства прав и свобод человека. Европейский суд неизменно исходит из того, что Конвенция выступает в качестве инструмента европейского публичного порядка (*ordre public*), обеспечивающего защиту отдельных людей (Eur. Court H. R. *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Judgment of 23 March 1995. Series A. No. 310. Para. 93; *Cyprus v. Turkey*, Judgment of 10 May 2001. Para. 78; *Banković and Others v. Belgium and 16 other Contracting States*. Decision of 12 December 2001. Para. 80). Оставаясь международным договором, Конвенция приобрела многие черты наднационального акта, положения которого тем

осуществляет проверку эффективности правового регулирования в странах Европы, признающих принцип верховенства прав человека в качестве основы своей правовой системы. Процедура проверки допустимости ограничения (вмешательства в осуществление) прав и свобод человека, используемая Европейским судом, достаточно формализована, и Суд строго ей следует. Общая логика и отдельные элементы этой процедуры используются многими международными⁶⁰ и национальными⁶¹ органами, в том числе Конституционным Судом РФ.

Принцип верховенства прав человека предполагает, что пределы их осуществления определяются правами и свободами других лиц (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ). Это значит, что любые установленные законом ограничения прав и свобод должны быть оправданы, по крайней мере в конечном счете, необходимостью защиты прав и свобод других лиц.⁶² Оговорка «в конечном счете» означает допустимость ограничения прав и свобод человека также и для охраны публичного порядка (публичного интереса, общего блага), но лишь в том случае, если речь идет о публичном правопорядке, в рамках которого только и возможно осуществление прав и свобод.⁶³

В зависимости от сущности и содержания гарантируемого права Конвенция называет разные цели, для достижения которых могут устанавливаться и применяться необходимые ограничения. Таковыми признаются: интересы национальной безопасности, территориальной целостности, общественного порядка, общественного спокойствия, экономического благосостояния страны; предотвращение беспорядков и преступлений; подавление бунта или мятежа; охрана здоровья и нравственности; защита прав и свобод других лиц (в том числе защита лица от противоправного насилия), частной жизни или репутации; соблюдение интересов детей и несовершеннолетних; обеспечение общего или публичного интереса, интересов, авторитета и беспристрастности правосудия, уплаты налогов, других сборов или штрафов; предотвращение разглашения информации, полученной конфиденциально.

Содержательная интерпретация каждой из этих целей дается Европейским судом применительно к обстоятельствам конкретных дел.

или иным образом включены в национальные правовые системы государств-участников и имеют приоритет по отношению к нормам их внутреннего права. Право, созданное Европейским судом на основании Конвенции, имеет конституционный характер, а сама деятельность Суда все более приближается к конституционному контролю (*Де Сальвиа М.* Прецеденты Европейского суда по правам человека. С. 39).

⁶⁰ См., напр.: *Прецедентные дела Комитета по правам человека* / сост. Р. Хански и М. Шейнин; Институт прав человека, Университет Або Академии. Рига, 2004.

⁶¹ См., напр., в отношении Федерального конституционного суда Германии: *Richter J., Schuppert G., Bumke C.* Casebook Verfassungsrecht. 4 Aufl. Muenchen, 2001; *Pirroth B., Schlink B.* Grundrechte. Staatsrecht II. 17 neubearb. Aufl. Heidelberg, 2001.

⁶² *Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий* / под ред. В. А. Четвернина. М., 1997. С. 31–32; *Ланаева В. В.* 1) Проблема ограничения прав и свобод человека и гражданина в Конституции РФ (опыт доктринального осмысления) // Журнал российского права. 2005. № 7. С. 18; 2) Формирование доктрины защиты прав личности как актуальная задача теории права // Российское правосудие. 2006. № 4. С. 24–25.

⁶³ *Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий*. С. 32–33.

При этом Суд исходит из того, что все они представляют собой частные проявления (конкретизацию) общего принципа допустимости ограничения прав и свобод человека для защиты прав и свобод других лиц и публичного порядка, обеспечивающего их реализацию. Так, в решении по делу «Санди Таймс» против Соединенного Королевства Суд отметил, что нормы, направленные на «обеспечение авторитета и беспристрастности правосудия», могут служить и для защиты прав тяжущихся, т. е. они защищают права личности в качестве стороны в процессе, так как права человека, вовлеченного в механизм правосудия, нельзя обеспечить, если авторитет правосудия не будет распространен на каждого, кто оказался в его сфере.⁶⁴ Позднее Европейский суд подчеркивал важность уважения и доверия, которое суды в правовом государстве должны внушать предстателям перед ними лицам и обществу в целом.⁶⁵

Аналогичным образом могут быть интерпретированы и цели ограничения прав и свобод, установленные Конституцией РФ: защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55). Однако «защита нравственности» в данном контексте не предполагает возможность ограничения прав и свобод в угоду нравственным представлениям определенных лиц или групп;⁶⁶ данное основание может использоваться лишь в том случае, если «безнравственное» поведение сопряжено с оскорблением чести и достоинства других лиц, представляет угрозу общественному порядку и т. п.⁶⁷

Вызывает сомнение предусмотренная ч. 3 ст. 55 Конституции РФ возможность ограничения прав и свобод в целях защиты «законных интересов» других лиц. В литературе справедливо подчеркивается, что законные интересы и права человека — это нерядоположенные категории.⁶⁸ Первые производны от закона (признаются им таковыми), а права

⁶⁴ Eur. Court H. R. *The Sunday Times v. the United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979. Series A. No. 30. Para. 56.

⁶⁵ Eur. Court H. R. *Fey v. Austria*, Judgment of 24 February 1993. Series A. No. 255-A. Para. 30; *Prager and Oberschlick v. Austria*, Judgment of 26 April 1995. Series A. No. 313. Para. 34; *Remli v. France*, Judgment of 23 April 1996. Reports. 1996-II. Para. 48; *De Haes and Gijssels v. Belgium*, Judgment of 24 February 1997. Reports. 1997-I. Para. 37; *Worm v. Austria*, Judgment of 29 August 1997. Reports. 1997-V. Para. 40; *Skalka v. Poland*, Judgment of 27 May 2003. Paras. 34, 40.

⁶⁶ Европейский суд исходит из того, что демократическое общество характеризуется терпимостью и открытостью. В частности, по мнению Суда, несмотря на то, что члены общества, считающие гомосексуализм аморальным, будут шокированы, оскорблены и обеспокоены предоставлением гомосексуалистам больших прав, подобные настроения сами по себе не могут служить основанием для применения уголовного наказания, когда речь идет о гомосексуальных отношениях, имеющих место по взаимному согласию между взрослыми людьми, способными нести ответственность за свои поступки. Существующее моральное неприятие гомосексуализма в Северной Ирландии, а также озабоченность общественности тем, что любое ослабление законодательных запретов приведет к эрозии существующих нравственных принципов, не могут являться оправданием для столь значительного вмешательства в частную жизнь лица (*Eur. Court H. R. Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment of 22 October 1981. Series A. No. 45. Paras. 53–54, 60–61).

⁶⁷ Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий. С. 34–35.

⁶⁸ Там же. С. 35–36.

человека носят естественный (принадлежат каждому от рождения) и неотчуждаемый характер (ч. 2 ст. 17 Конституции РФ).

Сама категория «законные интересы» в отечественной доктрине получила довольно неопределенное истолкование. Под законными интересами по сути предлагается понимать различные социальные интересы (притязания на социальные блага), которые могут быть реализованы в рамках действующего законодательства и не предполагают совершения противоправных деяний.⁶⁹ При этом реализация законных интересов возможна, но юридически не гарантирована.⁷⁰ Одновременно, правда, утверждается, что «законные интересы защищены государством наряду с правами и свободами»,⁷¹ но в меньшей мере, чем субъективные права.⁷² Преодолеть противоречия, присущие данной трактовке, возможно, лишь признав, что «интерес — это категория внеправовая или “доправовая”». Интересы предшествуют юридическим правам и обязанностям, побуждая людей вступать в правоотношения.⁷³ «Правовое выражение и защита интересов индивида — одна из важных функций правовой системы общества»,⁷⁴ но сами по себе социальные интересы как неправовые явления основанием ограничения прав и свобод выступать не могут.

В западной доктрине категории законного интереса придается иное, собственно юридическое значение. Законный интерес рассматривается как притязание на соблюдение государственными органами и должностными лицами установленного законом порядка реализации прав и свобод (на законности деятельности публичной администрации). Законный интерес предполагает обязанность органов и лиц, наделенных публично-властными полномочиями, действовать в порядке, установленном законом, и право заинтересованного лица добиваться его соблюдения, в том числе посредством требования признания незаконности актов и действий публичных властей.⁷⁵ Таким образом, законные интересы производны от публичного порядка, и основаниями ограничения прав и свобод являются не сами законные интересы, а те элементы публичного порядка, из которых они проистекают.

Европейский суд признает ограничения прав и свобод человека, преследующие легитимные цели, правомерными, если они «необходимы в демократическом обществе». В данном случае имеется в виду не просто «неопределенное» требование защиты демократии,⁷⁶ а проверка

⁶⁹ Малько А. В., Субочев В. В. Законный интерес как правовая категория. СПб., 2004. С. 67–90; Субочев В. В. Законные интересы. М., 2008. С. 78–110.

⁷⁰ *Общая теория государства и права. Академический курс* / под ред. М. Н. Марченко. В 3 т. Т. 3. 2-е изд. М., 2002. С. 231.

⁷¹ Там же. Т. 1. М., 2002. С. 421.

⁷² Там же. Т. 3. С. 231.

⁷³ *Общая теория прав человека* / под ред. Е. А. Лукашевой. М., 1996. С. 30; *Права человека. Учебник* / под ред. Е. А. Лукашевой. М., 2009. С. 100.

⁷⁴ *Общая теория прав человека*. С. 30.

⁷⁵ Васильева Т. А. Административная юстиция в Италии // Проблемы административной юстиции. Материалы семинара. М., 2002. С. 51; Кариола А. Основные права и свободы по Конституции Италии // Защита прав человека в современном мире. М., 1993. С. 60–62; *Manuale di diritto pubblico*. A cura di J. Amato e A. Barbera. Bologna, 1994. P. 202–203.

⁷⁶ Ланаева В. В. Формирование доктрины защиты прав личности как актуальная задача теории права. С. 27–29.

«необходимости» предпринятых мер, связанных с ограничением прав человека, в демократических обществах, разделяющих идеалы свободы и верховенства права (преамбула Конвенции). Давая толкование этого понятия, Суд указал, что, хотя слово «необходимо» не является синонимом слова «незаменимо», оно в то же время не обладает гибкостью выражений «допустимо», «обычно», «целесообразно», «разумно» или «желательно»; оно подразумевает наличие «насущной социальной потребности».⁷⁷

«Необходимое в демократическом обществе» ограничение прав и свобод или вмешательство в их осуществление должно быть соразмерно «насущной социальной потребности» в защите ценностей или в достижении целей, которыми, согласно Конвенции, оно может быть оправдано. Принцип соразмерности предполагает справедливый баланс между защитой общих интересов сообщества и должным уважением основных прав человека, при этом особое значение придается последним.⁷⁸ Европейский суд неоднократно подчеркивал, что его целью как раз и является отыскание в каждом конкретном деле справедливого баланса между конкурирующими интересами личности и общества в целом.⁷⁹

Кроме того, допустимые ограничения (вмешательства в осуществление) прав и свобод не должны носить дискриминационный характер. Под дискриминацией Европейский суд понимает не имеющее разумного и объективного оправдания различие в обращении с лицами, находящимися в аналогичной ситуации,⁸⁰ и одинаковый поход к лицам, находящимся в принципиально различных ситуациях.⁸¹ Дискриминационным различие в обращении признается опять-таки при отсутствии разумной соразмерности между используемыми средствами и легитимной целью, которую намеревались достичь.⁸²

В литературе высказываются сомнения относительно корректности применения принципа соразмерности для определения допустимости ограничения прав и свобод человека, поскольку он используется для сравнения несопоставимых (несоизмеримых) объектов — различных по своему содержанию прав человека (например, права на объединение, права на жизнь, права на личную свободу и безопасность) и иных ценностей (элементов публичного порядка), например безопасности государства.⁸³ Однако все разнообразные права человека представляют

⁷⁷ Eur. Court H. R. *Handyside v. the United Kingdom*, Judgment of 7 December 1976. Series A. No. 24. Para. 48; *The Sunday Times v. the United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979. Series A. No. 30. Para. 59.

⁷⁸ Eur. Court H. R. *Belgian Linguistic Case*, Judgment of 23 July 1968. Series A. No. 6. Para. 5.

⁷⁹ Eur. Court H. R. *Rees v. the United Kingdom*, Judgment of 17 October 1986. Series A. No. 106. Para. 37; *Leander v. Sweden*, Judgment of 26 March 1987. Series A. No. 116. Para. 59; *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1990. Series A. No. 172. Para. 41.

⁸⁰ Eur. Court H. R. *Belgian Linguistic Case*, Judgment of 23 July 1968. Series A. No. 6. Paras. 9–10.

⁸¹ Eur. Court H. R. *Thlimmenos v. Greece*, Judgment of 6 April 2000. Para. 44.

⁸² Eur. Court H. R. *Belgian Linguistic Case*, Judgment of 23 July 1968. Series A. No. 6. Para. 10.

⁸³ *Ланаева В. В.* Формирование доктрины защиты прав личности как актуальная задача теории права. С. 26.

собой лишь различные конкретизированные проявления его свободы, а составляющие публичного порядка — ограничение свободы, поэтому они вполне соизмеримы. Единицей «измерения» здесь является именно свобода. Понимание права как формально равной меры свободы предполагает не только возможность пользоваться равной свободой при реализации одного и того же права,⁸⁴ но и обеспечение всем равной меры свободы в социальной жизни в целом, при реализации самых разных прав (в отношении различных проявлений свободы), что всегда сопряжено с определенными ограничениями как своей свободы, так и свободы других людей, и эти взаимные ограничения свободы в соответствии с принципом формального равенства должны быть соразмерны (сбалансированы). Представляется, что именно эта идея выражена в ч. 3 ст. 17 Конституции РФ: осуществление прав человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц.

Принцип соразмерности используется в практике конституционного контроля за правомочностью установленных ограничений прав человека практически всех стран западной демократии.⁸⁵ Российский Конституционный Суд выводит его из ч. 3 ст. 55 Конституции РФ: «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом 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». Конституционный Суд РФ в своих решениях неизменно исходит из того, что ограничения прав и свобод должны быть необходимыми и соразмерными конституционно признаваемым целям таких ограничений; государство, обеспечивая баланс конституционно защищаемых ценностей и интересов, должно использовать не чрезмерные, а только необходимые и строго обусловленные этими целями меры; ограничения прав и свобод являются оправданными, только если они отвечают требованиям справедливости, являются адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей.⁸⁶ Принцип

⁸⁴ Там же.

⁸⁵ См., напр.: *Арнольд Р.* Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод и ее влияние на государства Центральной и Восточной Европы // Россия и Совет Европы: перспективы взаимодействия. Сборник докладов. М., 2001. С. 63; *Визер Б.* Защита прав человека в Австрии // Защита прав человека в современном мире. М., 1993. С. 41; *Хессе К.* Основы конституционного права ФРГ. М., 1981. С. 166–168.

⁸⁶ См., напр.: п. 5 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 13 июня 1996 г. № 14-П по делу о проверке конституционности ч. 5 ст. 97 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В. В. Шелухина (СЗ РФ. 1996. № 26. Ст. 3185); п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 г. № 15-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С. А. Бунтмана, К. А. Катаняна и К. С. Рожкова (СЗ РФ. 2003. № 44. Ст. 4358); п. 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 18-П по делу о проверке конституционности п. 3 ст. 9 Федерального закона «О политических партиях» в связи с запросом Коптевского районного суда г. Москвы, жалобами общероссийской общественной политической организации «Православная партия России» и граждан И. В. Артемова и Д. А. Савина (СЗ РФ. 2004. № 51. Ст. 5260);

соразмерности действует при установлении мер административной⁸⁷ и уголовной⁸⁸ ответственности.

Верховный суд США использует три способа проверки конституционности ограничений прав и свобод человека, в основе которых также лежит идея соразмерности.⁸⁹ Так называемая строгая проверка (*strict scrutiny*) применяется, когда затрагиваются основные права человека (прямо гарантированные Конституцией или выведенные Верховным судом из ее положений — свобода слова, свобода вероисповедания, свобода объединения, право на неприкосновенность частной и семейной жизни, право избирать, право на доступ к правосудию, свобода передвижения, право на заключение брака, право на прерывание беременности на ранних стадиях и др.) или предусматривается различие в обращении по основаниям, «вызывающим подозрение» (*suspect classification*), — по признаку расы, этнического происхождения, вероисповедания, иностранного гражданства (если регулирование осуществляется властями штатов или муниципалитетов). В таких случаях необходимо доказать, что действия властей обусловлены «насущным государственным интересом» (*compelling governmental interest*) и предпринятые меры являются наименее обременительными, т. е. предполагают минимально возможное для достижения соответствующих легитимных целей ограничение прав и свобод. В нашей терминологии это требование максимальной эффективности (рациональности) правового регулирования.

В большинстве случаев установленные ограничения прав и свобод подвергаются «нестрогой проверке» (*lax scrutiny*) на наличие для этого «рационального основания» (*rational basis test*), которая сводится к определению легитимной цели, преследуемой властями, и разумности средств, избранных для ее достижения. Это требование минимальной эффективности.

«Тщательная проверка» (*heightened scrutiny*), или «проверка среднего уровня» (*middle-level scrutiny*), применяется, когда различия в обращении основываются на признаках, «почти вызывающих подозрение» (*almost suspect classification*), каковыми считаются пол и рождение вне брака. Для признания предпринятых мер конституционными здесь

п. 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда от 1 февраля 2005 г. № 1-П по делу о проверке конституционности абз. 2–3 п. 2 ст. 3 и п. 6 ст. 47 Федерального закона «О политических партиях» в связи с жалобой общественно-политической организации «Балтийская республиканская партия» (СЗ РФ. 2005. № 6. Ст. 441).

⁸⁷ Пункт 5 мотивировочной части, п. 1 резолютивной части Постановления Конституционного Суда РФ от 11 марта 1998 г. № 8-П по делу о проверке конституционности ст. 266 Таможенного кодекса РФ, ч. 2 ст. 85 и ст. 222 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях в связи с жалобами граждан М. М. Гаглоевой и А. Б. Пестрякова (СЗ РФ. 1998. № 12. Ст. 1458).

⁸⁸ Пункт 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 20 апреля 2006 г. № 4-П по делу о проверке конституционности ч. 2 ст. 10 Уголовного кодекса РФ, ч. 2 ст. 3 Федерального закона «О введении в действие Уголовного кодекса РФ», Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РФ» и ряда положений Уголовно-процессуального кодекса РФ, касающихся порядка приведения судебных решений в соответствие с новым уголовным законом, устранившим или смягчающим ответственность за преступление, в связи с жалобами граждан А. К. Айжанова, Ю. Н. Александрова и других (СЗ РФ. 2006. № 18. Ст. 2058).

⁸⁹ Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М., 2006. С. 570–587; Corvin E. S., Peltrason J. W. Understanding the Constitution. 13th ed. Orlando, 1994. P. 350–390.

необходимо доказать, что они «преследуют важные государственные цели» и «существенным образом» способствуют их достижению. Именно этот вариант проверки ближе всего примыкает к традиционному пониманию соразмерности.

Таким образом, стандарты соразмерности, используемые Верховным судом США, разнятся в зависимости от существа права, подвергающегося ограничению. Можно сказать, что чем большая мера индивидуальной свободы оказывается под угрозой, тем в более серьезном обосновании нуждаются предпринимаемые государством меры (они должны быть безусловно необходимыми для защиты соразмерной меры свободы других лиц).⁹⁰

Неотчуждаемый характер прав и свобод человека предполагает, что их ограничение не может быть беспредельным. Никакие легитимные цели (в том числе и защита прав других лиц) не оправдывают полное лишение человека свободы. (Речь не идет о временных ограничениях, вводимых в условиях войны, чрезвычайного положения и т. п.) Весьма примечательное обоснование неотчуждаемости прав человека содержалось в Декларации прав американского штата Нью-Гемпшир, принятой еще в 1783 г.: они таковы по своей природе, что за них не может быть предложено равноценное возмещение (ст. IV).⁹¹ Даже забота о собственной безопасности не является основанием для полного отказа от гарантий личной свободы.

Сегодня Европейский суд исходит из абсолютной ценности прав и свобод человека; никакие чрезвычайные ситуации в жизни демократического общества и исключительно противоправное поведение лица не могут привести к полному отказу от их гарантий. Призная рост терроризма в современном обществе⁹² и важность борьбы с организованной преступностью⁹³ (что ставит перед властями особые проблемы),⁹⁴

⁹⁰ Аналогичный подход прослеживается и в практике Европейского суда. Конвенция о защите прав человека и основных свобод, предусматривая допустимые случаи лишения жизни (п. 2 ст. 2), устанавливает, что это может иметь место только в результате «абсолютно необходимого применения силы». Данная формулировка, указал Европейский суд, предполагает, что следует провести более строгую и тщательную проверку необходимости соответствующих действий государства, чем в отношении других статей Конвенции. Применение силы должно быть строго соразмерно достижению целей, обозначенных в п. 2 ст. 2 Конвенции (Eur. Court H. R. *McCann and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1995. Series A. No. 324. Para. 149; *Brady v. the United Kingdom*, Decision of 3 April 2001). Европейский суд при этом исходит из того, что право на жизнь, без которого пользование всеми другими правами и свободами утрачивает смысл (Eur. Court H. R. *Pretty v. the United Kingdom*, Judgment of 29 April 2002. Para. 37), является одной из основополагающих ценностей демократических государств, входящих в Совет Европы (Eur. Court H. R. *McCann and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 27 September 1995. Series A. No. 324. Para. 147; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, Judgment of 9 October 1997. Reports. 1997-VI. Para. 171).

⁹¹ *The Federal and State Constitution, Colonial Charters and Other Organic Laws of the United States*. Compiled under and order of the United States Senate by Perley Poore. Washington, 1877. Vol. II. P. 1280 (цит. по: *Еллинек Г.* Декларация прав человека и гражданина. М., 1905. С. 60).

⁹² Eur. Court H. R. *Brogan and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 29 November 1988. Series A. No. 145-B. Para. 48.

⁹³ Eur. Court H. R. *Ciulla v. Italy*, Judgment of 22 February 1989. Series A. No. 148. Para. 41.

⁹⁴ Eur. Court H. R. *Brogan and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 29 November 1988. Series A. No. 145-B. Para. 61; *Aksoy v. Turkey*, Judgment of 18 December 1996. Reports. 1996-VI. Para. 78. *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 13 March 2003. Para. 106.

Европейский суд неизменно подчеркивает, что это не означает, что органы, осуществляющие расследование, имеют карт-бланш арестовывать подозреваемых для допросов, будучи свободными от эффективного контроля внутренних судов и институтов Конвенции всякий раз, когда они утверждают, что дело связано с терроризмом.⁹⁵ При рассмотрении таких дел Европейский суд принимает во внимание особый характер террористических преступлений, угрозу, которую они представляют для демократического общества, острую необходимость борьбы с ними и чрезвычайный характер соответствующих мер настолько, насколько это совместимо с подлежащими применению положениями Конвенции.⁹⁶ В частности, подобные обстоятельства, по мнению Суда, не могут оправдывать отказ от ограничительного толкования исчерпывающего перечня допустимых ст. 5 Конвенции случаев лишения свободы⁹⁷ или требования незамедлительности судебного контроля за законностью заключения под стражу.⁹⁸ При увеличении в условиях чрезвычайной ситуации срока предварительного задержания и заключения под стражу по подозрению в совершении преступления Европейский суд признает необходимым наличие эффективных гарантий, которые предоставляют существенную защиту от произвола и содержания под стражей *incommunicado* (в полной изоляции от внешнего мира), как-то: возможность обратиться к врачу, адвокату, родственнику или другу и предстать перед судьей, чтобы проверить законность заключения. В противном случае заключенный оказывается оставленным исключительно на милость тех, кто его задержал, и становится уязвимым не только в отношении произвольного вмешательства в его право на свободу, но и в отношении пыток.⁹⁹

В Основном Законе ФРГ запрет чрезмерного ограничения прав человека, выхолащивающего их сущность, выражен в абз. 2 ст. 19, согласно которому при ограничении законом или на основании закона «существо содержания основного права ни в коем случае не может быть затронуто». Аналогичные пределы законодательного ограничения прав человека содержат и конституции других стран. В частности, Конституция Испании устанавливает, что закон, регулирующий осуществление прав и свобод, «должен следовать их основному содержанию» (п. 1 ст. 53). «Сохранения объема и неизменной сущности конституционных положений» требует от закона, ограничивающего права и свободы, Конституция Португалии (п. 3 ст. 18). «Принципиальное содержание основных прав неприкосновенно» — провозглашает Конституция Швейцарии (п. 4 ст. 36).

⁹⁵ Eur. Court H. R. *Murray v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994. Series A. No. 300-A. Para. 58; *Sakik and Others v. Turkey*, Judgment of 26 November 1997. Reports. 1997-VII. Para. 44; *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 13 March 2003. Para. 106.

⁹⁶ Eur. Court H. R. *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, Judgment of 30 August 1990. Series A. No. 182. Para. 28; *Murray v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994. Series A. No. 300. Para. 47.

⁹⁷ Eur. Court H. R. *Ciulla v. Italy*, Judgment of 22 February 1989. Series A. No. 148. Para. 41.

⁹⁸ Eur. Court H. R. *Brogan and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 29 November 1988. Series A. No. 145-B. Paras. 61–62.

⁹⁹ Eur. Court H. R. *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, Judgment of 26 May 1993. Series A. No. 258-B; *Aksoy v. Turkey*, Judgment of 18 December 1996. Reports. 1996-VI. Paras. 78, 82–84.

Конституция РФ запрещает издавать законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина (ч. 2 ст. 53). Данный конституционный запрет получил в литературе различное истолкование.¹⁰⁰ Наиболее адекватным представляется понимание этого положения как указания на необходимость сохранения существа или основного содержания права.¹⁰¹ Основания для этого дает и практика Конституционного Суда РФ, который в своих решениях неоднократно подчеркивал, что, когда конституционные нормы позволяют законодателю установить ограничения закрепляемых ими прав, он не может осуществлять такое регулирование, которое посягало бы на само существо того или иного права и приводило бы к утрате его реального содержания; предусматриваемые ограничения не должны затрагивать само существо конституционного права, т. е. ограничивать пределы и применение основного содержания соответствующих конституционных норм.¹⁰²

Понятие сущности или основного содержания права предполагает не количественный, а качественный предел его допустимых ограничений,¹⁰³ требование сохранения незыблемой социальной функции данного права.¹⁰⁴

¹⁰⁰ См., напр.: *Комментарий к Конституции Российской Федерации* / под ред. В. Д. Карповича. М., 2002. С. 380; *Конституционные права в России: дела и решения*. Учеб. пособие / под ред. А. Шайо. М., 2002. С. 58–62.

¹⁰¹ См., напр.: *Конституция Российской Федерации*. Проблемный комментарий. С. 31; *Ланаева В. В.* 1) Проблема ограничения прав и свобод человека и гражданина в Конституции РФ. С. 20–23; 2) Формирование доктрины защиты прав личности как актуальная задача теории права. С. 20–21.

¹⁰² См., напр.: п. 6 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1996 г. № 4-П по делу о проверке конституционности п. 5 ч. 2 ст. 371, ч. 3 ст. 374 и п. 4 ч. 2 ст. 384 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан К. М. Кульнева, В. С. Лалуева, Ю. В. Лукашева и Н. П. Серебренникова (СЗ РФ. 1996. № 7. Ст. 701); п. 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 1 апреля 2003 г. № 4-П по делу о проверке конституционности положения п. 2 ст. 7 Федерального закона «Об аудиторской деятельности» в связи с жалобой гражданки И. В. Выставкиной (СЗ РФ. 2003. № 15. Ст. 1416); п. 4 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 14 мая 2003 г. № 8-П по делу о проверке конституционности п. 2 ст. 14 Федерального закона «О судебных приставах» в связи с запросом Лангепасского городского суда Ханты-Мансийского автономного округа (СЗ РФ. 2003. № 21. Ст. 2058); п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 г. № 15-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С. А. Бунтмана, К. А. Катаяна и К. С. Рожкова (СЗ РФ. 2003. № 44. Ст. 4358); п. 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 16 июля 2004 г. № 14-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ч. 2 ст. 89 Налогового кодекса РФ в связи с жалобами граждан А. Д. Егорова и Н. В. Чуева (СЗ РФ. 2004. № 30. Ст. 3214); п. 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 18-П по делу о проверке конституционности п. 3 ст. 9 Федерального закона «О политических партиях» в связи с запросом Коптевского районного суда г. Москвы, жалобами общероссийской общественной политической организации «Православная партия России» и граждан И. В. Артемова и Д. А. Савина (СЗ РФ. 2004. № 51. Ст. 5260).

¹⁰³ *Конституция Российской Федерации*. Проблемный комментарий. С. 31; *Ланаева В. В.* Проблема ограничения прав и свобод человека и гражданина в Конституции РФ. С. 20–21; *Государственное право Германии*. В 2 т. Т. 2. М., 1994. С. 187.

¹⁰⁴ *Хессе К.* Основы конституционного права ФРГ. С. 175–176.

Сущность и основное содержание права оказываются затронутыми, когда предусмотренные ограничения полностью лишают лицо возможности пользоваться гарантируемым правом или когда законодательно установленная мера свободы в сфере соответствующих прав и свобод меньше, чем необходимая с точки зрения основного содержания этих прав и свобод.¹⁰⁵

Предлагаемое в литературе понимание «существа ограничиваемого права» как «сохранения принципа равенства в сфере осуществления права», когда «гарантируется равенство субъектов данного права, связанное с отсутствием привилегий и дискриминации в процессе его осуществления»,¹⁰⁶ указывает лишь на одно из условий допустимости ограничения права (его недискриминационный характер), но не предполагает гарантий, имманентных самой сущности права, и не исключает ситуации, когда все субъекты равным образом полностью лишены возможности пользоваться определенным правом (когда все равны в своем бесправии).

Некоторые права и свободы таковы, что любое их ограничение неизбежно затрагивает их сущность и основное содержание, т. е. ведет к их умалению. Согласно Конвенции о защите прав человека и основных свобод ни при каких условиях не подлежат ограничениям право не подвергаться пыткам, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию (ст. 3), право не содержаться в рабстве или подневольном состоянии (п. 1 ст. 4), право не быть осужденным за деяние, которое, согласно действовавшему в момент его совершения праву, не являлось уголовным преступлением, и право не подвергаться более тяжкому наказанию, чем то, которое подлежало применению в момент совершения уголовного преступления (ст. 7).

Европейский суд неоднократно подчеркивал, что запрет пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания

¹⁰⁵ Визер Б. Защита прав человека в Австрии. С. 40; Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий. С. 31; Лопес-Лина А. Судебная защита основных прав в Испании // Защита прав человека в современном мире. С. 93; Хартвиг М. Защита прав человека в Федеративной Республике Германии // Защита прав человека в современном мире. С. 72; Richter I., Schuppert G., Bumke C. Casebook Verfassungsrecht. S. 29–30. — Так, Конституционный Суд РФ в п. 5 мотивировочной части Постановления от 15 июля 1999 г. № 11-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Закона РСФСР «О Государственной налоговой службе РСФСР» и законов РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» и «О федеральных органах налоговой полиции» указал, что санкции, лишаящие предпринимателей не только дохода (прибыли), но и другого имущества и ставящие под угрозу их дальнейшую деятельность, чрезмерно ограничивают свободу предпринимательства. Это ведет к умалению конституционных прав и свобод, что недопустимо в силу ч. 2 ст. 55 Конституции РФ (СЗ РФ. 1999. № 30. Ст. 3988). В п. 4 мотивировочной части Постановления от 1 февраля 2005 г. № 1-П по делу о проверке конституционности абз. 2–3 п. 2 ст. 3 и п. 6 ст. 47 Федерального закона «О политических партиях» в связи с жалобой общественно-политической организации «Балтийская республиканская партия» Конституционный Суд подчеркнул, что установленные законом количественные критерии создания политической партии могут приобрести неконституционный характер в том случае, если результатом их применения окажется невозможность реального осуществления конституционного права граждан на объединение в политические партии, в том числе если — в нарушение конституционного принципа многопартийности — на их основании будет создана лишь одна политическая партия (СЗ РФ. 2005. № 6. Ст. 441).

¹⁰⁶ Лапаева В. В. Формирование доктрины защиты прав личности как актуальная задача теории права. С. 25.

носит абсолютный характер и действует независимо от обстоятельств и поведения самого лица. В отличие от большинства положений Конвенции ст. 3 не предусматривает каких-либо исключений и не допускает отступлений от вытекающих из нее обязательств в период войны или при иных чрезвычайных обстоятельствах, угрожающих жизни нации,¹⁰⁷ а также в условиях борьбы против организованной преступности или терроризма.¹⁰⁸ Трудности, обусловленные проведением расследования и борьбой с преступностью, не должны приводить к ограничению действия гарантий физической неприкосновенности человека.¹⁰⁹ К наказаниям, связанным с унижением человеческого достоинства, не разрешается прибегать ни при каких обстоятельствах, даже если они являются эффективным средством сдерживания преступности, одобряются общественным мнением, не исполняются публично, не наносят существенного ущерба, применяются в связи с преступлениями, сопряженными с насилием.¹¹⁰

Таким образом, незыблемость основного содержания права указывает на абсолютный предел ресурсов (выражающихся в ограничении индивидуальной свободы), которые могут быть использованы в правовом регулировании. Выход за эти пределы означает не только неэффективность нормативного регулирования, но и утрату им правового качества.

Очевидно, поэтому в практике конституционного и международного контроля за правомочностью решений и действий властей оценка соразмерности ограничений прав и свобод преследуемым легитимным целям неизменно преобладает над проверкой незыблемости их сущности.¹¹¹ Современные стандарты правовой государственности предполагают не просто правовой характер позитивного нормативного регулирования, но и его эффективность.

¹⁰⁷ Eur. Court H. R. *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978. Series A. No. 25. Para. 163; *Soering v. the United Kingdom*, Judgment of 7 July 1989. Series A. No. 161. Para. 88; *Chahal v. the United Kingdom*, Judgment of 15 November 1996. Reports. 1996-V. Para. 79.

¹⁰⁸ Eur. Court H. R. *Aksoy v. Turkey*, Judgment of 18 December 1996. Reports. 1996-VI. Para. 62.

¹⁰⁹ Eur. Court H. R. *Tomasi v. France*, Judgment of 27 August 1992. Series A. No. 241-A. Para. 115; *Ribitsch v. Austria*, Judgment of 4 December 1995. Series A. No. 336. Para. 38.

¹¹⁰ Eur. Court H. R. *Tyler v. the United Kingdom*, Judgment of 25 April 1978. Series A. No. 26. — См. также: *Роженис М., Кэй М., Брэдли Э.* Европейское право в области прав человека. Практика и комментарии. М., 1997. С. 104.

¹¹¹ Европейский суд признает нарушение Конвенции о защите прав человека и основных свобод уже в случае несоразмерности оспариваемого ограничения (вмешательства в осуществление) гарантируемого ею права преследуемым легитимным целям. Федеральный конституционный суд Германии отдает предпочтение тесту на соразмерность, поскольку это позволяет обеспечить более высокий уровень защиты свободы, избежать субъективизма при определении сущности права и оценить не только степень ограничения права, но и весомость оснований для этого (*Häberle P. Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs 2 GG.* 3 Ausg. Heidelberg, 1983). Аналогичной позиции придерживаются конституционные суды Австрии (*Визер Б.* Защита прав человека в Австрии. С. 40–41) и Испании (*Лопес-Пина А.* Судебная защита основных прав в Испании. С. 93). Конституционный Суд РФ в своей практике также исходит из того, что ограничения прав и свобод являются допустимыми, если они соразмерны целям, указанным в Конституции.

ПОЯВЛЕНИЕ СВОЙСТВА СЛЕДОВАНИЯ ЗАЛОГА В РУССКОМ ПРАВЕ

А. О. РЫБАЛОВ

На то, что залог в русском праве, начиная по крайней мере с XVI в., в большинстве случаев представлял собой именно право на чужую вещь, не являясь продажей с условием о выкупе, указывали практически все исследователи истории этого института, кроме Д. И. Мейера:¹ В. Удинцев,² А. С. Звоницкий,³ М. Ф. Владимирский-Буданов.⁴ Позиция же первого была основана, скорее, на недостатке опубликованных в его время источников.⁵

Особый интерес представляет и то, что отечественное право XVI–XVII вв. знало залог недвижимости с оставлением за залогодателем не только права собственности, но и владения вещью (практически ипотеку в ее современном понимании). Хотя в дошедших до нас договорах тех времен прямое указание на оставление заложенной вещи у залогодателя встречается редко, по некоторым косвенным данным можно судить о широкой распространенности такой практики.

Залог, при котором не только право собственности на предмет залога не переходит к кредитору, но и владение остается у должника, может выполнять свою обеспечительную функцию, лишь будучи снабженным свойством следования, т. е. сохраняясь при отчуждении вещи. Поэтому



Рыбалов Андрей Олегович,
к. ю. н., начальник Управления
конституционных основ
частного права
Конституционного Суда РФ

© А. О. Рыбалов, 2009

¹ Мейер Д. И. Древнее русское право залога // Избр. произв. по гражданскому праву. М., 2003.

² Удинцев В. История займа. Киев, 1908.

³ Звоницкий А. С. О залоге по русскому праву. Киев, 1912.

⁴ Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. М., 2005.

⁵ «Взгляд на залог, как на “временный переход права собственности” (сходный с *rustum fiduciae*) едва ли применим к праву Московского государства в XVI и XVII вв. ...Нельзя признать, что древне-русское право не могло справиться с понятием о *ius in re aliena*. Отсюда, однако, не следует, что мысль Д. И. Мейера вполне ошибочна; напротив, в его образцовой работе угадана одна из форм древнего закладного права, в котором очевидно заключается несколько других форм, ожидающих исследователя» (Указная книга ведомства казначеев // Христоматия по истории русского права / сост. М. Ф. Владимирский-Буданов. Вып. 3. 3-е изд. Киев, 1888. Прим. 57).

появление в обороте свойства следования залога может свидетельствовать о распространении залога без передачи недвижимости залогодержателю: при переносе права собственности на кредитора свойство следования утрачивает смысл; при передаче предмета залога во владение залогодержателя отчуждение заложенного имущества должником в то время было практически невозможно.

Примечательно, что свойство следования залога, свидетельствующее об определенном уровне развития залогового права, начинает проследиваться по некоторым косвенным признакам еще до его первого «официального упоминания» в законодательстве. Впрочем, это не удивительно: тогдашнее законотворчество сводилось к записи уже сложившихся правовых обычаев; случаи иностранных заимствований были редки, а теоретическая юриспруденция просто отсутствовала. Как же появляется «на сцене» свойство следования залога?

Его появление можно заметить, изучая дошедшие до нас договоры купли-продажи недвижимости и акты, оформлявшие вклады в монастыри. На некотором этапе в них начинает все чаще встречаться оговорка, которую можно выразить следующим образом: «если предмет купли-продажи окажется заложенным по долгам продавца, то последний должен уплатить эти долги, не “доводя” их до покупателя».

Появление подобного условия в договорах купли-продажи прежде всего недвусмысленно свидетельствует о том, что заложенное имущество могло оставаться у залогодателя. Как отметил М. Ф. Владимирский-Буданов, «весьма часто заложенная вещь оставлялась даже во владении залогодателя, это доказывает обычная форма купчих и закладных: “а где будет моя отчина заложена и мне те крепости очищать”». ⁶

Подобная оговорка доказывает, кроме того, что оборот не воспринимал отчуждение заложенной вещи как основание для прекращения залога: при отчуждении заложенной вещи долг, обеспеченный залогом, ложился на приобретателя вещи. Этому могло способствовать и существовавшее, по-видимому, в нашем праве тех лет представление о залоге как о «поручительстве вещи», «обязательстве вещи». ⁷ Смысл оговорки заключался в том, что приобретатель вещи, понесший убытки в связи с оплатой долга, обеспеченного залогом, мог взыскивать эти убытки с отчуждателя вещи. ⁸

Наиболее ранний встреченный нами документ с подобным обязательством очистки датируется 1515/1516 гг. Это «очищальная запись» Федора Гаврилова сына и Михаила Андреева сына Жуковых келарю Калязина монастыря Геласию на проданную монастырю землю: «А явятся у кого на ту землю кабалы или рядная грамота, ино нам, Федору да Михаилу, самим та земля окупати своими деньгами, а келарю Галасею Колязина монастыря тех денег не довести». ⁹

⁶ Там же.

⁷ Звоницкий А. С. О залоге по русскому праву. С. 37 и след.

⁸ См., напр.: Очищальная запись 1527–1529 гг. // Акты феодального землевладения и хозяйства. Ч. 2 / подг. к печати А. А. Зимин. М., 1956. С. 103; Очищальная запись от 28 мая 1554 г. // Акты служилых землевладельцев XV — начала XVII в. Т. 3. М., 2002. С. 410.

⁹ Акты Троицкого Калязина монастыря XVI в. / сост. С. Н. Кистерев, Л. А. Тимошина. М.; СПб., 2007. С. 20.

Следующая «очищальная запись» выдана 10 февраля 1516 г. Василием Степановым сыном Мерлина Калязину монастырю на проданное первым сельцо: «...и явится у кого на сельце и на деревни кабала или рядная грамота, и мне, Василью, и моим детям платити те деньги самим, а к монастырю тех денег не привести».¹⁰

Уже в купчей Василия Елизаровича (Гусева) у Ивана Федорова сына Воронцова и его сына Семена на село Введенское от 19 марта 1517 г. исследуемая оговорка выражена еще более четко: «А у кого будет то село и деревни по кабалам в деньгах заложено, ино те деньги по кабалам платити мне, Ивану, да сыну моему Семену».¹¹

В последующем оговорка об очистке оформляется в устойчивую формулу, встречающуюся все чаще. Приведем несколько примеров.

1517–1518 гг. Купчая Петра Захарьина сына Кикерина Афанасию и Никите Григорьевым детям Полозовым на землю и лес: «А выляжет на ту землю и на лес кабала, и мне Петру та земля очищати».¹² В 1518–1519 гг. те же Афанасий и Никита Григорьевы купили деревню у Юрия и Василия Михайловых, которые обязались: «А будет та деревня... у кого заложена в хлебе и в деньгах по кабалам, и мне Юрию да Василию по тем кабалам хлеб и деньги платити и деревню очищати, а к Афанасию и к Никите того хлеба и денег не привести».¹³

1522–1523 гг. Данная Андрея Федорова сына Сверцкова игумену Иосифо-Волоколамского монастыря Нифонту на сельцо: «А где будет яз. Ондрей, то сельцо заложил в моем долгу, или кто на меня выищется должник в моих деньгах, и тот долг весь платити моей братье Ивану да Стефану да Василью своими деньгами, а у монастыря боле им того денег не просити».¹⁴

Этими же годами датируется «очищальная запись» князей Ивана, Петра и Семена Мезецких их брату Ивану Меньшому на проданные последнему земли, в соответствии с которой продавцы заверяют: «А то у нас село не в закладе ни у кого, ни в кабалах, а у кого выляжет на то кабала или купчая, и нам... то село очищати и по кабалам деньги платити из своих животов... а брату нашему меньшому князю Ивану по тем кабалам денег не платити».¹⁵

В купчей Троице-Сергиеву монастырю от 16 июня 1523 г. продавцы пишут: «А та наша вотчина... не заложена в деньгах нигде ни у кого в кабалах, а явится у кого на нас... и на ту нашу вотчину кабала в деньгах, и нам те кабалы очищати собою, а к монастырю нам и к земле платезу деньгами не привести, платити нам по тем кабалам деньги самим».¹⁶

¹⁰ Там же. С. 21.

¹¹ Там же. С. 24.

¹² *Акты русского государства 1505–1526 гг.* М., 1975. С. 149.

¹³ Там же. С. 159.

¹⁴ *Акты феодального землевладения и хозяйства.* Ч. 2. С. 85.

¹⁵ *Акты русского государства 1505–1526 гг.* С. 217. — Интересно, что уже в сентябре 1523 г. покупатель закладывает приобретенное село, причем в закладной содержится условие: «А то у меня село... не продано, не заложено ни в каких кабалах, ни в хлебных, ни в денежных... а у кого на то село явится какова крепость, и мне... убытка никакого не довесть, очищати мне ото всех крепостей» (Там же. С. 221).

¹⁶ Там же. С. 219.

1524–1527 гг. Купчая игумена Калязина монастыря Евфимия с братиею у Василия Иванова сына Мижуева на деревню Лодыгино: «А вылягут на ту деревню каковы кабалы денежные и хлебные, и Василью Мижуеву те кабалы очишати самому, а к монастырю, к игумену и братье, того долгу не привести ничем».¹⁷

1526–1527 гг. Купчая келаря Феодосия и посельского Касьяна на деревню у Александра Павлова: «А где будет та земля его купля у Олександра заложена в денгах по кабалам. И Олександру акупать та земля своим денгами».¹⁸

1527–1528 гг. Купчая старца Саввы Слепушкина на деревню у Ульяны, жены Ивана Федорова: «А где будет у Ульяны та деревня Кулакова и у их детей заложена в деньгах и в хлебе — и Ульяне и ее детям та земля деревня Кулакова выкупати своими деньгами и своим хлебом».¹⁹

1527–1529 гг. Запись очищальная Калины Михайлова сына Софича на проданный им Григорию Михайловичу Валуеву жребий деревни Сущево: «А где будет тот четвертой жеребий в кабалах в закладе, или у кого будет в закладе в закупу, и мне те кабалы выкупать собою. И Григорью Михайловичу и к тому четвертому жеребью тех кабал не довести. А в том ся по мне по Калине порукою поимал Константин Федоров сын Куркин. Которых кабал не сведет Калина и приведет которые денги к Григорью Михайловичу и те денги на мне, на поручках, на Константине».²⁰

На 1529 г. необходимо остановиться особо, так как в этом году был принят Статут Великого Княжества Литовского, раздел 10 которого называется «Об имениях, которые обременены долгами, и о залоге». Статья 1 этого раздела постановляла: «если бы кто-нибудь купил какое-либо имение и спокойно им владел, заплатив за него сполна или не доплатив, а это имение было бы обременено долгом, который был на имение записан еще до его продажи, но кредитор молчал бы об этом долге десять лет срока земской давности и через суд не взыскивал, то он не должен взыскивать долг с имения, а с самого должника. А если бы должник не имел возможности заплатить, то за этот долг он должен быть отдан на милость кредитора. Если же за тот долг до истечения земской давности был бы привлечен к суду тот, кто держит это имение, то кредитору в соответствии с первой его записью в счет долга должно быть присуждено держание имения, а тот, в чьем держании находится это имение, должен заплатить этот долг. Тот же, кто сейчас владеет этим имением, может взыскивать эти деньги и всякие другие издержки с того, у кого купил имение, особенно если в свое время, когда записывал это имение, не принял на себя этого долга и каких-либо других издержек».²¹

Сейчас трудно сказать, оказывал ли Статут влияние на отечественное залоговое право, или правовые системы развивались параллельно, взаимно дополняя друг друга (во многом благодаря почти непрерывавшимся войнам между Московским государством и Великим Княжеством Литовским). Как бы то ни было, как видим, в нашем праве свойство следования залога появилось до 1529 г., и в дальнейшем развитие отечественного залогового права продолжалось в том же ключе. Рассмотрим еще несколько примеров.

¹⁷ *Акты* Троицкого Калязина монастыря XVI в. С. 33.

¹⁸ *Акты* феодального землевладения и хозяйства. Ч. 2. С. 95.

¹⁹ Там же. С. 101.

²⁰ Там же. С. 103.

²¹ *Статут* Великого княжества Литовского 1529 г. Минск, 1960.

1530–1531 гг. Данная Аграфены жены Игнатия Иванова сына Скамейникова монастырю на деревни: «А где будет те земли заложены у Игнатия или Огрофены в деньгах или в хлебе, — и мне Огрофене тот долг платить своими деньгами и хлебом».

1530–1531 гг. Купчая Григория Михайловича Валуева: «А где будет та земля в закупе или в закладе, или будет на ту четверть кабалы, — и мне... та четверть очищать, а Григорью Михайловичу нам к той четверти убытка не привести ничего».

10 июня 1532 г. Купчая Гурия Старого: «А где будет... то село... заложено в деньгах или в хлебе, или выляжет на ту их вотчинную землю какая запись или духовная или изустная грамота, — и... та земля... выкупити своими деньгами и хлебом и очищати».

8 июля 1533 г. Купчая Саввы Слепушкина с братьею: «И где будет та земля заложена... в хлебе и в деньгах — и им откупати та земля своим хлебом и деньгами».

1534–1535 гг. Купчая старца Иосифо-Волоколамского монастыря Дионисия Звенигородского: «А где будет... то сельдо... да деревня... заложены в деньгах или в хлебе по кабале... очищати и окупати. А к монастырю денег и хлеба не привести».

1535–1536 гг. Купчая Никиты, Ивана и Григория Игнатьевых детей Ленина: «А где выляжет на ту деревню кабала в нашем долгу денежная или хлебная, или иная какая крепость, — и нам тот долг платить самим а к ним [покупателям] не привести ничего».

1539–1540 гг. Купчая Парфения Семенова сына Языкова: «А где будет та деревня... заложена в деньгах или в хлебе, и им та деревня очищати, деньги и хлеб платити по кабалам самим своими деньгами и хлебом».

1540–1541 гг. Данная Ивана Андреевича Мечева: «А где будет та земля заложена в деньгах, или в хлебе, или в крепостях каких нибуди, и мне... та земля очищати во всем».

1540–1541 гг. Данная Елены, вдовы Данилы Юрьевича Шепякова: «А где будет та земля... в закладе в деньгах и в хлебе по кабалам и по записем, и мне... та земля очищать своими деньгами и хлебом. А к... правежу не довести».²²

1541–1542 гг. Очищальная запись Петра Богданова сына Москотиньева Григорию Владимирову сыну и Богдану Григорьеву сыну Ананьиным: «а те у меня селища со всеми угодыми наперед сего не заложены нигде не проданы. А кто на те селища выложит кабалы или купчии, и мне, Петру, то очищати, а к Григорью да Богдану не привести».²³

1546–1547 гг. Купчая Федора Ивановича Сукина у Анны Александровой дочери Огарева: «А те деревни у меня, у Анны, не заложены ни у кого ни в чем... А у кого явится на те деревни кабалы, или духовные, или записи, или иные крепости какие ни буди, и мне, Анне, те деревни очищати, а к Федору к Ивановичу и к его детям не привести ничего».²⁴

1550–1551 гг. Данная Тита Дмитриева сына Александрова: «А та деревня ни в чем нигде не заложена и не продана и изустной на нее грамоты нет. А где на ту деревню выляжет какова крепость, кабала или изустная грамота, и мне... ту деревню... очищать, а убытка не довести».²⁵

²² Акты феодального землевладения и хозяйства. Ч. 2. С. 109, 113, 139, 141, 145, 148, 150.

²³ Акты служилых землевладельцев XV — начала XVII в. Т. 1. М., 1997. С. 18.

²⁴ Там же. Т. 3. М., 2002. С. 340.

²⁵ Там же. Т. 1. С. 65.

28 мая 1554 г. Очищальная запись Мини-Меньшика Васильева сына Лелечина боярину Ивану Васильевичу Большому Шереметеву на проданные ему село Дубовичи и дер. Маньясово: «А не продано и не заложено то село Дубовичи и деревня Маньясово ни у кого, и по душе и в приданые не дано. А выляжет на то село Дубовичи и на деревню Маньясово какова крепость ни буди, и мне... то село Дубовичи и деревня Маньясово очищати и к Ивану Васильевичу убытка никоторого не привести. А учинится Ивану Васильевичу в том селе Дубовичах и во деревне Маньясове убыток, и мне... тот убыток Ивану платити по сей записи».²⁶

Наконец, в нашем позитивном праве свойство следования залога появляется в Указе Ивана IV от 1558 г. Хотя в Указе о свойстве следования говорится применительно к определенным случаям, с учетом рассмотренной выше практики оборота ясно, что оно упоминается по причине не специфической, а лишь постольку, поскольку заложенное имущество возвращалось во владение залогодателей.

Итак, 11 января 1558 г. Иван IV установил для «служилых людей» льготный пятилетний срок для выплаты всех существующих «денежных и хлебных» долгов, в течение которого долги эти могли быть выплачены «без росту», т. е. без процентов. А. А. Зимин полагает, что «эта льгота объяснялась подготовкой к Ливонской войне»,²⁷ начавшейся как раз в январе 1558 г.

Царь указал, что если должники заложили свои вотчины с передачей их в пользование кредиторов, вотчины подлежат возврату во владение собственникам-залогодателям. При этом последние не имели права их отчуждать: они должны были вотчину «держат за собою, доколе своему кредитору выплатить... а не заложить ни у кого, ни продать, ни променять, ни в приданные ни по душе не отдать, доколе все деньги выплатить».²⁸

Указ, наконец, устанавливал и последствия продажи заложенной вещи, переданной во владение залогодателя: если последний, не выплатив долг, продаст, вопреки запрету, заложенную вотчину кому-либо oprичь кредитора, долг мог быть взыскан с покупателя вещи: «деньги по кабале велеть доправить на том, кто у того его заемщика тое закладную вотчину купил». Если же долг на покупателе «выправить» было нельзя, купленная вотчина подлежала передаче залогодержателю: «та вотчина у того купца взять да отдать тому, по его кабале, у кого она в закладе была...». Покупатель же получал сомнительное утешение в виде возможности взыскивать убытки с продавца заложенной вещи.

Можно предположить, что Указ не только официально признал свойство следования залога, но еще и «вбросил» в оборот множество заложенных вотчин, находящихся во владении залогодателей. Это, безусловно, содействовало распространению института: после Указа оговорка «а к (покупателю) того долгу не привести» встречается уже постоянно.

Таким образом, свойство следования прав залогодержателя в нашем праве появляется не позднее 1515/1516 гг.

²⁶ Там же. Т. 3. С. 410.

²⁷ Зимин А. А. Реформы Ивана Грозного. М., 1960. С. 462.

²⁸ Указная книга ведомства казначеев.

УТВЕРЖДЕНИЕ В АНГИИ ФОРМЫ ПРАВЛЕНИЯ В ВИДЕ ДУАЛИСТИЧЕСКОЙ МОНАРХИИ В РЕЗУЛЬТАТЕ «СЛАВНОЙ РЕВОЛЮЦИИ» 1688 г.

С. П. АЛЕКСАНДРОВА*

«Славная революция» 1688 г., явившаяся результатом компромисса между буржуазией и землевладельцами, привела к утверждению в Англии дуалистической монархии.¹

О результатах революции современный английский историк Дж. Р. Джоунс писал: «Установление ограничений королевской власти при участии консервативных тори и англиканского духовенства... окончательно и убедительно положили конец королевскому абсолютизму».²

Юридически окончательное утверждение формы правления в виде дуалистической монархии в Англии после «славной революции» было закреплено Биллем о правах 1689 г. и Актом об устройении 1701 г.

Билль о правах был принят 16 декабря 1689 г.³ Он представляет собой обширный документ, содержащий следующие основные части: 1) список прегрешений Якова II, которые являлись непосредственной причиной введения в Билль пунктов, устанавливающих и подтверждающих права и вольности парламента и народа Англии; 2) 13 пунктов, декларирующих права и вольности народа и парламента; 3) порядок наследования престола после смерти Вильгельма Оранского, Марии и Анны Датской; 4) положения, устанавливающие невозможность вступления на престол Англии короля-католика.⁴

* Александрова Светлана Петровна — к. ю. н., доцент, профессор кафедры гражданского и трудового права Северо-Западной академии государственной службы при Президенте России.

© С. П. Александрова, 2009

¹ Дуалистическая монархия — это переходная форма правления буржуазного государства. Она характеризуется дуализмом власти, когда буржуазии приходится делить политическую власть с земельной аристократией. Этим обусловлены следующие черты дуалистической монархии: ограничение парламентом полномочий монарха в области законодательства при сохранении за королем права абсолютного «вето», права издавать указы, имеющие силу закона, права созыва и роспуска парламента; полная независимость короля от парламента в области исполнительной власти.

² Jones J. R. Country and Court England, 1658—1714. Cambridge, 1978. P. 239.

³ Полное название Билля: «An Act declaring the Rights and Liberties of the subject, and settling the succession of the Crown» (Cobbett's Parliamentary History of England from the Norman Conquest in 1066, to the year 1803. Vol. 5. London, 1809. P. 483).

⁴ Select Charters and other illustrations of English Constitutional History from the earliest times to the reign of Edward the first / ed. by W. Prothero. Oxford, 1884. P. 524—527.

Из четырех частей Билля о правах три последние направлены непосредственно на утверждение в Англии формы правления в виде дуалистической монархии, так как содержат условия, ограничивающие королевскую власть. А основной является первая часть, включающая 13 пунктов, которыми ограничивалась власть короля. Эти 13 пунктов можно разделить на три группы. В первую входят п. 1–2, 4, 6, 9, 13, которыми были расширены полномочия парламента и, соответственно, установлены ограничения королевской власти. Во вторую группу входят п. 5, 7–8, устанавливающие права подданных. В третью группу входят п. 3, 10–12, направленные на совершенствование судебной системы.

Расширение полномочий парламента, установленное Биллем о правах, заключалось в следующем.

Во-первых, король не мог без согласия парламента использовать право на диспензивную и суспензивную власть⁵ (п. 1–2).⁶ Ярким примером данной власти было издание Яковом II Декларации о веротерпимости в 1679 г.⁷ и изъятие Яковом II католиков из-под действия Тест-акта 1673 г.⁸

Во-вторых, «взимание сборов в пользу и распоряжение короны якобы в силу прерогативы, без согласия парламента или за более долгое время, или иным порядком, чем установлено парламентом, незаконно» (п. 4).⁹ Данным положением запрещалось: 1) взимать налоги, не утвержденные парламентом, что стало новым подтверждением «Акта о потонном и пофунтовом сборе» 1641 г.;¹⁰ 2) взимать налоги, хотя и утвержденные парламентом, но сверх срока, на который они были дарованы; 3) взимать налоги иным порядком, чем установлено парламентом.

В-третьих, «увеличение и содержание постоянной армии в королевстве во время мира, если на это нет согласия парламента, противоречит закону» (п. 6).¹¹ Необходимость введения этого пункта в Билль о правах была обусловлена тем, что Карл II произвольно увеличивал численность постоянной армии. Делалось это с целью усиления королевской власти и дальнейшего отхода от основ дуалистической монархии, установленной в ходе английской буржуазной революции XVII в. и реставрированной в 1660 г. С 1689 г. существование в Англии постоянной армии всецело зависело от парламента. Король мог иметь постоянную армию лишь в том случае, если парламент: 1) вотирует субсидию на ее содержание; 2) утвердит Акт о мятеже, которым испрашивались полномочия на командование войсками.

⁵ Суспензивная власть — право короны своей властью приостанавливать действие закона; диспензивная власть — право короны своей властью изымать кого-либо из-под действия закона.

⁶ *Select Charters and other illustrations of English Constitutional History...* P. 524.

⁷ *Cobbett's Parliamentary History of England from the Norman Conquest in 1066, to the year 1803. Vol. 4. London, 1809. P. 1388–1389.*

⁸ *Cobbett's Parliamentary History of England...* Vol. 4. P. 564.

⁹ *Select Charters and other illustrations of English Constitutional History...* P. 524.

¹⁰ *Constitutional Documents of the Puritan revolution, 1625–1660 / ed. by S. R. Gardiner. Oxford, 1968. P. 159.*

¹¹ *Select Charters and other illustrations of English Constitutional History...* P. 524.

В-четвертых, свобода слова в парламенте, а также свобода парламентских процедур не должны быть предметом обвинения в любом суде или месте, кроме парламента (п. 9).¹² Таким образом, была поставлена точка в долгом споре между парламентом и короной по поводу данной привилегии парламента, которая столь часто нарушалась, что потребовалось ее закрепление на уровне закона.

В-пятых, «для исправления жалоб и для улучшения, усиления и сохранения законов парламента должен часто собираться» (п. 13).¹³ Указанный пункт был направлен против практики Карла II, который созвал парламента в 1661 г. и не распускал восемнадцать лет ввиду его благоприятного состава. Неопределенность формулировки п. 13 обусловила принятие 22 декабря 1694 г. Трехгодичного акта, по которому продолжительность каждого парламента не могла превышать трех лет.¹⁴

Следующие три пункта закрепляли права и свободы подданных.

Пункт 5 закреплял право подачи петиций королю.¹⁵ Тем самым был отменен Акт для ограничения числа петиционеров 1661 г.¹⁶ и подтверждено Постановление палаты общин от 27 октября 1679 г., которым подданным разрешалось обращаться к королю с петициями о созыве парламента и об устранении всякого рода злоупотреблений.¹⁷

Пунктом 7 устанавливалось, «что подданные, являющиеся протестантами, могут носить в целях защиты оружие, соответствующее их положению и как разрешено законом».¹⁸ Закрепление за подданными протестантского вероисповедания права носить оружие было обусловлено тем, что Яков II разрешил носить оружие только католикам.

Пункт 8 закреплял свободу выборов в парламента;¹⁹ он был направлен против практики английских королев всеми способами добиваться на выборах избрания послушной короне палаты общин.

Другие четыре пункта были направлены на совершенствование судебной системы: п. 3 аннулировал восстановленный Яковом II в 1686 г. суд Высокой комиссии, который входил в систему чрезвычайных судов и использовался королем как карательный орган;²⁰ п. 10 отменил жестокие наказания и запретил взыскивать крупные суммы денег в качестве штрафов и залога;²¹ п. 11 устанавливал, что «присяжные должны включаться в списки и призываться к участию в рассмотрении дел надлежащим образом, а присяжные, решающие судьбу человека в делах о государственной измене, должны быть свободными землевладельцами»;²² п. 12 запрещал

¹² Ibid. P. 525.

¹³ Ibid.

¹⁴ *Дмитревский Н. П.* Законодательство английской революции 1640–1660. Л., 1946. С. 345–346.

¹⁵ *Select Charters and other illustrations of English Constitutional History...* P. 524.

¹⁶ *Cobbett's Parliamentary History of England...* Vol. 4. P. 217.

¹⁷ Ibid. Vol. 4. P. 1174.

¹⁸ *Select Charters and other illustrations of English Constitutional History...* P. 525.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid. P. 524.

²¹ Ibid. P. 525.

²² Ibid.

до осуждения лица обещать кому-либо его имущество или выплату штрафов за его счет.²³

Английские историки А. Уард, У. Прошеро и С. Лишес в совместном труде по современной истории так оценивали значение Билля о правах: «Декларация²⁴ и Билль были результатом окончательного подведения итогов длительной борьбы между королем и парламентом и представляли собой манифест и защиту революции. Билль о правах поэту открывается длинным перечислением прегрешений Якова и добродетелей Вильгельма перед “утверждением старинных прав и свобод Англии”. Было бы трудно сказать, что новые права были провозглашены, а старые законы нарушены. Но новые прецеденты были определенно созданы: по всем спорным вопросам вердикт был вынесен в пользу парламента и против короля».²⁵

Это мнение о значении Билля о правах не совсем верно. Правильно указав на то, что все спорные вопросы были решены Биллем о правах в пользу парламента, авторы не правы, полагая, что старые законы не нарушались и новые права не утверждались, а только создавались новые прецеденты. Во-первых, уже само разрешение всех спорных вопросов в пользу парламента было утверждением новых прав. Во-вторых, Билль о правах после утверждения его Вильгельмом Оранским стал законом и поэтому не создавал прецедент, а утверждал право. Те положения Билля о правах, которые устанавливали права народа и парламента и порядок наследования престола, представляли собой нормы права.

Совершенно другую оценку Биллю о правах дал профессор Оксфордского университета, член палаты общин В. Энсон: «Билль о правах представлял собой нечто большее, чем сборник конституционных прав; он практически урегулировал значительное количество принципиальных вопросов. В противовес доктрине, признававшей Корону недвижимой собственностью, которая никогда не могла сделаться *res nullius*, он объявил трон вакантным. Вопреки доктрине о наследовании трона как божественного, ненарушимого, и наследственного права, он противопоставил урегулированный порядок престолонаследия. В противовес доктрине пассивного повиновения, он определяет условия обладания короной».²⁶ Таким образом, В. Энсон рассматривает Билль о правах как революционный документ, который кардинально изменил представление о возможности наследования престола.

В свою очередь советский историк Е. А. Косминский писал, что «Билль о правах представлял собой уже своего рода конституцию, ограничивающую королевскую власть. С королевским абсолютизмом теперь было покончено».²⁷ С данным мнением трудно не согласиться, поскольку

²³ Ibid.

²⁴ Принятию Билля о правах предшествовала Декларация о правах, которая была представлена Вильгельму III парламентом 18 февраля 1689 г. (*Hallam H. Constitutional History of England. Henry VII to George II. Vol. 3. London, 1829. P. 90*).

²⁵ *The Cambridge Modern History* / ed. by A. W. Ward, G. W. Prothero, S. Leathers. Vol. 4. Cambridge, 1907. P. 251.

²⁶ Энсон В. Английский парламент, его конституционные законы и обычаи. СПб., 1908. С. 24.

²⁷ Косминский Е. А. Английский абсолютизм. Буржуазная революция в Англии в XVII веке. М., 1938. С. 57.

Билль о правах и покончил с королевским абсолютизмом, и является одним из статутов, составляющих конституцию Великобритании в настоящее время.

12 июня 1701 г. Вильгельм III утвердил Акт об устройении (Акт о престолонаследии),²⁸ который, по мнению Е. А. Косминского, «окончательно завершил становление конституционной монархии в Англии».²⁹ Акт об устройении предусматривал дальнейшее ограничение королевской власти и устанавливал порядок наследования короны Англии, так как утвержденный Биллем о правах порядок наследования престола оказался недостаточным ввиду бездетности Вильгельма Оранского и Марии и смерти в 1700 г. герцога Глостерского, сына Анны Датской.³⁰ В связи с этим английская корона должна была перейти к принцессе Софье — герцогине Ганновера³¹ и ее детям, чем исключалась возможность восстановления на английском престоле потомков Якова II. Е. А. Косминский писал об этом: «Переход престола к Ганноверской династии, не имевшей никаких связей в Англии и никакой политической власти вне ее, должен был окончательно ослабить роль короля в английской конституции и обеспечить победившим группам покорную королевскую власть».³²

После царствования короля-католика Якова II парламент прилагал все усилия, чтобы не допустить впредь такой угрозы правам и вольностям королевства. В связи с этим Акт об устройении установил, что английский престол не могут занимать лица, являющиеся католиками, вступившие в брак с католиком или присоединившиеся к католической церкви.³³ Следовательно, если уже Билль о правах урегулировал порядок престолонаследия «вопреки доктрине о наследовании трона как божественного, ненарушимого, и наследственного права», то Акт об устройении расширил эти положения, поскольку английские монархи не только не могли сами быть католиками, но и вступать в брак с католиками или менять веру.

Важное ограничение королевской власти, установленное Актом об устройении, состояло в закреплении независимости судей от короны: 1) судьи должны были занимать свои места «до тех пор, пока ведут себя хорошо», а «не до тех пор, пока угодно королю»; 2) жалованье судьям было точно определено; 3) судьи могли быть смещены с должности только по представлению парламента.³⁴

Акт об устройении расширил границы влияния палаты общин на министров короны, установив, что «ссылка на королевское помилование за Государственной печатью Англии в случае импичмента, возбужденного

²⁸ Полное название данного акта: «An Act for the further limitation of the Crown and better securing the Rights and Liberties of the subject» (*Cobbett's Parliamentary History of England...* Vol. 5. P. 1294).

²⁹ Косминский Е. А. Английский абсолютизм... С. 57.

³⁰ Мария (жена Вильгельма Оранского) и Анна Датская — дочери Якова II и Анны Гайд.

³¹ Принцесса Софья — внучка Якова I от его дочери Елизаветы.

³² Косминский Е. А. Английский абсолютизм... С. 57.

³³ *Select Charters and other illustrations of English Constitutional History...* P. 528–530.

³⁴ *Ibid.* P. 531.

нижней палатой, недействительна».³⁵ Акт также уменьшил влияние короля на палату общин, запретив совмещать членство в палате с занятием должности министра.³⁶ Кроме того, Акт устанавливал, что все дела, относящиеся к компетенции Тайного Совета, «должны решаться в нем, и все решения, принятые на основании этого, должны быть подписаны такими членами Тайного Совета, которые дали совет и согласие на это».³⁷ В данном случае следует говорить об установлении в такой неразвитой форме принципа контрассигнации, т. е. обязательной подписи министром акта, исходящего от короля.

Следовательно, Биллем о правах и Актом об устройении в Англии окончательно утверждена форма правления в виде дуалистической монархии.

Во-первых, была установлена достаточная независимость законодательной власти от короны. Она была обеспечена закреплением в конституционных актах: 1) права парламента устанавливать налоги, свободы слова и парламентских процедур; 2) требования четкой периодичности созыва парламента; 3) ограничения применения королем суспензивной и диспензивной власти согласием парламента; 4) уменьшения влияния короны на палату общин, благодаря запрету совмещать членство в палате с должностью министра. За короной сохранялось право созыва и роспуска парламента и право абсолютного «вето».

Во-вторых, в определенных границах была установлена возможность законодательной власти влиять на исполнительную власть. Это выразилось: 1) в увеличении влияния палаты общин на министров короны, поскольку они не могли ссылаться на помилование за Государственной печатью Англии в случае импичмента, возбужденного общинами; 2) в контроле парламента над расходованием средств коронной; 3) в контроле над содержанием постоянной армии.

Кроме того, Биллем о правах и Актом об устройении в самом несовершенном виде были установлены такие принципы парламентарного правления, как принцип «разделения властей» и ответственности министров. Об этом свидетельствует установление независимости судей от короны и закрепление принципа контрассигнации в Акте об устройении в самом общем виде.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid. P. 530.

³⁷ Ibid.

ПИСЬМО В РЕДАКЦИЮ*

В вашем журнале опубликована полемическая заметка** В. В. Грачева «О диссертации И. Б. Живихиной» (Правоведение. 2008. № 1. С. 247–257), с которой невозможно согласиться.

Оставляя открытым вопрос о защите чести, достоинства и деловой репутации, убедительно прошу опубликовать мой ответ.

Сама концепция заметки (отзыва на автореферат) нелогична и непоследовательна, содержит незначительные, а частью некорректные замечания, имеющие характер придириков к отдельным фразам автора, исключенным из контекста, без учета вида и формы научной работы. Это позволяет говорить, используя цивилистическую терминологию, о шикане со стороны автора, т. е. использовании права на научную дискуссию исключительно в целях причинения вреда диссертанту.

Остановлюсь более подробно на некоторых моментах.

Во-первых, В. В. Грачевым не учтена сама форма такой научной работы, как автореферат. Общеизвестно, что в автореферате должны быть изложены основные идеи и выводы диссертации. Он является кратким, сжатым изложением основного содержания диссертации. Из его прочтения должно быть ясно существо диссертации, ее научные и практические результаты. Однако рецензент в качестве основного замечания указывает, что диссертант «не доказал», «не обосновал», «не указал», «не вступил в дискуссию». Автор же автореферата, учитывая данную научную форму, и не ставил перед собой задачу доказывать, обосновывать или указывать, поскольку это прерогатива диссертационного исследования в целом. И если В. В. Грачеву показались интересными и заслуживающими внимания наши рассуждения по тому или иному вопросу, следовало бы обратиться к тексту диссертации, в которой и содержатся доказательства, обоснования и логически выстроенные аргументы, подтверждающие положения, выносимые на защиту.

Кроме того, автором отзыва допущены определенные неточности в изложении теоретических положений гражданского права, очевидно, включенные с целью усилить негативное впечатление. Так, В. В. Грачевым отвергается преемственность современных способов защиты и охраны права собственности, выделение охранительных и регулятивных отношений, превентивная функция гражданско-правовой ответственности. Безусловно, развернутая характеристика данных аспектов дана непосредственно в самом диссертационном исследовании, и диссертант не ставил перед собой задачи объяснять особенности преломления общетеоретических гражданско-правовых положений через призму защиты и охраны права собственности. То же касается и терминологического аппарата, предложенного в диссертационном исследовании, который автор отзыва искусственно сводит к общеязыковым понятиям, часто неприменимым в сфере отраслевых наук.

© И. Б. Живихина, 2009

* Название дано редакцией. Текст публикуется с минимальной технической правкой (Ред.).

** Так в тексте.

Следует отклонить и доводы В. В. Грачева о том, что диссертант не вступил в дискуссию (например, по проблеме цессии виндикации), не высказал свое мнение по тем или иным вопросам. В действительности, в самой диссертационной работе и проанализированы дискуссионные мнения (например, Е. А. Крашенинникова, П. Ф. Елисейкина, К. И. Скловского), и высказаны авторские представления о правовых явлениях, являющихся предметом научной дискуссии.

Отдельные замечания рецензента вызывают удивление, поскольку критикуемые им положения основаны на анализе сложившейся судебной практики Конституционного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, в частности по вопросам соотношения норм о приобретательной давности и защите права собственности, возможной конкуренции вещно-правовых и обязательственно-правовых исков.

Довольно часто рецензент ссылается на то, что те или иные вопросы, рассматриваемые в диссертационном исследовании, по-иному регулируются действующим законодательством. Однако общеизвестно, что одна из основных целей юриспруденции как науки — совершенствование действующего законодательства, поэтому не следует принимать его как догму. В связи с этим в диссертационной работе сделана попытка не только творчески осмыслить и оценить, но и сформулировать предложения по совершенствованию законодательства, ряд из которых, кстати, отражен в автореферате, но проигнорирован автором отзыва.

В целом надо отметить, что выводы В. В. Грачева, изложенные в результате исследования автореферата, являются поверхностными и не соответствующими фактическому содержанию моего научного исследования. Видимо, сказались недостаток опыта в подобных дискуссиях, а самое главное — доброжелательности и уважения.

С уважением,
И. Б. Живихина***

*** Живихина Ирина Борисовна — к. э. н., зам. губернатора Нижегородской области (Ред.).

С К У Р К О Е. В. ПРИНЦИПЫ ПРАВА В СОВРЕМЕННОМ НОРМАТИВНОМ ПРАВОПОНИМАНИИ

М.: ЮРЛИТИНФОРМ, 2008. 200 с.

Актуальность, теоретическая и практическая значимость монографии Е. В. Скурко определяются тем, что в ней с позиций современного нормативного правопонимания последовательно и четко анализируется обширный комплекс вопросов, имеющих значение не только для дальнейшего развития правовой науки, прежде всего общей теории права и государства, и ее преподавания в вузах, но и для правотворческой и правоприменительной деятельности федеральных и региональных органов государственной власти, а также органов местного самоуправления.

Уяснение сути системы правовых норм, составляющих право, представляется важнейшим моментом в современном нормативном правопонимании, поскольку лишает оппонентов даже гипотетической возможности упрекать его представителем в смешении (неразличении) ими права и закона.

Поскольку право — это система юридических норм (системная субстанция), то и подход к анализу системы права требует исследования не только ее структурных составляющих (отраслей права, институтов и подотраслей права), предмета и метода правового регулирования, но и тех сил внутренней самоорганизации системы, которые позволяют совокупности правовых норм становиться и быть системой. Лишь через раскрытие функциональной доминанты системы юридических норм становится возможным уяснение сути права.

Правовые начала, основы, задачи, принципы, дефиниции и общие нормы (относимые многими учеными к нормам права) — это и есть те правовые явления, которые связывают и организуют в систему действующие юридические нормы (которыми, по нашему убеждению, могут быть лишь нормы — правила поведения).

В отечественной теории права даже среди представителей современного нормативного подхода к правопониманию существуют различные подходы к пониманию принципов права. Последние воспринимаются и как разновидность норм права наиболее общего содержания (С. С. Алексеев и др.), и как основные идеи, которые составляют нравственную и организационную основу возникновения, развития и функционирования права (М. И. Байтин, М. Н. Марченко и др.).

Обозначенные позиции вполне соответствуют представлениям о принципах как общенаучной категории: принципы понимаются, во-первых, как основные исходные положения какой-либо теории, учения, науки, мировоззрения; во-вторых, как внутренние убеждения человека, определяющие его отношение к действительности, нормы поведения и деятельности.

При проецировании на правоприменительную деятельность первого представления о правовых принципах становится очевидным, что прямое применение так называемых «норм-принципов» непосредственно в юридической практике оказывается, говоря корректно, затруднительным в силу их абстрактной всеобщности. В случае же восприятия принципов права как идей правосознания

принципы права либо оказываются «загадкой для российских судей» (Т. Н. Нешатаева),¹ либо приводят к утверждению о том, что, «если нормы законодательства входят в противоречие с общими принципами права, право должно ставиться выше» (Т. Г. Моршакова).²

Таким образом, сложившееся в отечественной юридической науке и правовой практике понимание принципов права не способствует материализации практического потенциала данного правового феномена, в частности возможности формирования условий для единообразного понимания права и его применения соответствующими субъектами, наделенными властными полномочиями.

Исследование Е. В. Скурко — попытка осмыслить сущность данного правового феномена, дать ответы на волнующие правовую практику вопросы.

Е. В. Скурко предлагает вернуться к известному в философии науки, а также складывавшемуся в истории права пониманию принципов права как дескриптивных правил, описывающих действие известных законов. Этой позиции придерживался известный российский юрист XIX в. С. А. Муромцев; Ф. Энгельс писал: «Принципы не применяются к природе и человеческой истории, а абстрагируются из них; не природа и человечество соотнобразуются с принципами, а, наоборот, принципы верны лишь постольку, поскольку они соответствуют природе и истории».³

Опираясь на обозначенный подход, Е. В. Скурко, с одной стороны, рассматривает принципы права как «производные нормы» (с. 4), с другой — утверждает, что «построения принципов права должны осуществляться и исходить из юридической, главным образом правоприменительной практики» (с. 5). Иными словами, по мнению исследовательницы, «принципы права никогда не ставят под сомнение норму права как таковую, вообще, — они лишь могут ставить под сомнение применимость данной нормы к данным событиям и фактам» (с. 5).

Таким образом, определение, на базе которого построено исследование Е. В. Скурко, состоит в понимании принципа права как обыкновения правоприменения. Таким образом, проводя аналогию с терминологией исследователей римского права, принципы права представляют собой так называемое «право юристов» (с. 7).

Исходя из понимания принципов права как обыкновений правоприменения, Е. В. Скурко обозначает следующие основные функции принципов права в правовой системе: интегративная функция; регулятивная и корреспондирующая ей охранительная функции; коммуникативная функция (с. 51–52). Кроме того, принципы права воспринимаются как фактор стабильности, способ устранения внутренних противоречий в правовой системе (с. 52–53).

Особое внимание в исследовании Е. В. Скурко уделено анализу универсальных принципов права (гл. II), а также характеру их развития в различных правовых системах современности (гл. III).

Универсальные принципы права Е. В. Скурко трактует как «один из плодов конвергенции, возникающей в процессах общественного развития, эволюции общественных отношений и права» (с. 74). Такая трактовка в целом традиционна как для современного международного права, так и для отечественной юридической науки (Р. З. Лившиц, Л. С. Явич и др.). В ряду универсальных принципов

¹ *Нешатаева Т.* Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права // http://www.echr.ru/news/msg.asp?id_msg=413 (2009. 25 февр.)

² ... *И суда нет.* Диагноз доктора Моршаковой: Бывший судья КС об особенностях российской Фемиды. Так про это еще не говорили // Новая газета. 2004. 19 июля; <http://2004.povayagazeta.ru/nomer/2004/51n/n51n-sl6.shtml> (2009. 25 февр.)

³ *Энгельс Ф.* Анти-Дюринг // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 20. С. 34.

права исследовательница особо выделяет принцип моральности права, а также принцип законности и корреспондирующий ему, по мнению Е. В. Скурко, принцип добросовестного пользования (незлоупотребления) правом.

Анализируя развитие принципов права в правовых системах, Е. В. Скурко привлекла обширный фактический материал, а также определенным образом переосмыслила известные работы по сравнительному правоведению (Р. Давид, К. Цвайгерт). Интересен авторский анализ проявлений принципов права в правовой системе России. По мнению Е. В. Скурко, принципы права в сущности своей более всего оказываются сходными с представлениями о правоположении, сложившимися в отечественном правоведении; юридико-техническую функцию и назначение принципов права в правовой системе России в основном следует связать с логико-юридическим развитием правовых норм (с. 158–159).

Заключительная, четвертая глава книги посвящена анализу принципов права как фактора эффективности законодательства. Особенностью исходной позиции Е. В. Скурко в данном вопросе можно назвать то, что она рассматривает проблему взаимодействия принципов права и законодательства через «своего рода противопоставление формы нормы, которую она принимает в законодательстве, и ее содержания как основы правореализации» (с. 176), т. е. пытается оценить эффективность нормы через то, каким образом практика воспринимает (и способна вообще воспринять) данное «текстуальное» предписание. Вывод, который делает автор, состоит в том, что крайне важно прямое техническое участие юристов, непосредственно занимающихся правоприменением, в разработке законов, а точнее — «привлечение их в процессах подготовки непосредственно *текстов* законов» (с. 181).

Е. В. Скурко подчеркивает, что проблема информатизации юридической деятельности представляет собой важнейший фактор, своего рода фундамент ее единообразия, а с другой стороны, отмечает в основном (за исключением законодателя) технический характер юридической деятельности как таковой в современной России (с. 192).

Наиболее значимыми положениями монографии Е. В. Скурко являются: четкое, конкретное и последовательное формирование представления о принципах права с позиций его современного нормативного понимания; нацеленность на тесную связь правовой науки с жизнью, с практикой; выводы о необходимости использования научно-правового потенциала в законотворческой и правоприменительной деятельности государства.

Работа Е. В. Скурко представляет собой важное явление в юридической науке, поскольку на современном этапе развития теоретико-правовой научной мысли одним из важнейших направлений юриспруденции видится поиск связи науки и практики. Глубина проведенного научного исследования, обоснованность и аргументированность выводов, сочетание этики ведения научной дискуссии с конструктивной критикой производят благоприятное впечатление, а четкая и конкретная научная позиция относительно сущности права (как системы юридических норм) и правовых принципов (как результата «жизни» права) исключительно важна для юридической практики.

А. В. Аверин,
д. ю. н., профессор юридического факультета
Владимирского госуд. педагогич. университета
и Владимирского юридического института

© А. В. Аверин, 2009

ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙАЛЬМАНАХ. 2008. ВЫП. 1 / ГЛ. РЕД. А. Н. КОЗЫРИН. М.: АНО «ЦЕНТР
ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ», 2008. 240 с.

Вышел в свет первый выпуск альманаха «Публично-правовое регулирование экономических отношений», подготовленного автономной некоммерческой организацией «Центр публично-правовых исследований» (ЦППИ). Как заявлено издателем, Альманах будет выпускаться ежегодно.

В книге опубликован ряд интересных работ по широкому спектру актуальных проблем государственного, финансового, административного, образовательного и таможенного права. Среди статей Альманаха значительную долю составляют работы, выполненные в рамках проводимого ЦППИ конкурса «*Новые имена в публично-правовой науке*», в том числе принадлежащие лауреатам конкурса 2008 г.

Особое внимание обращает на себя новаторский метод поиска материала, использованный издателем Альманаха. ЦППИ, организуя упомянутый конкурс, не только осуществляет масштабный научный проект, но и мобилизует творческий потенциал, предоставляя возможность молодым ученым заявить о своих взглядах. Более того, развивая логику идеи конкурса и представляя широкой общественности его результаты в форме рецензируемого издания, ЦППИ создает условия для распространения научного знания, обмена опытом и ознакомления с оригинальными и актуальными разработками. Такой подход необходимо приветствовать и всячески поддерживать. Традиционно используемые форматы (кафедральные или вузовские сборники, тематические подборки статей и материалы конференций), как правило, весьма ограничены и нередко остаются доступными лишь самим ученым, участвующим в таких проектах.

Альманах отличается широтой тематического охвата и включает 6 разделов, объединяющих 11 авторских исследований. Содержащиеся в нем работы обладают актуальностью и качеством. Это касается и высокого уровня научного анализа, и методологической основы. Читатель получает не только детальный анализ по заявленной теме, оценки, выводы, аргументированные мнения авторов, но и солидную источниковую базу. Авторы не ограничиваются лишь изучением правовых актов, но включают в поле своих исследований различные доктринальные разработки. Обогащает содержание представленных работ привлечение опыта зарубежных стран и широкое использование компаративного и историко-правового методов исследования.

В первом раздел Альманаха («Валютное регулирование и законодательство») представлены три статьи. Данный раздел можно признать наиболее удачно сформированным. В нем представлены взгляды на научно-теоретические вопросы валютного права и методики его преподавания, а также анализ практических аспектов валютного регулирования (в том числе в ретроспективе и в контексте возможности доработки) и изучение международно-правовых вопросов валютных отношений. Этому соответственно посвящены представленные в разделе работы А. Ю. Лисицына «Валютное право на современном этапе» (с. 6–12), Е. В. Ереминой «Принцип “запрещено то, что прямо не разрешено” в российском валютном законодательстве» (с. 13–23) и Д. В. Романова «Система соглашений в валютной сфере в рамках СНГ» (с. 24–33). Впрочем, данное разделение весьма условно, поскольку в статьях в той или иной степени затрагиваются все вышеназванные

направления исследований. Кроме того, статья А. Ю. Лисицына позволяет познакомиться с некоторыми взглядами по затронутым вопросам ЦППИ и кафедры финансового права ГУ — ВШЭ как коллективных исследовательских центров.

Второй раздел Альманаха — «Финансовое право и социальное государство» — содержит статью О. В. Чаплыгиной «Социальные финансы и современное финансовое право» (с. 34–57). К безусловным достоинствам данной работы относится обстоятельный анализ теории и практики правового регулирования финансовой составляющей социального обеспечения.

«Новое в государственном управлении: государственные корпорации» — название следующего раздела Альманаха. Здесь вниманию читателя предлагаются работы Т. А. Серegiной «Актуальные вопросы определения правового положения государственных корпораций в Российской Федерации» (с. 58–101) и Р. Е. Устинова «Специфика правосубъектности государственных корпораций» (с. 102–123). Оба автора исследуют историю возникновения государственных корпораций, их правовой статус, функции, перспективы развития. Проводя исследование фактически по одной и той же теме и опираясь на достаточно скудный нормативный материал (нормативно-правовая база государственных корпораций находится еще в стадии формирования), авторам удалось, избегая повторений и банальностей, сформулировать разные по содержанию, но сходные по методологическому подходу оценки.

Юридические вопросы экономического обеспечения образования рассматриваются в разделе «Экономика образования». Здесь вниманию читателя предлагается работа П. А. Борноволокова «Экономические гарантии реализации конституционного права на образование» (с. 124–148). Данная работа может рассматриваться как вполне удачная попытка углубленного анализа и создания теоретической базы конституционно-правового регулирования экономических отношений в области образования (как в России, так и зарубежных странах). Дискуссионной и актуальной теме посвящена еще одна работа этого раздела — статья А. В. Федченко «Публично-правовые и частноправовые начала медицинского права» (с. 202–223).

Широкий спектр проблем охвачен в разделе «Публичное право и современное государство». Открывает раздел статья Ю. А. Семений «“Нетипичные” формы правления в современном мире» (с. 149–166), в которой исследуются понятие формы правления и нетипичные формы правления. Заслуживающим внимания сравнительно-правовым исследованием является работа Р. Е. Сейдеметовой «Зарубежный и российский опыт функционирования парламента: проблемы и перспективы развития» (с. 167–201). Работа построена на анализе значительного эмпирического материала, обстоятельном компаративном анализе действующего законодательства, затрагивающего различные аспекты функционирования российского парламента.

Завершает Альманах раздел «Таможенное право и внешнеторговое регулирование», в котором представлена статья В. В. Андрощука «Процедура оформления грузов, перевозимых железнодорожным транспортом по таможенной территории Республики Беларусь» (с. 224–239). Автор ссылается как на акты таможенного законодательства Беларуси, так и на межведомственные инструкции, регламентирующие транспортировку грузов железнодорожным транспортом. С учетом особой роли Беларуси как транзитной страны данная статья представляется особенно актуальной и своевременной в силу растущей доли железнодорожных перевозок в общем объеме международного грузооборота между странами СНГ, а также

усиления их значимости в хозяйственно-экономической деятельности компаний из сопредельных с Беларусью стран.

Завершая представление Альманаха, необходимо еще раз отметить эффективность апробированной ЦППИ формы обмена и распространения научного знания путем проведения открытого и доступного конкурса. Можно надеяться, что результаты недавно стартовавшего очередного его этапа «*Новые имена в публично-правовой науке 2009*» станут еще более значимыми (об условиях и тематике конкурса на 2009 г. см. сайт ЦППИ www.plrc.ru в разделе новостей за декабрь 2008 г.). С ними читатель сможет познакомиться на страницах следующего выпуска альманаха «Публично-правовое регулирование экономических отношений».

Хороший научный стиль, четкая структурированность Альманаха делают его полезным для научных работников, преподавателей, студентов и аспирантов юридических образовательных учреждений, для всех, кто интересуется актуальными проблемами развития публичного права.

Алексей Алимович Шахматев,
к. ю. н., доцент, Государственный университет —
Высшая школа экономики при Правительстве России

© А. А. Шахматев, 2009

ПРИНЦИПЫ ПРАВА.

МАТЕРИАЛЫ ВСЕРОССИЙСКОЙ НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ.
САНКТ-ПЕТЕРБУРГ, 30 НОЯБРЯ 2006 Г. / СОСТ. С. В. ВОЛКОВА, Н. И. МАЛЫШЕВА;
ПОД ОБЩ. РЕД. Д. И. ЛУКОВСКОЙ.
СПБ.: ИЗД-ВО С.-ПЕТЕРБУРГСКОГО УН-ТА, 2007. 483 с.

30 ноября 2006 г. на юридическом факультете СПбГУ состоялась научно-теоретическая конференция «Принципы права». Ее материалы суммированы в сборнике докладов, статей и научных сообщений. В общей сложности в нем увидели свет работы 53 маститых и начинающих ученых. Издание книги осуществлено благодаря гранту Президента РФ на государственную поддержку ведущих научных школ России.

Сборник открывает обращение зав. кафедрой теории и истории государства и права СПбГУ проф. *Д. И. Луковской*, которая подчеркнула важность общей теории принципов права и указала на недостаточное внимание, которое проявляют к ней в отечественной науке.

В докладе *И. Ю. Козлихина* «Принципы права» (с. 4–20) отмечается, что принципы права являются разновидностью социальных принципов, которые определяют особенности правовой нормативной системы и отличают ее от иных нормативных систем (традиционной, религиозной, нравственной, идеологической и т. д.). Принципом всех социальных нормативных систем является порядок, делающий социальные отношения предсказуемыми; это обеспечивается как правовыми, так и не правовыми способами. К правовым принципам относится принцип формального равенства, сохраняющий, в отличие от утопического принципа социального равенства, разнообразие человеческих индивидуальностей и возможность личной инициативы.

Принцип формального равенства дополняет принцип правовой свободы.

Право непосредственно связано с принципом справедливости, который характерен для всех нормативных систем.

Что касается принуждения, то это не принцип права, а социальная потребность, обеспечиваемая властью. Оно может происходить как в правовой, так и в неправовой форме. Право лишь легализует и упорядочивает социальное принуждение. Принципы права предопределяют и его признаки: нормативность, формальность, общеобязательность и т. д.

Содоклад *Ю. И. Гревцова* назван «Беспринципность в империи права» (с. 21–25). Под беспринципностью можно понимать отсутствие принципов, оперирование лжепринципами (юридическими химерами), поведение в правовом пространстве вопреки юридическим принципам. Поскольку принцип — это результат интерпретаций, обобщения свойств явления или какой-то группы явлений, то не совсем корректна постановка вопроса о принципах права применительно к праву как явлению. Однако можно говорить о принципах исследования права, правового регулирования, применения права и пр., т. е. принципы следует связывать с субъектом права.

Следует обратить внимание и на второе значение принципа — это «внутренняя убежденность в чем-либо». В таком аспекте следует говорить, очевидно, о принципах в праве, что сразу же «поворачивает» исследовательскую мысль в сторону субъектов права. Последних можно распределить по нескольким группам, или уровням: законодатели, правоприменители, граждане. Для правотворящего авторитета, т. е. законодателя, принцип — это убежденность в том, что закон должен объединять людей, а не настраивать их и/или социальные группы на борьбу друг с другом; закон должен быть един для всех в том смысле, что должен предлагать единые правила игры для всех. Для правоприменителей в качестве основного выступает следующий принцип: нормативно-правовой акт нельзя «поворачивать» в свою пользу — он должен работать в интересах тех, на кого рассчитан. Для граждан как субъектов права наиболее важны такие принципы, как: признание и уважение прав других граждан; осознание себя в качестве правовой личности, т. е. в качестве носителя основных прав и свобод; убежденность в необходимости защищать свои права законным путем; желаемые цели следует преследовать юридическим путем.

В докладе *С. А. Дробышевского* «О содержании принципов права» (с. 26–30), в частности, указывается, что на основе принципов системы юридических норм, введенной верховной политической властью, возможно разрушение государства. Государству как социальному организму присущи закономерности функционирования, при отступлении от которых оно погибает. Так, государственной организации необходимо поставить ее трудоспособных граждан в такие условия, чтобы они не могли прожить без труда. Чтобы человек был способен оказывать остальным участникам государственного общежития трудовые и другие услуги высшей степени совершенства, он должен иметь материальные средства, позволяющие получать хорошее воспитание и образование, а также обладать нужными для этого здоровьем и физической подготовкой, поддерживать и улучшать приобретенные знания, умения, навыки в течение своей жизни.

В статье *И. Л. Честнова* «Антропологическое измерение принципов права» (с. 31–53) отмечено, что с позиций онтологических и гносеологических установок эпохи постмодерна принципы права представляют собой социальные конструкты, образуемые первичным произволом, ограниченным минимумом функциональной значимости, который выдвигается затем за «естественный ход вещей»,

процесс рационализации общественной жизни. Содержание принципов права является рациональным настолько, насколько они воспринимаются как рациональные и воспроизводятся массовыми действиями конкретных людей. Будучи религиозно, мифологически и идеологически нагруженными, обусловленными историческим и социокультурным контекстом, принципы права принципиально полисемантически и достаточно произвольно трансформируются (редуцируются) в законодательство, иные формы права, правосознание и правопорядок. В то же время, подвергаясь постоянной авторитетной интерпретации со стороны правящей (в том числе правоведческой) элиты, они выполняют унифицирующую роль относительно правовой системы, выступая ее «последним» (или первым) обоснованием.

А. А. Ференс-Сороцкий обратился к проблеме соотношения аксиом и принципов права (с. 54–72). Некоторые принципы с точки зрения логики можно назвать также и аксиомами. Однако дополнительным критерием выделения аксиом является отсутствие в рамках права альтернативы данной правовой норме, общей идее права. Так, из весьма многочисленных принципов гражданского процесса аксиомами процесса оказываются лишь некоторые: независимость суда, законность, установление действительных обстоятельств дела, равенство прав сторон и равный для всех суд. Аксиомой права может стать не весь принцип, а лишь одно из его положений, например правило, что общеизвестные факты (очевидные истины) доказыванию не подлежат.

Аксиомы можно классифицировать по тем же основаниям, что и принципы права, разделив на общеправовые, межотраслевые и отраслевые по сферам их действия. Исходя из других оснований классификации, аксиомы европейского права можно подразделить на аксиомы Божественного права (Библейские) и аксиомы человеческого права, взятые из языческого права, прежде всего римского, которые признаны Христианской Церковью не противоречащими морали.

А. Э. Черноков рассмотрел проблему принципов права в контексте сравнительного правоведения (с. 73–91). Принципы права крайне редко признаются самостоятельной формой действующего права. В лучшем случае речь может идти об общепризнанных принципах международного права.

В. В. Денисенко сосредоточился на противоречиях и перспективах теории принципов права (с. 92–94). Принципы современного права необходимо понимать как первоначально субъективные идеи, идеологические ценности, которые затем конструируются в обществе. Принципы права могут не иметь практического значения, быть декларацией, служащей лишь для международной легитимности государства, в то время как право будет упорядочено, поэтому нельзя провести прямую связь между принципами и порядком. Задача принципов права в случае их признания в качестве объективных — способствовать предсказуемости права.

Характеризуя системно-функциональный аспект принципов права (с. 95–101), *Н. В. Разуваев* указал на нечеткость таких формулировок, как «руководящая идея» или «основное начало», используемых при определении понятия принципов права. Вместе с тем не вызывает сомнения регулятивная функция, выполняемая правовыми принципами, и, следовательно, их прямая связь с юридическими нормами. В действующем законодательстве РФ редко встречается ситуация, когда правовые принципы напрямую закреплены в юридической норме. Чаще всего подобные принципы приходится выводить из системы норм, действующих в определенной отрасли, путем анализа содержащихся в них конкретных положений. В публично-правовых отраслях, где действует императивный метод, значительно меньшее количество принципов, причем большинство из них имеют

общеправовой характер, а не являются специфически присущими какой-либо конкретной отрасли. Напротив, частноправовые принципы, будучи одним из способов заполнения пробелов в действующем законодательстве, играют важную роль в правоприменительной практике, например в случае применения права по аналогии.

Деконструкция принципов права — такова проблема, заинтересовавшая *Н. В. Андрианова* (с. 102–133). Методологические трудности прояснения и обоснования принципов права отчасти связаны с неоднозначной интерпретацией понятия «принцип» применительно к социальным институтам вообще и к праву в частности. Во-первых, принципами могут являться некие исходные положения, указывающие на причину возникновения и на предназначение права. Во-вторых, принципы могут объяснять механизм действия социального института и указывать на пределы его возможностей. В-третьих — определять требования, которым институт должен соответствовать (так, принципы права служат ориентиром для принятия законов или применения судебной и исполнительной властью юридических норм). В-четвертых, принципы права могут иметь различное проявление в социальной реальности. При этом под видом имманентного принципа может быть заявлен некий идеал или политическая установка. Но возникают вопросы: что лежит в основе самих принципов права; может ли один принцип права одновременно выступать во всех указанных ипостасях или это будут различные принципы; существуют ли универсальные принципы права для всех культурно-исторических ситуаций, наблюдаемых в различных цивилизациях? В поисках ответов на эти вопросы автор останавливается на таких принципах действия права, как телеологические принципы (раскрывающие предназначение права в контексте существования индивида в обществе); принцип диалога; принцип психологической и институциональной принудительности; принцип коммуникативности; принцип легитимации; принцип контекстуальности.

По мнению *В. А. Овчинникова* и *С. С. Таровика*, изучение роли принципов права в отражении его сущности (с. 134–153) позволит сформировать полное представление о содержании понятия «правовой принцип». Например, общеправовые принципы, непосредственно отражающие сущность избирательного права, отражены в нем достаточно полно (за исключением аспекта свободы). Однако, будучи категорией универсальной, они могут проявлять себя в различных отраслях права не одинаково, а в зависимости от отраслевой специфики и этапа развития отрасли. В отражении сущности избирательного права общеправовым принципам принадлежит ведущая роль, поскольку именно они составляют своеобразный «каркас» отрасли в области теории и практики.

Доклад *В. И. Крусса* посвящен принципам опосредования прав и свобод человека (с. 154–166). Основной правовой общностью правовой системы должна полагаться иерархически структурированная система правовых принципов. Особая природа и свойства принципов позволяют говорить о возможностях их одновременного и синхронного присутствия и решающего участия в осуществлении функций права на уровнях правового сознания (идеальное), системы позитивного права (ноуменально-реальное) и юридической практики (фактическое, материальное). Право призвано обеспечивать каждому человеку возможность оптимального пользования его основными правами и свободами (конституционное правопользование). Необходим переход к конституционному правопониманию и унифицированно конституционному — в широком значении — праву, все первичные элементы которого получили конституционное осмысление и системно связаны конституционными же принципами, независимо от наличия отраслевых или институциональных конкретизаций последних.

М. В. Долгополова акцентировала внимание на дискуссионности проблемы принципов права (с. 167–176). Решению проблемы может помочь обращение к трудам С. А. Муромцева, который предлагал различать закон и юридический принцип. Юридический принцип есть выражение совокупности общих свойств существовавших или существующих правил, отношений, действий.

Проблема понимания принципов права оказалась и в центре внимания *Д. К. Синякова* (с. 177–185). В истории философской мысли сложилось несколько трактовок понятия «принцип», каждая из которых адекватна соответствующим историческим типам рациональности. Так, для позитивистски ориентированных исследователей характерно изучение принципов права на прикладном (инструментальном) уровне. В неопозитивистских (логических, аналитических) концепциях права основная методологическая нагрузка понятия принципа права состоит в формализации первоначал, обнаруживаемых как имманентные правовой и социальной системе в целом. Дальнейшая судьба принципов-первоначал связывается с ролью объяснения наблюдаемых фактов, согласующихся или противоречащих этим базовым принципам.

Также обращаясь к понятию принципов права (с. 186–189), *Н. А. Бутакова* подчеркивает, что существование принципов права в форме общих руководящих идей права, не закрепленных законодательно, делает их категорией иллюзорной и крайне субъективной. Поэтому принципы права как основополагающие идеи, наиболее адекватно отражающие социальную действительность в соответствии с достигнутым в обществе на данный момент уровнем ее познания, должны существовать только в определенной форме права — нормативном акте и т. п.

А. В. Белякова предприняла попытку соотнести принципы правосознания и состояние общества, в частности, опираясь на идеи И. А. Ильина (с. 190–195). Правовые принципы проникают в сознание отдельного индивида ровно настолько, насколько в общественном правосознании они действительно существуют. И здесь в основе правосознания на первое место выходят вопросы морали и религии, которые выражают саму суть права, а не закона. Аксиомы правосознания — это отраженные, усвоенные и одобренные правосознанием истинные принципы права.

Н. В. Дунаева обратилась к принципам права как историко-правовой проблеме (с. 196–200). Принципы права, определяя особенности правовой системы и отличая ее от иных нормативных систем, сами в значительной степени опосредованы культурно-историческими особенностями каждого этапа развития общества. В онтологическом аспекте принципы права одновременно и универсальны (так или иначе присутствуют во всех исторических типах права), и специфичны (их качественные характеристики эволюционируют вместе с обществом и по-разному проявляются в правовой системе на определенных этапах ее развития). Гносеологически проблема принципов права связана с особенностями понимания права, его научной идентификации как нормативной системы (например, в истории правовой мысли). Аксиологически принципы права раскрываются как совокупность базовых ценностей, которые человечество стремится постичь и обрести в реальной действительности. Историко-правовой аспект непременно должен присутствовать в дискурсе о праве и его принципах.

А. П. Федоров, рассматривая генезис принципов права (с. 201–206), отметил, что правовые принципы предшествуют норме права; способны активно участвовать в процессе правового регулирования; играют роль своеобразных центров кристаллизации, вокруг которых начинают группироваться нормы, регулирующие однородные отношения на основе данных принципов. Правовые

принципы, первоначально используемые для регулирования вновь возникающих и видоизменяющихся общественных отношений в отсутствие нормы права, впоследствии контекстуально объективируются в закрепляемых в законе нормах права (первичное отражение), а на основании анализа последних происходит формулирование легальных принципов права (вторичное отражение).

С. Г. Лысенков и Р. А. Шахбазов рассмотрели принцип законности в контексте механизма правового регулирования (с. 207–210). Законность как принцип деятельности государства предполагает, что государство, все его органы, организации и учреждения связаны правовыми нормами, действуют в их рамках и во имя их реализации. Законность, рассматриваемая с этой стороны, есть антипод произвола, прежде всего произвола, творимого органами государства и его должностными лицами. Наиболее ярко данный принцип проявляется в правовом государстве, которое можно определить и как государство строжайшей законности.

Статья *В. А. Бесединой* посвящена изучению социодинамики социально-правовых институтов и принципов права в современной России (с. 211–227). Выделяются три основных цикла развития системы социально-правовых институтов — бифуркация (структурное изменение), адаптация и оптимизация. В период бифуркации основными принципами права в новой России являлись принципы правовой свободы, правового равенства, правопорядка; в цикле адаптации — принципы правового равенства и правовой справедливости; в цикле оптимизации каждый из названных принципов получает свое специфическое выражение, а их реализация приобретает комплексный характер.

В. А. Овчинников охарактеризовал проблемы реализации принципа формального равенства в РФ (с. 228–231).

А. А. Дорская выделила проблему противоречивого взаимодействия правовых и религиозных принципов в поздней Российской империи (с. 232–240).

В статье *А. А. Демичева* исследуется понятие принципа права в теории государства и права и отраслевых юридических науках (с. 241–249). Сущность принципов права может восприниматься в рамках двух основных подходов. Согласно первой позиции принципы имеют доктринальный характер и не обладают императивностью. С позиции позитивистского подхода принципы права — это руководящие начала, выраженные в нормативных актах и обращенные к правоприменителю и другим субъектам права. Первый подход характерен для теории права, а второй — для отраслевых юридических наук. Оба подхода имеют право на существование только в рамках своей науки.

Д. Н. Горшунов обратился к характеристике принципов частного права (с. 250–252) и отметил, что принципы частного права — это конкретно выраженные в нормативно-правовых предписаниях системы частного права либо выводимые из их содержания основополагающие положения, выражающие сущность частного права, определяющие его структуру и общий характер регулирования частноправовых отношений.

С. А. Денисов сосредоточился на конфликте принципов права и принципов административной нормативной системы (с. 253–255). При анализе административных нормативных систем следует иметь в виду, что они состоят из вступающих в противоречие официальных норм, закрепляемых в нормативных актах (законах, подзаконных актах), и реально действующих норм, существующих в виде санкционированных государственной бюрократией обычаев, административных прецедентов (образцов поведения начальников разного уровня), административных доктрин (исходящих от главы государства и нижестоящих начальников). Указанный конфликт между принципами права и административной нормативной

системы объясняет трудности перехода российского общества к нормативной системе, основанной на праве.

Статья *Е. Л. Поцелуева* называется «Категория справедливости как мифология, философия, принцип права и как принцип юридической ответственности» (с. 256–260). Принцип справедливости определяет, в чем люди должны выступать как равные друг другу, а в чем они могут различаться. Отсюда, справедливо то неравенство, которое способствует установлению привилегий для социально незащищенных слоев населения, и несправедливо то равенство, которое игнорирует различия между слабыми и сильными. Уравнивающий аспект справедливости — равное отношение к равным, а распределяющий аспект — дифференциация и индивидуализация мер уголовно-правового характера (неравное отношение к неравным), мер государственного принуждения, в том числе и юридической ответственности.

Е. Н. Тонков осветил принципы «права справедливости» (с. 274–279). Английская судебная система выработала максимы права справедливости — основополагающие принципы, позволяющие корректировать общее право в тех случаях, когда следование его нормам приводило к заведомо несправедливому решению либо когда для регулирования правоотношения было невозможно найти норму права: право справедливости не поможет лицу, которое получает что-либо, не давая ничего взамен; право справедливости не может оставить зло безнаказанным; кто требует справедливости, должен сам иметь чистые руки; право справедливости следует общему праву; равенство есть справедливость; решения в суде права справедливости принимаются на основании усмотрения суда; справедливость требует рассматривать в первую очередь намерения, а не юридическую форму; промедление мешает справедливости.

Н. В. Брезгулевская обратилась к принципу федерализма (с. 280–284). Явление федерализма многоаспектно. Применительно к принципам права принцип федерализма связан с таким принципом права, как право народов на самоопределение и равноправие.

«Принципы права и борьба с незаконным оборотом наркотиков», — такова постановка проблемы *М. А. Капустиной* (с. 285–288). Противостоять незаконному обороту наркотиков, противодействовать росту наркомании возможно путем развития международной правовой кооперации, выработки согласованных международных правовых принципов борьбы с употреблением наркотических веществ и торговлей ими. Правовые принципы борьбы с незаконным оборотом наркотиков стали серьезным вопросом для России, которая является одним из пунктов международных наркотрафиков. Проблема незаконного распространения психоактивных веществ охватывает несколько аспектов: выращивание и производство наркотических веществ; их оптовая поставка (трансфер); розничная торговля наркотиками; потребление и наркозависимость. При этом способы юридического воздействия на каждом из названных этапов распространения наркотиков должны быть взаимосвязаны и согласованы друг с другом.

С. В. Липень озаглавил свою статью «Принципы правотворчества в законодательстве Республики Беларусь» (с. 288–299). Наиболее предпочтительны нормативное закрепление принципов права, их максимально четкие законодательные формулировки и, по возможности, развернутые характеристики. Непосредственное закрепление специально-юридических принципов в правовых предписаниях значительно облегчает их использование в процессе применения права, позволяет избежать неоднозначных трактовок закона. Таким образом, законодательное регулирование правотворческой деятельности должно по

необходимости предусматривать и закрепление принципов правотворчества. Общеправовые принципы права (гуманизм, демократизм, законность, равенство и др.) закрепляются как принципы какого-либо вида правовой деятельности только в том случае, если есть необходимость выделить их специфическое содержание; если же нет, то они полагаются действующими как общеправовые принципы, закрепленные в Конституции.

А. А. Соловьев обратился к вопросу о сущности и значении правовых норм-принципов в историко-теоретическом аспекте (с. 300–306). Наиболее общие и универсальные нормы являются совершенными, поскольку они более всего приспособлены к динамике общественных отношений. Нормы-принципы имеют большую устойчивость; они повышают требования к тем, кто определяет свое поведение на их основе, поскольку предполагают более полное понимание существа и направленности нормы, чем это, по объективным причинам, доступно большинству членов общества (по причине недостаточной информированности, специализации образования, иной культурной принадлежности и др.). В силу этого нормы-принципы продолжают стоять особняком в современной системе правовых норм, занимая в ней хотя и важное, но далеко не главенствующее место.

В статье *Е. Г. Самохиной* рассматривается справедливость как принцип права в концепциях школы «возрожденного естественного права» (с. 307–317). Важной заслугой мыслителей данного направления является обоснование права (собственно права или обогащенного нравственностью) как явления, стремящегося к справедливости.

Н. В. Ющенко посвятила свое исследование принципам разграничения частного и публичного права в концепции С. А. Муромцева (с. 318–330).

В. В. Ревенко рассмотрел принцип ответственности за вину и безвиновную ответственность в российском железнодорожном законодательстве второй половины XIX в. (с. 331–338). По мнению автора, анализ законодательства об ответственности железных дорог позволяет выявить явную тенденцию к повышению уровня ответственности. До середины XIX в. российское законодательство никак не определяло ответственность железных дорог в сфере пассажирских и грузовых перевозок. Возникавшие в данной сфере правоотношения регламентировались договорами подряда, поставки и хранения, по которым ответственность перевозчика строилась по принципу вины. Ответственность за случайный вред и за неисполнение обязательств по случайным причинам полностью исключалась. В соответствии с общими законами гражданского судопроизводства бремя доказывания вины перевозчика лежало на истце, из-за чего иски к железным дорогам были достаточно редки и заведомо проигрышны. В 1878 г. значительно укрепились процессуальные позиции истцов — пассажиров, пострадавших в железнодорожных авариях, поскольку была презюмирована вина железных дорог. В 1885 г. с принятием Общего устава железных дорог безвиновная ответственность перевозчика, т. е. ответственность за случайный вред и за неисполнение обязательств по случайным причинам, была закреплена материальными нормами. Последующая кассационная практика Сената перевела ответственность железнодорожного перевозчика с уровня обычной (исключающей ответственность за случай) до уровня повышенной (включающей ответственность за случай и при отсутствии вины). В результате ответственность железных дорог была выстроена не на началах вины, а на началах профессионального риска.

А. В. Ильин выделил принципы иерархии основных государственных законов Российской империи в начале XX в. (с. 339–346).

В. Д. Ярыш сосредоточил внимание на реальном содержании принципов советского изобретательского права: оптимальном сочетании общественных,

коллективных и личных интересов субъектов права; содействия изобретательству; новизны и полезности объекта изобретательского права; морального и материального стимулирования авторов и др. (с. 347–357).

Реализация историко-правового опыта Великой Отечественной войны в принципах права и борьба с терроризмом — проблема, ставшая предметом исследования *А. А. Дерюгина* (с. 358–361).

Н. И. Малышева проанализировала взгляды представителя раннего немецкого Просвещения С. Пуфендорфа на идейные основы права (с. 362–372). По мнению Пуфендорфа, осуществление справедливости непосредственно связано с правосудием и определенной свободой судейского применения законов. Равенство, свобода, справедливость в качестве принципов права в конечном счете должны обеспечить определенный порядок в отношениях между субъектами, обладающими человеческим достоинством. Пуфендорф преобразовал всеобщие принципы права в правила, адресованные отдельному человеку. Немецкий правовед перенес принципы права из абстрактной сферы естественной жизни в конкретный социальный мир, сосредоточив внимание на государственно-правовом бытии индивида не только в рамках универсальной системы естественного права, но и в условиях конкретной социальной действительности.

А. В. Васильева обратилась к проблеме справедливости и принципов права в контексте современного прочтения труда Адама Смита «Теория нравственных чувств» (с. 373–378). В теории Смита законам справедливости отведена функция социального контроля. Он различает законы справедливости и правила, которые предписываются обществу его правителями, отмечая при этом их большое сходство. Общие правила, которые должны воспрепятствовать членам общества наносить друг другу вред, составляют гражданские и уголовные законы каждой страны. Принципы, которые лежат или должны лежать в основании этих правил, составляют предмет особой науки — естественной юриспруденции. Следовательно, А. Смит рассматривает принципы как средства, с помощью которых должна разрабатываться и проводиться в жизнь система норм для управления человеческим поведением, так чтобы она оставалась эффективной.

В статье *Г. Э. Адыгезаловой* охарактеризованы принципы права во взглядах представителей американской социологической юриспруденции (с. 379–388): приоритет права над иными социальными регуляторами; установление и поддержание порядка; взаимовлияние и взаимодействие правовой системы с иными системами общества (политической, экономической, ценностной); гармонизация интересов; интеграция общества; непротиворечие права морали; свобода; справедливость и равенство; подчинение праву.

Статья *Т. А. Алексеевой* посвящена принципам Конституции Испании 1869 г. (с. 389–410). Эта Конституция является самой демократичной из принятых в Испании в XIX в. Она базируется на демократических принципах, ставших основами государственности. Идейную основу Конституции 1869 г. составили убеждения «прогрессистов», воспринявших ряд идей демократов. Принципом взаимоотношений личности и государства стала идея признания прав и свобод человека и гражданина, обоснованием конституционного строя — национальный суверенитет, гарантией реализации обоих принципов — идея разделения властей. Монархическая форма правления символизировала приверженность традициям испанской государственности. Помимо названных базовых принципов, в Основном законе закреплены конституционные основы организации и деятельности органов, осуществляющих государственную власть.

В. С. Иваненко охарактеризовал понятие и систему принципов международного права (с. 411–421). В международном праве принцип имеет четкое нормативное содержание; он сам является правовой нормой, но нормой более общего характера. По мнению автора, основные принципы международного права — это основополагающие, общепризнанные и общеобязательные правила поведения участников межгосударственных отношений, носящие нормативно-правовой характер, обладающие высшей юридической силой, составляющие юридическое ядро всей системы международного права, имеющие универсальную сферу действия как по кругу субъектов, так и по видам и областям межгосударственного сотрудничества, обеспечивающие системность как правового регулирования межгосударственных отношений, так и функционирования международного правопорядка.

Н. С. Игнатова рассмотрела проблемы обеспечения конституционной законности (с. 422–423). Оценка конституционности нормативных актов порой осложняется размытостью самого понятия «конституционность». Возникло такое положение, когда конституционная законность и защита Конституции строятся не на основе норм Конституции, а на основе их толкования, что не одно и то же. Это также говорит в пользу конституционной реформы, т. е. включения в Конституцию РФ более ясных понятий, не требующих толкования.

Обеспечение конституционной законности предполагает использование мер конституционной ответственности должностных лиц государства. У Конституционного Суда РФ изъяты полномочия, позволявшие ему непосредственно оценивать на предмет соответствия Конституции действия и акты высших должностных лиц. На другие судебные органы эти полномочия также не возложены. Поэтому практически конституционной ответственности за несоблюдение и тем более нарушение Конституции РФ сегодня не существует.

В. А. Овчинников и *Д. Г. Демидов* обратились к проблеме выполнения принципов легальности и легитимности в избирательном законодательстве РФ (с. 424–440). Существующие принципы права, закрепленные Конституцией РФ и международными договорами, должны оставаться в основе правотворческой деятельности законодателя во всех отраслях права, в том числе и в избирательной. В период становления избирательного законодательства в нем необходимо учитывать общественные интересы, реализовывать отраслевые принципы. При этом законодательной ветви власти (впрочем, как и остальным) необходимо строго придерживаться общих принципов права, в том числе особенно — принципов легальности и легитимности.

С. С. Таровик характеризует правовой принцип как ключевую характеристику избирательного права (с. 441–447). Принципы избирательного права можно разделить на материально-правовые и процессуально-правовые. Материально-правовые принципы первичны, так как составляют костяк правового регулирования отношений в сфере выборов, а процессуально-правовые производны от них и конкретизируют их в отношении избирательного процесса.

И. В. Минниес обратилась к содержанию принципов избирательного процесса (с. 448–455). Нормы избирательного права в объективном смысле регулируют не только содержание субъективного избирательного права граждан, но и условия и порядок осуществления данного права, его гарантии и защиту. При таком понимании избирательного права его принципы не исчерпываются основными началами субъективной формы участия граждан в избирательном процессе: всеобщностью, равенством и т. п. Автор акцентирует внимание на таких фундаментальных началах избирательного процесса, как обязательность выборов, их

периодичность, свобода, открытость и гласность, а также альтернативность выборов. В широком смысле принцип альтернативности требует, чтобы у избирателя была возможность принять решение, имея несколько вариантов.

В статье *О. В. Исаенковой* рассматриваются принципы некодифицированных отраслей российского права на примере гражданского исполнительного права (с. 456–468). Следует вести речь не только о модернизации существующих кодексов и об их замене новыми, но и о принятии не известных ранее правовой науке кодифицированных актов сообразно новым отраслевым образованиям, появившимся в ходе реализации правовой реформы. Отрасли российского права, не имеющие собственных кодифицированных источников (как гражданское исполнительное право), находятся в невыгодном положении в отношении собственных принципов. В идеальном варианте реформа российского исполнительного производства должна закончиться вступлением в силу Исполнительного Кодекса РФ. Представляется оправданным закрепление в проекте ИК РФ в качестве принципов тех основных начал, которые являются наименее спорными, соответствуют современному экономическому и политическому базису российского общества и смогут помочь правоприменителю в случае применения аналогии права при отсутствии нужной нормы в законодательстве. Каждому из этих начал должна быть дана дефиниция в норме Общей части ИК РФ.

Н. Т. Мелешенко рассмотрен вопрос о принципах трудового права (с. 469–475), которые впервые легально сформулированы в ст. 2 Трудового кодекса РФ. Но трактовка большинства принципов отрасли трудового права в ст. 2 ТК в виде прав и обязанностей и их обеспечения размывает границы между принципами и правами и обязанностями. Отраслевые принципы трудового права — это закрепленные в законодательстве основополагающие руководящие начала (идеи), выражающие сущность норм трудового права и главные направления политики государства в регулировании трудовых и связанных с ними отношений. Такими основополагающими началами никак не могут быть все 19 принципов, указанных в ст. 2 ТК.

Р. Р. Тотоев и *А. Ю. Кеклис* избрали темой исследования адвокатуру в аспектах юридической помощи человеку и принципов права (с. 476–480). Принципы правовой защиты человека суть особенное проявление общих принципов права, к числу которых общая теория права относит: законность, равенство всех перед законом и судом, справедливость, гуманизм, презумпцию невиновности и необратимость силы закона, устанавливающего или отягчающего ответственность. Принципы правовой защиты способствуют созданию такой системы норм, которая наилучшим образом обеспечивает высокий уровень правовой защищенности человека.

В целом материалы, опубликованные в сборнике «Принципы права», убедительно подтверждают блестящий парадокс Рудольфа Кирхгофа: «Нет ничего практичнее хорошей теории». В богатой палитре идей и мнений, представленных в этой книге, найдут немало полезного и теории, и практики юриспруденции.

Светлана Васильевна Волкова,
Андрей Витальевич Ильин —
кандидаты юрид. наук, доценты СПбГУ;
Наталья Ивановна Малышева,
кандидат юрид. наук, доцент С.-Петербургского
госуд. морского технического университета

© С. В. Волкова, А. В. Ильин, Н. И. Малышева, 2009

ЮБИЛЕЙ ДЖЕНЕВРЫ ИГОРЕВНЫ ЛУКОВСКОЙ

14 марта 2009 г. — юбилей Дженевры Игоревны Луковской. Почти вся ее жизнь связана с Санкт-Петербургским (Ленинградским) государственным университетом. После окончания юридического факультета она стала аспиранткой кафедры теории и истории государства и права. Тогда же судьба привела ее в редакцию всесоюзного научно-теоретического журнала «Правоведение», где она работала сначала старшим редактором, затем ответственным секретарем.

С 1972 г. Дженевра Игоревна является бесшумным и авторитетнейшим членом редколлегии журнала «Правоведение», курируя, помимо прочего, поступающие в редакцию материалы теоретического, философского и историко-правового характера. Невозможно сосчитать, скольким начинающим ученым она помогла почувствовать вкус к исследовательской, аналитической работе, раскрыть свой научный талант. При этом Дженевру Игоревну всегда отличает неизменно уважительное отношение к авторской научной позиции.

В 1974 г. Дженевра Игоревна начала работать на кафедре теории и истории государства и права юридического факультета ЛГУ, где прошла путь от старшего преподавателя, доцента до профессора. С 1989 г. на протяжении уже двух десятилетий она возглавляет эту кафедру. По мнению ее коллег, лучшего заведующего кафедрой не найти: организаторские способности, трудолюбие, компетентность прекрасно сочетаются с тактом, доброжелательностью, человеколюбием.

Дженевра Игоревна — блестящий ученый с мировым именем. Сфера ее научных интересов — история политических и правовых учений, теория, методология и философия права. Особое место в этом перечне занимает проблематика прав человека. Последнее обстоятельство далеко не случайно. Всю свою сознательную жизнь Д. И. Луковская отстаивала свободу как величайшую ценность подлинно человеческого бытия. Права человека, свобода и человеческое достоинство — лейтмотив ее основных научных работ. В 1971 г. она успешно защитила кандидатскую диссертацию на тему «Социологическое направление во французской теории права», а в 1986 г. — докторскую диссертацию на тему «Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений». В этой диссертации впервые в рамках советской науки фактически была выдвинута новаторская герменевтическая программа понимания и истолкования политико-правовых текстов.

В 1987 году Д. И. Луковской присвоено ученое звание профессора.

Дженевра Игоревна — автор и соавтор около 100 научных и учебно-методических работ, в числе которых 17 монографий. При ее обязательном участии написан ряд учебников и учебных пособий по теории государства и права, истории политических и правовых учений, основам обществознания. Она является лауреатом университетской премии ЛГУ второй степени «За научные труды» (1989 г.)



как соавтор учебника «Теория государства и права» (Л., 1987). За коллективную монографию «Институт генерал-губернаторства и наместничества в Российской Империи» (СПб., 2001), подготовленную совместно учеными-преподавателями кафедры теории и истории государства и права и научными сотрудниками Российского государственного исторического архива, она удостоена университетской премии СПбГУ «За научные труды» первой степени (2003 г.).

Профессор Д. И. Луковская — признанный руководитель ведущей научной школы в области теории и истории государства и права, отмеченной грантами Президента РФ для государственной поддержки ведущих научных школ России. Одновременно она является научным редактором и соавтором целого ряда сборников материалов межвузовских и международных научно-теоретических и научно-практических конференций, проводимых по тематике грантов.

Дженевру Игоревну можно назвать преподавателем «от Бога». Ее ученики — и молодые аспиранты, и маститые профессора — в буквальном смысле слова боготворят ее. С теплотой вспоминает профессора Д. И. Луковскую Председатель Правительства России В. В. Путин. На ее лекциях неизменно присутствовал и нынешний Президент Российской Федерации Д. А. Медведев. Ее заслуги отмечены почетной грамотой СПбГУ за педагогическое мастерство. Дженевра Игоревна награждена нагрудным знаком «Почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации».

Сегодня ее лекции имеют счастье слушать как студенты бакалавриата, изучающие историю политических и правовых учений, теорию государства и права, так и студенты магистратуры, которые могут многое узнать об «Основных проблемах юридической науки». Особым успехом пользуется спецкурс «Права человека: вопросы теории и истории».

Профессор Д. И. Луковская щедро делится своими знаниями с молодыми учеными. По специальности 12.00.01 ею подготовлены более 30 кандидатов и 10 докторов юридических наук. Среди них такие известные ныне правоведы, как С. Н. Бабурин, И. Б. Ломакина, А. В. Поляков, В. В. Посконин, А. Л. Рогачевский, Р. А. Ромашов.

Признанием научного авторитета Д. И. Луковской стало назначение ее председателем диссертационного совета СПбГУ (по специальностям 12.00.01 и 12.00.11). В течение многих лет Дженевра Игоревна состоит членом диссертационного совета в Институте государства и права РАН.

Заслуги Дженевры Игоревны получили высокую оценку. Указом Президента России от 22 января 2005 г. она награждена Орденом Дружбы; имеет знак жителя блокадного Ленинграда. Она является Почетным профессором Санкт-Петербургского государственного университета.

Невозможно умолчать и о том восхищении, которое вызывает Дженевра Игоревна как прекрасная, обаятельная и необычайно интеллигентная женщина. В ее жизни, несмотря на огромную занятость работой, остается место и для многочисленных друзей, и для поэзии, и для увлечения современной литературой.

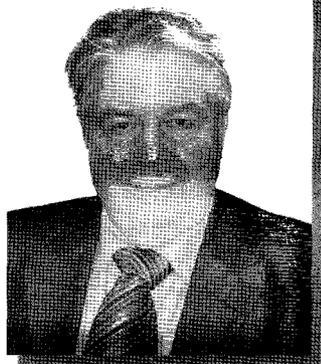
Пожелаем нашей дорогой коллеге доброго здоровья, громадного счастья, дальнейших творческих успехов, новых благодарных учеников!

70-ЛЕТИЕ ВАЛЕРИЯ АБРАМОВИЧА МУСИНА

28 марта 2009 г. исполнилось 70 лет члену-корреспонденту Российской академии наук, профессору, доктору юридических наук Валерию Абрамовичу Мусину, который с 1989 г. руководит кафедрой гражданского процесса юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, а с 2002 г. также и Санкт-Петербургским филиалом Института государства и права Российской академии наук.

Профессор В. А. Мусин не только сохранил лучшие традиции ведущей советской (российской) кафедры гражданского процесса, на которой работали такие выдающиеся ученые, как Надежда Александровна Чечина и Дмитрий Михайлович Чечот, но и сумел привнести много нового, что уже обогатило петербургскую процессуальную научную школу и является серьезным активом для ее развития. Прежде всего, особой значимостью обладает неустанная деятельность профессора Мусина по осуществлению процессуальных исследований, находящихся в исключительно тесной взаимосвязи с фундаментальной классической цивилистикой и отличающихся учетом и глубоким постоянным анализом правоприменительной и судебной практики. Валерий Абрамович активно участвует сам и побуждает коллег к участию в работе научно-консультативных советов, создаваемых судами Российской Федерации, а также поддерживает молодых ученых в их юридической практике, без которой, по глубокому убеждению профессора В. А. Мусина, не может состояться ни наука, лишенная мертвой схоластики, ни качественное юридическое образование, способное дать знания и воспитать юристов, понимающих свое предназначение для общества.

К сожалению, нам не часто доводится говорить близким людям, коллегам слова, которые они заслуживают. И не всегда перечисление званий, должностей, наград, научных работ, количества аспирантов и докторантов адекватно масштабу и истинным достоинствам личности, ее влиянию на судьбы других. Юбилей – это хороший повод отдать должное не формальному, внешнему, а сущностному, содержательному. Воспитание и огромный жизненный опыт Валерия Абрамовича Мусина, многогранность его профессиональной деятельности в качестве ученого и преподавателя, судьи *ad hoc* Европейского суда по правам человека и авторитетного эксперта – юриста-практика, судьи во многих известных арбитражных процессах трансформировались в потрясающий симбиоз уникальных профессиональных и человеческих качеств. Удивительная скромность и легендарная терпеливость, достоинство и порядочность Валерия Абрамовича сплачивают любой коллектив (будь то кафедра или авторы коллективного научного труда) в атмосфере взаимной доброжелательности, когда учитываются мнения и подчеркиваются достоинства каждого участника. Не все, кому довелось учиться у В. А. Мусина или работать вместе с ним, знают о его государственных наградах, не все знакомы с его многочисленными научными статьями и монографиями, но и студенты на лекции, и коллеги во время обсуждения научных проблем очаровываются блестящей эрудированностью, стройностью логических построений, образностью и глубиной научной мысли, заботливостью и вниманием к собеседнику вне зависимости от его возраста и социального статуса.



Ученики и коллеги профессора В. А. Мусина горды знакомством с ним и благодарны судьбе за предоставленную возможность учиться у него пониманию права и мудростям жизни. Желаем дорогому Валерию Абрамовичу сохранить присущую ему молодость духа и осуществить все научные и профессиональные планы!

ЮБИЛЕЙ РУМАНА ХАРОНОВИЧА МАКУЕВА



Исполнилось 65 лет Заслуженному юристу Российской Федерации, доктору юридических наук, профессору, заведующему кафедрой теории и истории государства и права Орловской региональной академии государственной службы Руману Хароновичу Макуеву.

Р. Х. Макуев родился 16 марта 1944 г. в селе Переменовка Семипалатинской области Казахской ССР. Всю свою трудовую деятельность он посвятил служению юридической науке.

Окончив в 1973 г. юридический факультет Казахского государственного университета, Р. Х. Макуев работал в органах внутренних дел МВД СССР. В период службы особое внимание уделял научной разработке вопросов совершенствования организа-

ционных и правовых начал деятельности подразделений ОВД по охране правопорядка. Положительный опыт его работы, основанный на научном анализе, в 1972 и 1976 гг. был обобщен и распространен в системе МВД СССР.

В 1976 г. Руман Харонович Макуев как перспективный исследователь приказом министра внутренних дел СССР был направлен на учебу в Академию МВД СССР (II факультет) и в 1979 г. успешно окончил ее. В период обучения он целеустремленно занимается наукой: сдает кандидатские экзамены по специальности, активно участвует в научных кафедральных разработках и с полученными научными результатами в целях их апробации неоднократно выступает на научных конференциях. По результатам одной из конференций в 1978 г. его научный реферат по проблемам полицейской службы ближневосточных стран занял первое место в Академии и в дальнейшем использовался в учебном процессе кафедрой «Организация деятельности полиции зарубежных стран».

В 1987 г. Руман Харонович Макуев защищает диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук «Правоприменительная деятельность милиции». В 1988–1989 гг. он участвует в разработке концепции совершенствования деятельности ОВД в новых условиях. В этот период для подготовки обзора зарубежного опыта его направляют в командировку в МВД Болгарии, что дало новый импульс становлению ученого-юриста. За успехи в сфере правопорядка в этот период Р. Х. Макуев награжден медалями «За доблестный труд. В ознаменование 100-летия со дня рождения В. И. Ленина», «За отличную службу по охране общественного порядка». За умелую организацию службы и предложения по ее совершенствованию в период проведения в 1986 г. Игр доброй воли в Москве он поощрен министром внутренних дел СССР.

В 1992 г. Руман Харонович направлен в докторантуру Академии МВД России, где на более высоком уровне продолжает углубленные научные исследования по проблемам совершенствования правоприменительной и правоохранительной деятельности государственных органов в целом и органов внутренних дел в частности в условиях формирования правового государства. По результатам упорной работы в 1994 г. Р. Х. Макуев защищает докторскую диссертацию «Правоприменительная деятельность милиции в условиях формирования правового государства».

Многие предложения, сделанные Р. Х. Макуевым в ходе научных исследований, подтвердила юридическая практика последнего десятилетия, особенно на Северном Кавказе. Выражая свою научную и гражданскую позицию по нормализации обстановки, созданию ее правовых предпосылок в Чеченской Республике, в других горячих точках, Руман Харонович сделал ряд предложений, которые были признаны полезными в аппарате Президента Российской Федерации, Министерстве по делам федерации, национальностей и миграционной политики. Свой научный опыт Р. Х. Макуев обобщил в монографиях «Верховенство права и правоприменительная деятельность милиции» (1996), «Личность и российский федерализм: противоречия, причины и следствия» (2003), «Современная глобализация: вызовы и трансформации» (2006), «Глобализация и человеческий фактор в эволюции российского правового государства» (2007), а также в научных статьях «Терроризм в условиях глобализации» (2007), «Несостоятельность идеи ограниченного суверенитета» (2008), «Уроки революций и переворотов для власти и граждан» (2008) и др.

Много сил и энергии Р. Х. Макуев отдает научно-педагогической деятельности, подготовке высокопрофессиональных юристов, научно-педагогических кадров и совершенствованию образовательного процесса. Об этом говорят его практическая и научная деятельность. Работая в системе образовательных учреждений МВД с 1982 г., Руман Харонович прошел путь от преподавателя до заместителя начальника Орловского юридического института по научной работе. После ухода в 1999 г. в отставку по выслуге лет в звании полковника Р. Х. Макуев продолжает научную и педагогическую деятельность в Орловской региональной академии государственной службы в должности заведующего кафедрой теории и истории государства и права, где активно способствует научному и методическому обеспечению учебного процесса вверенной ему кафедры и юридического факультета, взаимодействию по проблемам методики, обмену научной информацией между юридическими факультетами Орловской региональной академии государственной службы, Орловского государственного университета, МГУ, с кафедрами Академии управления МВД России, ОЮИ МВД России.

За период своей научной деятельности Р. Х. Макуев опубликовал по разрабатываемым им научным проблемам федерализма, правоприменения, европейского права, глобализма и терроризма более двухсот монографий, учебников, учебных, учебно-методических пособий и научных статей. Им подготовлены: учебник «Теория государства и права» с грифом Министерства образования и науки РФ (уже готовится третье издание, существенно переработанное и дополненное), учебно-методическое пособие «Правовые отношения, правонарушения и юридическая ответственность» (2006), «Курс лекций по проблемам теории государства и права (для послевузовского образования)» (2007), «Право и институты Европейского Союза» (2002; 2005; 2008).

Р. Х. Макуев руководит аспирантами и соискателями Орловской, Брянской, Курской, Калужской, Тульской, Рязанской, Тамбовской областей, в Чеченской

республике, имеет аспирантов в Москве и Санкт-Петербурге. Их научные разработки являются основой созданной научной школы по проблемам государства и права в условиях глобализации. Под его руководством защищены 11 кандидатских и 3 докторские диссертации.

Р. Х. Макуев является членом докторских диссертационных советов в Москве и Орле, директором Научного центра проблем глобализации и европейского права при Орловском государственном университете, действительным членом РАЕН, Академии военных наук и Международной академии естественных наук (секция «Европейское право»).

В силу характера своей работы и активной личной жизненной позиции Р. Х. Макуев принимает живое участие в политико-правовой жизни общества. Он является членом квалификационной коллегии судей Орловской области, членом координационного совета при губернаторе Орловской области, Ученого совета ОРАГС, Союза юристов Российской Федерации, а также членом редакционного совета регионального журнала «Образование и общество», в котором ведет постоянную рубрику «Образование и право»; принимает активное участие в политических процессах на основе принципов укрепления конституционного порядка, целостности территории и суверенитета России, постоянно обосновывая подобную позицию теоретическими изданиями и публикациями в средствах массовой информации.

За добросовестный труд на поприще юриспруденции Р. Х. Макуев получил 62 правительственные награды и поощрения МВД России, высших органов государственной власти Орловской области. В 2004 г. Р. Х. Макуеву присвоено почетное звание «Заслуженный юрист Российской Федерации».

Руман Харонович является для нас образцом ученого и педагога. Он достойно несет звание ученого Российской Федерации, полон научных замыслов и решимости передать их нам, своим ученикам.

Друзья и коллеги

CONTENTS

S. V. Chernichenko The Issue of Correlation of International and Domestic Law as Legal Systems (Reflections on Books of Some Colleagues) • *V. S. Ivanenko, K. O. Kononova* Sanction Resolutions of the UN Security Council and Their Implementation in the Legal System of Russia. *S. V. Glotova* Cooperation of States with the International Criminal Court. *I. S. Marusin* International Criminal Courts and Significance of Their Activity for Settlement of Armed Conflicts. *O. O. Salagai* Armed Conflicts and Human Health: Issues of International Law • *A. V. Ilyin* On the Concept of the Right to Government Services • *S. V. Korsakova, A. V. Malko* Municipal and Legal Policy: Essence, Principles, Priorities. *N. S. Perfilyeva* Reforms of the Financial System of Local Government in Great Britain at the End of XX — the Beginning of XXI Centuries • *N. Yu. Turishcheva* The Object of Crimes against Elective Franchise and the Right to Take Part in a Referendum: New Standpoint. *V. N. Burlakov* Complex Issues of Classification of Transport Crimes. *V. N. Shikhanov* Structure Functional Approach in Elaboration of a Criminological Concept of “Street” • *S. A. Novikov* “I Am Guilty!”: Evidential Significance of the Admission of One’s Guilt in Modern Criminal Procedure in Russia. *D. V. Gloukhov* Special Procedure of the Trial Is a Differentiated Form of General Procedure • *Yu. K. Sviridov* Legal Nature of the Cases Resulted from Public Relations, Considered in Civil and Arbitration Procedures in Russia • *E. V. Vavilin* The Problems of Protection of Civil Rights • *S. S. Bondarenko* Anticipatory Breach of Contract. *G. R. Igbaeva* Compulsory Insurance as a Means of Protection of the Interests of Consumers of Insurance Services • *O. Yu. Rybakov* Social Agreement in Russia: Potentialities of Person and State. *N. V. Varlamova* Efficiency of Legal Regulation: Reconsideration of the Conception • *A. O. Rybalov* The Origin of the Property of a Pledge Movement in Russian • *S. P. Alexandrova* Consolidation of the Polity in England in the Form of Dual Monarchy as a Result of 1688 “Glorious Revolution” • *I. B. Zhivikhina* Letter to the Editorial Staff • **Bibliographia** • **Personalia**.



АБСОЛЮТНЫЙ АССОРТИМЕНТ

ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛИТЕРАТУРА

- Магазины •
- Оптовая и интернет торговля
- Уникальные сервис и дисконтная система
- Корпоративные продажи
- Комплектование библиотек по специальным ценам

12000 наименований • открытый доступ •

• пн-вс • 09.00-21.00 •

- Санкт-Петербург, 6-я линия В.О., д. 11/21

• пн-вс • 08.00-20.00 •

- Екатеринбург, ул. Комсомольская, д. 21
(здание УргЮА)

• пн-сб • 08.00-20.00 •

- Казань, ул. Кремлевская, д. 18
(главный корпус КГУ)

Тел.: +7 (800) 333 43 21

Бесплатная справочная служба о региональных филиалах,
ассортименте, дисконтной системе

sale@lawpress.ru • www.lawpress.ru

ЕЖЕГОДНИКИ ПРАВА

В СЕРИИ «ЕЖЕГОДНИКИ ПРАВА» ВЫХОДЯТ:

- Российский ежегодник теории права
- Российский ежегодник истории права
- Российский ежегодник сравнительного права
- Российский ежегодник международного права
- Российский ежегодник конституционного права и судопроизводства
- Российский ежегодник административного права
- Российский ежегодник налогового права
- Российский ежегодник гражданского права
- Российский ежегодник предпринимательского (коммерческого) права
- Российский ежегодник трудового права
- Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса
- Российский ежегодник уголовного права
- Российский ежегодник уголовного процесса
- Ежегодник права государств Центральной и Восточной Европы
- Ежегодник права государств Центральной Азии, Ближнего Востока и Северной Африки

1120 руб.

Цена в магазинах Книготорговой сети «Юридическая книга»

928 с. (объем каждого ежегодника)

Переплет с суперобложкой

РОССИЙСКИЙ
ЕЖЕГОДНИК
ТЕОРИИ ПРАВА
№ 1
2008



Стоимость

редакционной подписки

1 ежегодник – 990 руб.

3 ежегодника – 2900 руб.

6 ежегодников – 5800 руб.

Для организации подписки или приобретения вышедших номеров вы можете позвонить по телефону Редакции +7 (812) 329 2823 или по бесплатному телефону +7 (800) 333 4321, либо направить сообщение по факсу +7 (812) 334 2193 или по электронной почте info@lawpress.ru, либо заполнить онлайн-заявку (www.lawpress.ru/pp). Квалифицированный менеджер оперативно выполнит все необходимые действия по оформлению подписки, организации оплаты и избранию наиболее удобного для вас способа доставки номеров Ежегодника.

В Ежегодниках на конкурсной основе публикуются материалы, посвященные фундаментальным теоретическим и актуальным практическим вопросам соответствующей отрасли права.

Особой задачей Ежегодников является вовлечение в научный оборот положений зарубежной правовой доктрины и сведений о современном состоянии иностранного и международного законодательства и практики его применения через публикацию фундаментальных научных исследований (в формате монографических статей, обзоров и рецензий) и аналитических материалов ведущих зарубежных юристов – ученых и практиков.

В Ежегодниках публикуются только лучшие научные статьи, отвечающие требованиям действительной научной новизны, актуальности, фундаментальности аргументации и выводов, практической ценности.

Ежегодники издаются в кооперации со всеми ведущими научными центрами постсоветского пространства, обеспечивающими деятельность представительств редакций.



Направить рукопись, подписаться и получить любую информацию вы можете в объединенной Редакции Ежегодников:

РФ, 199004,
Санкт-Петербург,
В. О., 6 линия, д. 11
Тел./факс
+7 (812) 329 2823,
+7 (812) 334 2193
info@lawpress.ru
www.lawpress.ru

УНИВЕРСИТЕТСКИЙ
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ
ЮРИДИЧЕСКАЯ КНИГА

Правоведение

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

- Ведущий мировой юридический научно-теоретический журнал на русском языке
- Исключительное качество редакционно-издательской подготовки материалов и полиграфического исполнения при самой низкой цене за одну страницу среди современных юридических изданий

• Издается с 1957 года • 6 номеров в год • Объем – 272 страницы • Подписной индекс 70373

- Бесплатное приложение к каждому номеру – мультимедийный диск с уникальным контентом: классические и современные исследования российских и зарубежных авторов

На протяжении полувека журнал «Правоведение», основанный в октябре 1957 года в серии «Известия высших учебных заведений», является одним из самых известных и авторитетных мировых периодических изданий по юриспруденции. Последние тенденции современной науки, классические исследования ведущих отечественных и зарубежных ученых-правоведов, диссертационные обзоры и рецензии публикаций, материалы конференций и круглых столов, информация о научной жизни юридических вузов – все это можно найти в каждом номере Журнала.

В Журнале публикуются материалы, посвященные фундаментальным общетеоретическим проблемам правовой доктрины и правоприменения, характеризующиеся академическим подходом к научному исследованию и изложению его результатов.

Высокое качество материалов, отвечающих требованиям действительной научной и информационной новизны, профессиональная научная и литературная редактура, наличие выверенной редакционной политики делают Журнал уникальным источником информации о современном состоянии юридической науки.

Приятного вам чтения!

УВАЖАЕМЫЕ КОЛЛЕГИ,

до 12 декабря 2008 года вы можете оформить редакционную подписку на 2009 год по специальной цене 1900 рублей (315 рублей за 1 номер при подписной цене по каталогам – 350 рублей) с одновременным приобретением полного архива журнала «Правоведение» за 50 лет (275 номеров, более 7700 статей) по специальной цене 3600 рублей (на CD либо посредством доступа к онлайн-ресурсам). Полный архив журнала «Правоведение» дополнен лучшими произведениями российских и зарубежных классиков юриспруденции.

Для организации подписки вы можете позвонить по телефону Редакции +7 (812) 329 2823 или по бесплатному телефону +7 (800) 333 4321 либо направить сообщение по факсу +7 (812) 334 2193 или по электронной почте info@lawpress.ru, либо заполнить онлайн-заявку (www.lawpress.ru/pp). Квалифицированный менеджер оперативно выполнит все необходимые действия по оформлению подписки, организации оплаты и избранию наиболее удобного для вас способа доставки номеров Журнала и архива.

Редакция

* Лица, оформившие подписку на 2009 год через подписные агентства, могут приобрести полный архив Журнала по специальной цене по предъявлении квитанции (направлены копии квитанции). Лица, не являющиеся подписчиками журнала «Правоведение», могут приобрести архив по цене 5200 рублей.



Стоимость
редакционной подписки
1 номер – 350 руб.
3 номера – 990 руб.
6 номеров – 1900 руб.

Направить рукопись,
подписать и получить
любую информацию вы
можете в Редакции:

РФ, 199004,
Санкт-Петербург,
В. О., 6 линия, д. 11
Тел./факс
+7 (812) 329 2823,
+7 (812) 334 2193

info@jurisprudence-media.ru
www.jurisprudence-media.ru

ТРЕБОВАНИЯ К РУКОПИСИ

- ИСТОЧНИКИ И ЦИТАТЫ** Автор гарантирует отсутствие плагиата и других форм неправомерного заимствования в рукописи произведения, надлежащее оформление всех заимствований текста, таблиц, схем, иллюстраций и т. п.
- НОРМАТИВНЫЕ ПРАВОВЫЕ АКТЫ** Все цитруемые в тексте нормативные правовые акты должны содержать ссылку на официальный источник опубликования, по возможности с полным указанием всех внесенных дополнений и изменений. Например:
Закон РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации» (с изм. от 31 декабря 1997 г., 20 ноября 1999 г., 21 марта, 25 апреля 2002 г., 8, 10 декабря 2003 г.) // *Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации*, 1993. № 2. Ст. 56; 1998. № 1. Ст. 4; 1999. № 47. Ст. 5622; 2002. № 12. Ст. 1093; № 18. Ст. 1721; 2003. № 50. Ст. 4858.
- МОНОГРАФИИ** При ссылке на книгу указываются: фамилия, затем инициалы автора; название книги; город, где книга издана; год издания; страница. Например:
Неволин К. А. Энциклопедия законовдения. СПб., 1997. С. 16.
- СТАТЬИ ИЗ СБОРНИКОВ** Для сборников статей и коллективных монографий (если фамилия автора не указана перед заглавием книги) указывается также редактор (отв. редактор, редколл.). Например:
Политическая борьба в России в период проведения социалистической революции. Межвуз. сб. науч. труд. / редколл.: В. И. Старцев, А. В. Смолин. Л., 1987.
- СТАТЬИ ИЗ ЖУРНАЛОВ И ПРОДОЛЖАЮЩИХСЯ ИЗДАНИЙ** Выходные данные указывают в следующем порядке: фамилия, инициалы, название статьи, название источника, год, том, номер, страницы. Все сведения отделяются друг от друга точкой. Название статьи отделяют от источника двумя косыми чертами. Например:
Тарасенко Ю. А. О природе внесения имущества в уставный капитал при учреждении акционерного общества // *Правоведение*. 2005. № 3. С. 21–29.
Для иностранных журналов и продолжающихся изданий все сведения, включая номер тома и страницы, даются на языке оригинала. Перевод на русский язык не допускается.
- АВТОРЕФЕРАТЫ ДИССЕРТАЦИЙ** *Крылов И. Ф. Криминалистическая экспертиза в России и в СССР в ее историческом развитии*. Автореф. дис. ... д. ю. н. Л., 1966. С. 5.
- РЕЦЕНЗИИ** При ссылке на рецензию сначала указывается фамилия автора рецензии, затем в квадратных скобках делается помета о том, что материал является рецензией на произведение, сообщается фамилия его автора, заглавие и выходные сведения. После этого указывается название издания и выходные сведения источника, в котором она опубликована, и номера страниц. Например:
Тальберг Г. Г. [Рец. на кн.] Новомбергский Н. Я. Слово и дело государевы Т. 1 // *Вопросы права*. 1911. Кн. 7. № 3. С. 181.

УСЛОВИЯ ОФОРМЛЕНИЯ ПОДПИСКИ

ВЫ МОЖЕТЕ ВЫБРАТЬ ЛЮБОЙ ИЗ УКАЗАННЫХ НИЖЕ СПОСОБОВ ПОДПИСКИ:

Стоимость редакционной подписки в первом полугодии 2009 года: 1 номер – 350 руб., 3 номера – 990 руб., 6 номеров – 1900 руб.

РЕКВИЗИТЫ ДЛЯ ОПЛАТЫ ПОДПИСКИ:

Периодичность выхода журнала – 6 номеров в год. Минимальный период подписки – 2 месяца (1 номер). Стоимость зависит от избранного вами способа подписки и получения журнала.

1. Подписка через отделения связи «Почты России», подписные агентства «Роспечать», «Прессинформ», «МК-Периодика», «Урал-Пресс», «Артос-Гал», «Интер-Почта 2003», «Альт-Пресс» с получением экземпляров по почте или с курьером.

2. Подписка через Редакцию. Вы можете оформить подписку с любого номера непосредственно в Редакции.

- Заполните заявку подписчика и отправьте ее в Редакцию.
- Заполните квитанцию на оплату подписки и оплатите в любом отделении банка или оплатите сумму согласно выставленному счету.
- Вышлите копию квитанции об оплате или копию платежного поручения в Редакцию.
- Редакция высылает журнал после поступления денег на расчетный счет.

ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга»
ИНН 7838386228 КПП 783801001 ОГРН 1077847496902 ОКПО 80607845
Юр. адрес: 190068, г. Санкт-Петербург, Вознесенский пр., 45 литер А, пом. 26 Н
Расчетный счет (руб.) 40702810600000001576
Ф-л ГПБ (ОАО) в г. Санкт-Петербург
БИК 044030827 Кор. счет 30101810200000000827
Вид/назначение платежа – Подписка на «Известия вузов. Правоведение» на _____ номеров.

При оформлении ссылки на материалы, извлеченные из интернета, нужно по возможности максимально следовать таким же требованиям, как и при оформлении библиографии печатных работ, обязательно указывая полный электронный адрес материала, включая название сайта, и дату реценции материала. Например:

Коптев А. В. Античное гражданское общество // История Древнего Рима // <http://www.rome.webzone.ru> (2008. 24 февр.).

При повторной ссылке на источник нужно приводить полные сведения об издании. Названия учреждений, органов государственной власти, международных организаций не сокращаются. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.

1. Все таблицы должны быть упомянуты (процитированы) в тексте. Каждая таблица печатается на отдельной странице через 1,5 интервала и нумеруется соответственно первому ее упоминанию в тексте. Каждый столбец и колонка должны иметь короткий заголовок (в нем могут быть использованы сокращения, аббревиатуры). Разъяснения терминов, аббревиатур помещаются в сноске (примечаниях), а не в названии таблиц.
2. Схемы и диаграммы должны быть пронумерованы и представлены в виде отдельных файлов.
3. Иллюстрации (фотографии) должны быть только черно-белыми и отсканированы с разрешением 300 точек на дюйм (при условии сохранения масштаба 1:1 или более; при уменьшении масштаба разрешение пропорционально увеличить) и сохранены в файле в формате tif или jpg.

К рукописи должны прилагаться:

- 1) справка о каждом из авторов произведения с указанием фамилии, имени, отчества; ученой степени; ученого звания; основного места работы; должности; домашнего и служебного телефонов; электронного и почтового адресов (для связи с редакцией);
- 2) для аспирантов, адъюнктов и соискателей — выписка из протокола заседания кафедры, заверенная в деканате/администрации вуза и содержащая рекомендацию к опубликованию произведения в журнале «Правоведение»;
- 3) информация о том, кому из соавторов следует адресовать вопросы редактора и/или направлять корректуру;
- 4) транслитерация фамилий и инициалов авторов, заглавие и краткая аннотация произведения на английском языке.

Плата с аспирантов за публикацию статей не взимается

Произведение и сопутствующие материалы представляются в редакцию в электронном варианте в формате doc или rtf.

ССЫЛКИ НА
ИНТЕРНЕТ-СТРАНИЦЫ

ТАБЛИЦЫ, СХЕМЫ,
ИЛЛЮСТРАЦИИ

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

КОМПЬЮТЕРНЫЙ
НАБОР

ВЫХОДНЫЕ СВЕДЕНИЯ

Магачёв Леонид Борисович Лосев Николай Сергеевич	ЛИТЕРАТУРНАЯ РЕДАКТУРА
Невская Ольга Геннадьевна	ТЕХНИЧЕСКАЯ РЕДАКТУРА И ВЕРСТКА
Космынина Юлия Сергеевна Кузьмина Елена Евгеньевна Невская Ольга Геннадьевна Новиков Евгений Юрьевич Радченко Наталия Валерьевна	ДИЗАЙН ОБЛОЖКИ И ВНУТРЕННЕГО БЛОКА
Маймистова Инна Валентиновна +7 (812) 334 2197	ПОМОЩНИК ДИРЕКТОРА ИЗДАТЕЛЬСТВА ПО РЕКЛАМЕ И РАСПРОСТРАНЕНИЮ
Ильин Андрей Витальевич	ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

Правоведение

АНОНСЫ МАТЕРИАЛОВ, РУБРИК И РАЗДЕЛОВ

АНОНС № 2, 2009

Ф. Ф. МАРТЕНС (1845–1909)

К 100-летию со дня кончины выдающегося ученого и дипломата профессора Императорского Санкт-Петербургского университета Фридриха Мартенса профессора СПбГУ С. В. Бахин, Л. Н. Галенская, и В. С. Иваненко обратились к коллегам в России и за рубежом с просьбой охарактеризовать роль Ф. Ф. Мартенса в развитии международного права и его вклад в юридическую науку. Уникальные материалы этого заочного «круглого стола» содержат яркие и глубокие суждения крупнейших и авторитетнейших специалистов в области международного права.

ЛЛЕВЕЛЛИН К. Н.
ИЗВЛЕЧЕНИЯ

В переводе и с обширной вводной статьей Г. Э. Адыгезаловой впервые на русском языке публикуются извлечения из трудов выдающегося американского юриста Карла Никерсона Ллевеллина «Немного реализма о реализме» (1931 г.), «Моя философия права» (1941 г.), «Традиция общего права — решение апелляций» (1960 г.). В своей ранней работе «Куст ежевики» он заявил, что право — это то, что создают судьи, шерифы, клерки, тюремные служащие, адвокаты. Публикуемые материалы позволяют увидеть дальнейшее развитие взглядов этого видного представителя социологической юриспруденции.

АНОНС РУБРИК № 2 и 3, 2009

СДЕЛКИ В ЧАСТНОМ
И ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ

ПРАВО НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ:
КОНСТИТУЦИОННЫЕ ГАРАНТИИ
И ТРЕТЕЙСКИЙ ПРОЦЕСС

СРАВНИТЕЛЬНОЕ
ПРАВОВЕДЕНИЕ

СТАНДАРТЫ
ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ:
КЛАССИЧЕСКИЕ ТРАДИЦИИ
И СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ

Редакция публикует анонсы планируемых разделов и рубрик, приглашая всех коллег, заинтересованных в участии в редакционно-тематическом планировании и формировании разделов, направлять свои предложения, каждое из которых станет предметом обсуждения.

В целях упрочения связи юридической практики и юридической науки, преодоления утилитарности и шаблонности правоприменительной деятельности, с одной стороны, схоластичности и догматичности правовой науки, с другой стороны, оказания содержательного и информационного содействия правовым реформам Университетский издательский консорциум имеет честь предложить ведущим юридическим компаниям информационное сотрудничество в рамках юридических периодических изданий (журнал «Правоведение» и Российские ежегодники права).

Информация об условиях сотрудничества: www.lawpress.ru/lawinform.php
lawinform@lawpress.ru Санкт-Петербург, В. О., 6-я линия, д. 11 +7 (812) 334 2193

Обеспечивая издание журнальной и книжной продукции, отвечающей самым высоким мировым полиграфическим стандартам, Университетский издательский консорциум, выпускающий более 1 200 наименований в год, приглашает к сотрудничеству типографии, студии полиграфического дизайна и специалистов, заинтересованных принять участие в уникальных по качеству и исполнению издательских проектах.

Консорциумом реализуется масштабная программа развития полиграфической базы, предполагающая возможность технологического и инвестиционного партнерства.

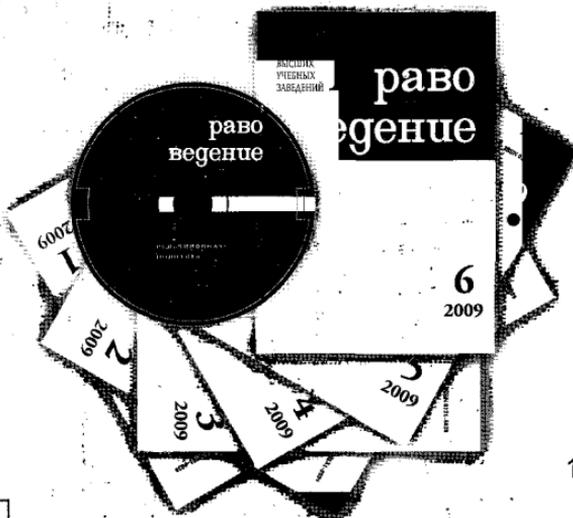
Приглашаем к сотрудничеству научные и учебные центры, издательства и периодические издания, заинтересованные в высококачественной редакционно-издательской обработке, полиграфическом исполнении и эффективном распространении книжной и журнальной продукции.

print@lawpress.ru

Санкт-Петербург, В. О., 6-я линия, д. 11

+7 (812) 334 2193

Участие контрагентов Консорциума в реализации высокорепутационных научно-издательских проектов может обеспечиваться эффективной рекламно-информационной поддержкой.



СПЕЦИАЛЬНАЯ
ЮБИЛЕЙНАЯ
(1957–2007)
ПОДПИСНАЯ
АКЦИЯ
РЕДАКЦИИ
ЖУРНАЛА
«ПРАВОВЕДЕНИЕ»

12.09.2008 – 01.06.2009
(см. стр. 272)

РЕДАКЦИОННАЯ ПОЛИТИКА

ПРАВО И ПОЛИТИКА

Концептуальные статьи государственных и общественных деятелей, ведущих ученых о стратегии и эффективности правовых реформ.

**АКТУАЛЬНЫЕ
ВОПРОСЫ
ПУБЛИЧНОГО
И ЧАСТНОГО ПРАВА**

Статьи российских и зарубежных ученых по фундаментальной проблематике правовой доктрины, нормотворчества и правоприменительной практики, структурированные по тематическим разделам, представляющие исследуемый вопрос разносторонне и комплексно с учетом существующих концепций различных научных школ, в том числе в режиме публичной полемики.

**АКТУАЛЬНЫЕ
ВОПРОСЫ
ЮРИДИЧЕСКОГО
ОБРАЗОВАНИЯ И
НАУКИ**

Информационно-аналитические материалы, посвященные стандартам юридического образования, успешным проектам ведущих российских и зарубежных юридических вузов, деятельности УМО и региональных УМС по юридическому образованию, ВАК РФ.

ACADEMIA

Материалы и анонсы наиболее интересных научных конференций и круглых столов • Обзоры диссертационных исследований и рецензии научных публикаций • Обзоры и рецензии новинок юридической литературы • Персоналии.

Редакция приглашает к сотрудничеству российских и зарубежных авторов, научные центры и издательства для обеспечения качественной и сбалансированной представленности результатов исследования научных школ, эффективности редакционно-тематического планирования (в том числе посредством формирования специальных тематических разделов и учреждения региональных представительств Редакции, повышающих оперативность редакционно-издательской обработки и опубликования материалов), подготовки обзоров и рецензий научных публикаций и диссертационных исследований.

Специальную поддержку Редакция оказывает молодым ученым, занимающимся проблематикой сравнительного правоведаия и участвующим в реализации проектов Журнала по вовлечению в русскоязычный научный оборот классических и современных зарубежных исследований посредством их отбора, перевода и научной подготовки к публикации (в том числе совместно с зарубежными научными центрами, обучение или стажировку в которых проходят данные лица).

Являясь печатным органом Учебно-методического объединения по юридическому образованию, Журнал «Правоведение» приглашает региональные учебно-методические советы по юридическому образованию и вузы к сотрудничеству в рамках общих рубрик по проблематике образовательных стандартов, а также специальных разделов, посвященных отдельным образовательным проектам.